

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
JEAN VENTURA FLORÊNCIO**

**O CONTROLE DA PROVA PERICIAL PELO MAGISTRADO COMO GARANTIA A
TUTELA JUSTA**

**Juiz de Fora
2018**

JEAN VENTURA FLORÊNCIO

**O CONTROLE DA PROVA PERICIAL PELO MAGISTRADO COMO
GARANTIA A TUTELA JUSTA**

Monografia apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em
Direito, sob orientação da Prof.^a
Dr.^a Clarissa Diniz Guedes.

**Juiz de Fora
2018**

FOLHA DE APROVAÇÃO

JEAN VENTURA FLORÊNCIO

O CONTROLE DA PROVA PERICIAL PELO MAGISTRADO COMO GARANTIA A UMA TUTELA JUSTIÇA

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel na área de concentração do Direito, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Clarissa Diniz Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Bacharela em Direito Gabriela Rigueira Cavalcanti

Prof. Ms. Felipe Fayer Mansoldo
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA:

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2018

Agradeço e dedico aos meus pais
que com muita luta sempre me
apoiaram e me deram duas
obrigações: brincar e estudar.

"A Mente é uma força poderosa. Ela pode-nos escravizar ou nos fortalecer. Ela pode-nos mergulhar nas profundezas da miséria ou nos levar às alturas do êxtase. Aprenda a usar o poder da mente com sabedoria" - David Cuschieri

RESUMO

O presente trabalho monográfico teve como objetivo geral analisar as influências extrajurídicas que podem interferir na valoração da prova pericial pelo magistrado no sistema da persuasão racional. Teve como justificativa a necessidade de evitar que o perito seja o juiz da causa. Partiu-se do problema que os magistrados podem ser influenciados, ainda que inconscientemente, a tomarem determinadas decisões sobre questões que demandem conhecimentos extrajurídicos, como é o caso das questões técnico-científicas que envolvem a prova pericial? Com a hipótese de que os magistrados sofrem influências em todos os momentos, o que pode prejudicar a atividade jurisdicional, especialmente na análise das questões fáticas que versem sobre conhecimentos técnicos, científicos ou especializados. Chegou-se, assim, a conclusão de que com o intuito de diminuir as influências externas e de que o magistrado fique à mercê do perito. Há necessidade de sua capacitação democrática, com o aprendizado a partir das diferentes perspectivas que circundam o mesmo tema, além da maior especialização possível da vara em que exercerá o cargo.

Palavras chave: prova pericial; persuasão racional; influências extrajurídicas; capacitação.

ABSTRACT

The present monographic work had as general goal to analyze the extra juridical influences that can interfere in the valuation of the expert evidence by the magistrate in the rational persuasion system. The justification was the need to prevent the expert from being the judge of the case. Did it start off with the issue that magistrates may be influenced, albeit unconsciously, to make certain decisions on matters requiring extra-judicial knowledge, such as technical-scientific questions involving expert evidence? Considering the hypothesis that magistrates are influenced at all times, which may hinder judicial activity, especially in the analysis of factual questions that relate to technical, scientific or specialized knowledge. It was thus concluded that in order to reduce external influences and that the magistrate is at the mercy of the expert, there is a need for their democratic qualification, with learning from the different perspectives that surround the same theme, as well as the greater possible specialization of the court in which they will hold office.

Keywords: expert evidence; rational persuasion; extrajudicial influences; qualification.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS.....	10
2.1 Visão crítica da persuasão racional.....	10
2.2 Fatores que influenciam a tomada de decisão.....	17
2.3 Por quais motivos os elementos extraprocessuais influenciam nas tomadas de decisões?.....	22
3 JULGAMENTO DA LIDE.....	25
3.1 Verdade.....	26
3.2 Prova.....	30
3.3 O princípio dispositivo e sua aplicação harmônica com o princípio inquisitório.....	33
3.4 Prova pericial.....	35
3.4.1 O perito e os assistentes técnicos.....	37
3.4.2 Produção da prova pericial.....	38
3.4.3 Capacidade de convencimento da prova pericial.....	42
3.4.4 O que efetivamente a prova pericial é.....	42
4 SOBRE A NECESSIDADE DE CAPACITAR O MAGISTRADO PARA O CONTROLE DA PROVA PERICIAL E NÃO PREJUDICAR A IMPARCIALIDADE.....	45
4.1 Portaria nº 170/13 do Conselho Nacional de Justiça e o I Congresso Mineiro sobre Exploração Minerária.....	46
4.2 Outras áreas de capacitação e método de capacitação.....	52
5 CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS.....	56

1 INTRODUÇÃO

A ciência evolui rapidamente, e na mesma velocidade as pessoas são expostas a cada vez mais informações. Fica difícil filtrar o que deve ser lembrado, aprendido e considerado quando é necessário tomar alguma decisão do cotidiano.

Com o magistrado não é diferente. Ele se formou em Direito, depois estudou para passar em concurso para juiz substituto, em alguns casos, antes de passar ou após ter sido aprovado, realizou alguma pós-graduação, provavelmente, na área do Direito. Depois de tantos anos se dedicando ao Direito, fica difícil manter os conhecimentos de outras áreas.

Tendo isso em vista, o presente trabalho monográfico parte do problema: os magistrados podem ser influenciados, ainda que inconscientemente, a tomarem determinadas decisões sobre questões que demandem conhecimentos extrajurídicos, como é o caso das questões técnico-científicas que envolvem a prova pericial? Com a hipótese: os magistrados sofrem influências a todos momentos, o que pode prejudicar a atividade jurisdicional especialmente na análise das questões fáticas que versem conhecimentos técnicos, científicos ou especializados. Para chegar a esta hipótese, é realizado um recorte no conteúdo de direito processual, analisando a persuasão racional e o controle que o togado deve realizar da prova pericial, com o intuito de garantir que o pronunciamento judicial seja o mais justo e esteja em conformidade com a realidade. Desse modo, utiliza-se como referencial teórico as influências extrajurídicas, Fernandes, que são quaisquer fatores, percepções ou considerações externas ao direito que podem fazer parte, relevantemente ou não, das razões do pronunciamento jurisdicional.¹

Os objetivos específicos do trabalho incluem a análise de como funciona o sistema de avaliação das provas no ordenamento jurídico pátrio, uma melhor compreensão e análise crítica da persuasão racional em meio aos fatores externos ao processo que podem influenciar no resultado final da causa, ainda que irracionalmente, apesar de todo o esforço de racionalidade por parte do julgador. Assim como é a relação fato e verdade, com a possibilidade ou não de a verdade sempre poder ser encontrada no processo e como é o caminho para encontrar a verdade sobre o fato, e quais as diferenças entre o fato e a verdade. Além, perceber como que a prova pericial, em determinadas situações, pode ser essencial para que se chegue a verdade do fato, mas que, caso o juiz não esteja apto para conduzir o

¹ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Influência Extrajurídicas Sobre a Decisão Judicial: determinação, previsibilidade e objetividade do direito brasileiro**. Brasília: UnB, 2013, p. 14.

procedimento probatório, pode resultar em uma atuação jurisdicional aquém a idealizada. Concluindo, portanto, na necessidade de togado ser capacitado para que possa desempenhar com maior excelência seu ofício.

Utilizar-se-á, principalmente, duas fontes: doutrinária e documental. Quanto a primeira, consistirá na apresentação de entendimentos doutrinários defendidos pelos autores, constantes em livros, artigos científicos, teses, monografias e afins. Já a segunda refere-se à utilização da legislação pertinente, relatórios e publicações de órgãos competentes, relacionados ao assunto tratado.

O autor não pretende em nenhum momento ser neutro, pois não acredita que seja possível tal postura na ciência. Buscou-se não incorrer em subjetivismos, garantindo à pesquisa jurídica maior credibilidade; o fato de, vez ou outra, serem desvendados aspectos delicados da tarefa do julgador, bem como vulnerabilidades às influências de alguns grupos, não representa, absolutamente, uma crítica pessoal. Trata-se, tão somente, de constatação inevitável que conduz à necessidade de se atentar para o controle da racionalidade das decisões, sem, com isso, pretender a realização de juízos de valor ou morais acerca de determinados grupos ou da forma de julgar de alguns magistrados.

2 SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS

Conforme Greco² leciona, a doutrina costuma discorrer sobre três sistemas de avaliação das provas: livre convicção íntima; provas legais (prova tarifada); e livre convicção fundamentada (persuasão racional).

Sua análise coloca como se cada sistema fosse uma evolução linear ao longo da história para o que prepondera hoje, a persuasão racional. Todavia, existem autores que em seus escritos, demonstram que na verdade, em determinados momentos históricos, uns sistemas prevaleceram mais do que outros.³

O primeiro sistema, livre convicção íntima, consiste na possibilidade de o juiz estabelecer os fatos em sua decisão sem a necessidade de sequer fundamentá-la. Esse sistema permite que o juiz se valha de impressões subjetivas, sem embasamento na prova e na argumentação desenvolvidas nos autos. Em segundo lugar, as provas legais, o sistema das provas legais, impõe regras rígidas sobre como valorar cada meio de prova e limitações à admissibilidade das provas em consonância com os fatos a serem provados. Estabelece, assim, uma hierarquia prévia entre os meios de prova, de forma abstrata e geral, desvinculadamente do caso concreto. Por fim, a livre convicção fundamentada, segundo a qual, o togado deve decidir seguindo as informações presentes nos autos, valorando-as, e deve fundamentar racionalmente sua decisão de forma racional.⁴

2.1 Visão crítica da persuasão racional

Khaled Jr. é pessimista quanto à utilização do livre convencimento motivado no processo, ao afirmar que o juiz é uma criança enquanto que o processo é uma argila, ambos têm poderes para dar forma e manipular que parecem ser ilimitados.⁵ Afirma, ainda, o autor, que “o chamado livre convencimento tem servido de álibi retórico para as piores barbáries

² GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: processo de conhecimento. Rio de Janeiro, 2015, p. 125-126.

³ Para saber mais sobre o assunto: GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão Racional e Limitações Probatórias**: enfoque comparativo entre os processos civil e penal. São Paulo: USP, 2013, p. 117-162.

⁴ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: processo de conhecimento. *op. cit.*, p. 125-126; MIRZA, Flávio. **Notas Sobre a Avaliação da Prova Pericial**: resgatando a causalidade. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, vol XIV, jul/dez, 2014, p. 132-141.

⁵ KHALED JUNIOR, Salah H. **Livre Convencimento Motivado**: o império do decisionismo no Direito. Justificando, 2017.

judiciárias” e que, no âmbito criminal, “condenações têm sido rotineiramente expedidas com alicerce probatório tão frágil quanto um castelo e cartas”.⁶ Talvez o autor tenha se exaltado. Tais afirmações pressupõem que o togado age como uma criança quando tem que conduzir o processo (possibilidade de moldar a argila) e que não haja qualquer racionalidade em algumas decisões judiciais sobre os fatos, com a possibilidade de desviar da devida aplicação da persuasão racional. Não basta se convencer e fundamentar, é preciso traçar todo o percurso lógico racional da motivação que deve se ater ao concreto, sem argumentos genéricos e sem escolhas deliberadas de um ou outro meio de prova em detrimento de outros, omissos na decisão.

Por óbvio, não se nega existência desses desvio, ocorre que no presente trabalho tem-se a intenção de trabalhar com o pressuposto de que o magistrados são capazes de exercerem as atividades a eles delegadas. Portanto, não será afirmado em nenhum momento que o poder é possível ludibriá-los ou afirmar colocando em xeque suas imparcialidades. O que se aborda, é que, como humanos que são, estão sujeitos a cometerem erros, sem deixar de serem altamente eficientes e preparados para o exercício jurisdicional.

Para se garantir que a jurisdição seja aplicada de forma justa e arbitrariedades não sejam realizadas ao se decidir sobre os fatos, existe a necessidade de se motivarem as decisões dadas pelos juízes. Mas como tudo o que existe, há falhas, as quais devem ser diagnosticadas, apontadas e debatidas, para, só assim, possam ser superadas.

Nesse sentido, o livre convencimento motivado faz com que o magistrado seja obrigado a explicitar os fundamentos da decisão e que seja indicado qual o lastro probatório utilizado.⁷ No entanto, nem sempre isso é a bastante para comprovar que tal fato foi ocasionado, realmente, por determinada ação; ou que determinado fato corresponde a alguma norma jurídica. De modo a garantir que fique demonstrada essa relação, além das provas presentes no autos, Mirza defende que o sistema da livre-convicção motivada deve demonstrar o nexo de causalidade, o que evitaria injustiça.⁸

Ao motivar sua decisão, o magistrado utiliza como base a prova produzida em contraditório no processo. No entanto, ainda que tenha liberdade para valoração, não deve se utilizar de argumentos arbitrários e que incorra em contradição de argumentos de uma decisão para outra. Por óbvio, todos somos afetos às mudanças, no entanto, nada ocorre de uma hora para outra. Deve, para esse alerta, sempre, ser considerado o todo dentro de um período

⁶ *Ibidem.*

⁷ *Ibidem.*

⁸ MIRZA, Flávio. **Notas Sobre a Avaliação da Prova Pericial: resgatando a causalidade**, *op. cit.*, p. 142.

razoável e proporcional de tempo, não apenas decisões isoladas. A intenção é de que o Judiciário deixe de ser um órgão mais próximo a loteria, para se aproximar da justiça.

Ou seja, ao valorar de forma racional, deve utilizar critérios lógico-rationais, de modo que a subjetividade não seja absoluta, mas sim controlável, por ser utilizados argumentos explícitos e objetivos. Cita-se, como exemplo, quando uma testemunha contradiz a outra. Não deve, apenas, o magistrado afirmar que sentiu ou conseguiu notar que uma estava mentindo, enquanto a outra estava falando a verdade. Mas, sim, procurar, dentro do conjunto probatório disponível, notar qual delas está mais fidedigna ao que é apresentado quando comparada ao todo.

Essa solução será um problema quando ocorrer apenas um testemunho ou até mesmo nenhum, por exemplo. Em situações como essa, assim como quando se goza de um vasto módulo de constatação, a verdade que se chega sobre o fato deve ser verossímil. Não admitindo, simplesmente, como argumento que, uma bola que cai do terceiro andar de um prédio pode sim quebrar a janela do quarto andar do mesmo prédio por causa da alta velocidade do vento no momento, quando, na verdade, a janela é composto por vidro blindado e que está em perfeito estado de conservação. A exemplificação é pitoresca justamente para demonstrar uma situação improvável de ocorrer, mas que pode ocorrer, desde que não tenha algo que a impeça, não devendo se fundar apenas na coerência lógica do discurso, mas em aspectos concretos da prova produzida nos autos, sempre que possível.

Esses critérios de valoração resultam em uma limitação na liberdade de motivação por parte do togado. Deve-se ter em mente que não há, exatamente um problema nisso, quando considerar que o magistrado também não pode abusar do seu direito de livre convencimento, ainda que racional. Todos os direitos são passíveis de limitações desde que respeitem a ordem jurídica. No caso, a restrição, tem como principal aspecto, tornar o Poder Judiciário mais previsível e distante cada vez mais de uma loteria. Nenhum jurisdicionado deve temer que tudo sempre dependerá de a qual vara será direcionada sua petição. Cada juiz tem sua consciência e cultura particular, todavia, estas não devem contaminar o pronunciamento jurisdicional a ponto de contrariar a prova nos autos e, inclusive, todas as demais decisões por ele, e pelos tribunais a que se sujeita, proferidas que respeitem as exigências de uma devida valoração.

Considerar-se-à que a decisão foi proferida com fundamentação de acordo com a prova nos autos quando cada elemento probatório é analisado isolada e conjuntamente com os demais, sendo, assim, uma premissa para a racionalidade da decisão, diminuindo episódios de

arbitrariedades.⁹ Uma vez que a prova por si só deve ter uma correspondência com o todo que é o processo, bem como algum grau de autenticidade. Na decisão, o magistrado deve analisar pormenorizadamente cada prova e argumento levado até ele, não se admitindo que se referia a um ou outro elemento de prova para respaldá-la.

Aliada a essa análise isolada, deve ocorrer uma análise global. O elemento em separado deve ser condizente com o conjunto de elementos que respaldam a decisão. Portanto, utilizar como fundamento uma única prova que contraria todas as demais, deve ser acompanhado de argumentação racional que justifique essa preponderância. No caso de todos os elementos probatórios conduzirem à mesma resposta, do mesmo modo, argumentar por qual motivo assim ocorre. Bem como quando a maioria dos elementos são sobrepostos à minoria.

Lopes Jr., pela perspectiva do processo penal, afirma que a necessidade de motivar a decisão, é no intuito de controlar e garantir o contraditório, bem como para demonstrar que realmente existem provas suficientes para pôr fim a presunção de inocência.¹⁰ No processo civil, mesmo não existindo a presunção de inocência, existem os ônus probatórios que serão mais bem explicados adiante. Por ora, é pertinente comentar que, comparativamente à presunção de inocência, o ônus probatório na esfera cível garante que, em regra, determinadas afirmações só serão assumidas como verdadeiras, quando o autor conseguir provar os fatos constitutivos, e o réu os fatos extintivos, modificativos e impeditivos de direito. Caso o autor não consiga provar o fato constitutivo de seu direito, a decisão tem que ser motivada em sentido contrário ao seu interesse. A mesma lógica para o réu.

Para que seja considerado que um fato foi provado, há exigência probatória deve ser de acordo com cada caso, desde que razoável e proporcional. O módulo de constatação necessário para provar o fato irá variar de acordo com a complexidade e a possibilidade de elementos que possam ser levados ao processo. Entretanto isso não deve ser artifício para a abolição da improcedência do pedido por insuficiência de prova. Almeja-se, apenas, que o jurisdicionado não seja onerado além do razoável e proporcional, com a continuidade da referida improcedência quando não apresentar o mínimo necessário. Do mesmo modo ao réu são incubidos as mesmas regras no que diz respeito ao seu ônus probatório.

Outra vez é importante que o juiz deixe expressa a exigência mínima de prova para determinado fato, com fundamentação lógico-racional, para que seja possível realizar controle

⁹ GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão Racional e Limitações Probatórias**: enfoque comparativo entre os processos civil e penal. *op. cit.*, p. 161.

¹⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 201.

dessas razoabilidade e proporcionalidade. No processo penal, a presunção de inocência deixa claro que deve ser utilizada a “prova além da dúvida razoável”.¹¹ Serão situações distintas, na seara penal, quando for tratar da responsabilização penal de um acusado por violação sexual de menor, quando a vítima já está adulta, do que quando o fato versar sobre homicídio doloso em praça pública. No primeiro caso, notoriamente são situações que ocorrem de forma velada, podendo, inclusive, ser acobertada por membros da família e são raras as vezes que existem testemunhas oculares, ou material genético e lesões físicas que perdurem nesse lapso temporal, contando, muitas vezes apenas com as informações prestadas pelo acusado e pela vítima, e pareceres técnicos de psicólogos auferindo se qualquer perturbação existente na atualidade pode ser resultante de um estupro praticado por aquela determinada pessoa naquela fase da vida. Enquanto isso, o segundo exemplo trata do contexto em que existem diversas testemunhas oculares e gravações que podem atestar como tudo ocorreu e o que levou para aquele resultado morte.

Com análise voltada à prova pericial, de acordo com o estado em que a ciência se encontra de provar de forma mais ou menos contundente determinado fato, o juiz provavelmente exigirá um padrão de provação mais ou menos rigoroso. Um exemplo notório é a evolução da prova por meio do exame de DNA; hoje não se pode mais decidir apenas considerando as características físicas e psicológicas para auferir o parentesco, porque esse exame alcançou um grau de excelência que lhe garante uma confiabilidade tão elevada, quando realizado em conformidade com os padrões técnicos, que não pode ser relegada pelo Direito.

Entretanto, isso não significa que o modelo de provação do Direito sempre deve coincidir com o da ciência, apenas que um pode servir de parâmetro ao outro em determinadas situações. Prova disso é o caso *Daubert*,¹² em que o Direito superou o padrão de constatação da medicina. Nesse caso é alegado que dois bebês nasceram com problemas congênitos em decorrência do medicamento Bendectin, ingerido pela mãe durante a gestão. Como defesa, foram apresentados laudos no sentido de que o fármaco não era capaz de gerar malformações em fetos. Já como argumento da acusação, não houve negação dos laudos, mas sim a apresentação de estudos científicos que embasam sua tese, atestando a conexão do medicamento com malformações em animais e a similitude com outras substâncias que são conhecidas pela possibilidade de causar essas deformações, concluindo, assim, na

¹¹ GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão Racional e Limitações Probatórias**: enfoque comparativo entre os processos civil e penal. op. cit., p. 445-446.

¹² **Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.**, 509 U.S. 579 (1993). Disponível em: <<http://docs.justia.com/cases/supreme/509/579.pdf>>. Acesso em: 30 de outubro de 2017

possibilidade da droga utilizada causar os problemas alegados. Diante disso, a Suprema Corte estadunidense estabeleceu critérios mínimos para a admissão e o controle da racionalidade na prova pericial para fins de avaliar a confiabilidade do testemunho de peritos: a) se há possibilidade de desafiar a teoria do especialista em sentido objetivo ou se apenas é análise subjetiva; b) grau de aprofundamento nos estudos e debate sobre o método; c) taxa de erro; d) se existem e como são mantidos padrões e controles; e e) grau de aceitação na ciência de origem.

Assim sendo, seja no processo civil ou no processo penal, a decisão tem que ser motivada. A motivação consiste em que o juiz irá narrar os fatos e os motivos que o levaram a proferir tal decisão, utilizando-se de argumentos retóricos e provas contidas no processo.¹³

Lopes Jr. salienta: “A fundamentação das decisões, a partir dos fatos provados (cognoscitivismo), refutáveis e de argumentos jurídicos válidos é um limitador (ainda que não imunizador) dos juízos morais”. Esses juízos morais são um *espaço impróprio de subjetividade*, pois não existe juiz neutro. O autor argumenta que não deve ocorrer uma negação dessa característica, mas sim uma busca por sua desvelamento e limitação, através de um sistema de garantias.¹⁴

Não se busca tirar a liberdade de julgador valorar as provas conforme sua consciência ou convencimento, apenas se quer garantir que exista uma motivação racional e que não utilize provas que não estão no processo.¹⁵ No juízo de valoração das provas, o juiz não está preso aos ditames legais rígida e taxativamente estabelecidos, utilizando, para tanto, as singularidades do caso concreto, o que não o desobriga da necessidade de motivar racionalmente o que o levou àquele sentido. Assim, ocorre uma *racionalização da valoração probatória*.¹⁶

No entanto, muitas vezes esse princípio é utilizado com o intuito de manter escondido os fatores *tradição* e *inconsciente* que são utilizados ao valorar a prova no processo judicial.¹⁷ Pois “o julgado está condicionado pelo julgador, o julgador está condicionado pela tradição e pelo inconsciente.”¹⁸ Para se entender efetivamente quais os motivos que levaram ao magistrado proferir determinada decisão, deve-se ir além do que está disponível no processo,

¹³ MIRZA, Flávio. **Notas Sobre a Avaliação da Prova Pericial**: resgatando a causalidade, op. cit., p. 142.

¹⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, op. cit., p. 527.

¹⁵ LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹⁶ CASARA, Rubens R R. **O Mito do Livre Convencimento Motivado**: dogmática processual vs a tradição e o inconsciente. Rio de Janeiro: Revista Facha, p. 15.

¹⁷ *Ibidem*, p. 15.

¹⁸ *Ibidem*, p. 16.

uma vez que fatores externos, intrínsecos ao juiz, pelo fato de viver em sociedade, influenciam em todas tomadas de decisões de todos os seres humanos.

Apesar da ilusão que se tem que o juiz tem liberdade de decidir através das provas, é impossível sempre tomar uma decisão racional, pois “as pulsões [...] e a naturalização da tradição tornam duvidosa [...] a possibilidade de tornar consciente o que do inconsciente e da tradição produzem efeitos na valoração das provas judiciais [...]”¹⁹ Inclusive, Calamandrei questiona se o juiz é capaz de perceber quais foram os fatores que fizeram ele tomar determinada decisão, exatamente.²⁰

Toda interpretação, aplicação e julgamento sofrem influência de fatores políticos, sendo assim, "a Justiça, por mais que seu discurso institucional muitas vezes enfatize o contrário, não pode ser, na prática, um poder exclusivamente técnico, profissional e neutro."²¹ No mesmo sentido, Direito afirma que não há neutralidade no pronunciamento judicial. Ao decidir, o togado demonstra suas convicções, porque foram utilizadas para determinar qual regra é aplicada ao fato.²² Isso ocorre, pois, por se tratar de uma decisão humana, existem motivações humanas. As características que compõe cada um está expressado na decisão, ainda que de forma inconsciente, o que demonstra a inexistência de neutralidade.

Nesse pensamento, Pamplona Filho leciona que embora seja um mito, a neutralidade é necessária, pois é isso que garante a credibilidade do Poder Judiciário, pois, caso contrário, o símbolo seria destruído. Aquele que entende que seu direito foi ofendido, quando minorias requerem igualdade e os lesados que requerem indenizações, todos acreditam no ideário da justiça e que ela existe. Uma justiça que não seja neutra, pode passar a imagem de que seria infrutífero qualquer pleito judicial, pois existiria a possibilidade de que, tendo direito, este viesse a ser negado em decorrência de um Judiciário viciado.²³

Se o descrédito for muito, existirá diversos discursos negativos. Críticas são bem-vindas e contribuem para a melhora de qualquer sistema; todavia, mesmo as instituições políticas não são imunes a rupturas. Sendo assim, muitos ataques e adjetivações negativas, podem fazer com que a justiça rua.²⁴

O juiz está em uma posição de autoridade, ele é um símbolo quando no exercício de sua função, é o símbolo da justiça, tendo que ter os mesmos ideais que ela. Deste modo, a

¹⁹ *Ibidem*, p. 16.

²⁰ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juizes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 175.

²¹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Mito da Neutralidade do Juiz Como Elemento de Seu Papel Social**. Jus, 2001.

²² DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **A Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, 2000, p. 30.

²³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Mito da Neutralidade do Juiz Como Elemento de Seu Papel Social**, *op. cit.*

²⁴ *Ibidem*.

sociedade anseia pela ilusão de que o juiz não é influenciado por suas paixões ao decidir.²⁵ Fica, assim, mantida a segurança jurídica de que se seu direito for violado, ainda que qualquer meio extrajudicial de resolução de conflito não tenha surtido os efeitos desejados, existe uma última possibilidade, o Poder Judiciário.

Conclui-se, assim, que o magistrado não é neutro, pois suas convicções sempre serão expressadas em maior ou menor grau, não existindo, portanto, uma neutralidade maior ou menor. O que pode existir é uma parcialidade maior ou menor, ambas sempre devendo ser abominadas pelo julgador. Há essa distinção, pois defender que o juiz deve ter algum grau de neutralidade mínimo ou viável, será pressupor que o mesmo tenha algum grau de psicopatia que o impeça de ser influenciado, em maior ou menor, por todas as influências e experiências que sempre está exposto, conforme será visto. Observa-se, também, que a necessidade de as pessoas acreditarem que o juiz é neutro, não significa necessariamente que o seja. O que não pode ocorrer é seu julgamento ser realizado com base apenas em critérios que não sejam lógico-rationais controláveis intersubjetivamente pelas partes, pelo tribunal e pela sociedade em um processo argumentativo, sempre buscando expressar e ser o mais racional possível.

Os elementos que o influencia, ainda que não consiga expressar na decisão por ser algo inconsciente, não esvazia o instituto da persuasão racional, apenas demonstra a sua existência como indivíduo em uma sociedade, conforme será abordado a seguir.

2.2 Fatores que influenciam a tomada de decisão

Antes de prosseguir, para que não haja confusão quanto às expressões que estão fora do campo jurídico, investe-se tempo para conceituar as expressões relevantes que serão utilizadas com maior recorrência.

Deste modo, será adotada a definição dada por Fernandes para o que são *influências extrajurídicas*. O autor define como sendo uma “potencialidade de influência dos elementos não-jurídicos,” com extrajurídico sendo sinônimo de *não-jurídico*. Portanto, entende-se que as influências extrajurídicas são quaisquer fatores, percepções ou considerações externas ao direito que podem fazer parte, relevantemente ou não, das razões do pronunciamento jurisdicional.²⁶

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Influências Extrajurídicas Sobre a Decisão Judicial: determinação, previsibilidade e objetividade do direito brasileiro.** *op. cit.*, p. 14.

Para o que Fernandes denomina de influência extrajurídica, Barroso dá o nome de política. Esta, segundo o autor, é “qualquer influência extrajurídica capaz de afetar o resultado de um julgamento.”²⁷ Portanto, podem-se tratar como sinônimas as duas expressões.

Quanto às *influências extrajurídicas sobre a decisão judicial*, estas são um

[...] conjunto de percepções, considerações ou fatores não pertencentes ao direito que, tomadas pelo magistrado, consciente ou inconscientemente, são capazes de influir, de forma decisiva ou não, no julgamento da demanda, independentemente de terem sido expressamente, ou não, lançadas na fundamentação da decisão judicial.²⁸

Fernandes também conceitua o *direito* como sendo

[...] um sistema de normas obrigatórias (regras e princípios) devidamente juridicizadas pelo legislador (constituente ou ordinário), que se abre à moral sempre que o direito legislado for injusto ou quando a autoridade criadora do direito positivar princípios ou normas com baixa densidade normativa, seja na Constituição, seja nos diplomas ordinários por meio de cláusula gerais ou conceitos abertos.²⁹

Ao passo que estão fora do mundo jurídico, assim como diversos outros elementos: “as convicções ideológicas e pessoais do julgador; a política; a mídia e a opinião pública, apesar de a moralidade pública contribuir para o direito e sua aplicação (princípios) ou correção; as relações pessoais do juiz; [...]”.³⁰

Dito isso, para Barroso, os valores pessoais, as relações do Judiciário com outros atores políticos e a opinião pública são capazes de repercutir no julgamento, em maior ou menor medida. Isso porque, “na concretização das normas jurídicas, [...] direito e política convivem e se influenciam reciprocamente, numa interação que tem complexidades, sutilezas e variações.”³¹ Denota-se que o Direito não é uma instituição completamente independente e alheia aos outros fenômenos do mundo, do mesmo modo que o processo e a construção das decisões, pelos juízes, que estão inseridos em um mundo que envolve diversas situações.

Apesar disso, idealizou-se que o Direito era imune, através de seus institutos e mecanismo, às influências da política, com o juiz se vinculando apenas ao sistema jurídico. No entanto, decisões judiciais, frequentemente, refletirão fatores extrajudiciais.³² Não cabe o

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Brasília: Barroso, Brasília, p. 4.

²⁸ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Influência Extrajurídicas Sobre a Decisão Judicial**: determinação, previsibilidade e objetividade do direito brasileiro. *op. cit.*, p. 14 e 15.

²⁹ *Ibidem*, p. 33.

³⁰ *Ibidem*, p. 33.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. *op. cit.*, p. 3-4.

³² *Ibidem*, p. 27-29.

argumento de que as decisões singulares estão mais suscetíveis do que as proferidas em colégio. Como alude Barroso, os órgãos colegiados também são influenciados por fatores extrajurídicos em suas decisões.³³ Seja de forma consciente, seja de forma inconsciente, as influências extrajurídicas atuam no processo construtivo do pronunciamento jurisdicional, mesmo em colegiado. Também em situações que a norma tem uma determinação ou não. Não importando se de forma significativa ou não, há influência extrajurídica, ninguém está imune.³⁴

Ninguém está isento de sofrer essas influências, pois “a decisão judicial não é uma construção distinta da realidade ou da sociedade.”³⁵ Mesmo que a decisão seja tomada dentro de uma sala no fórum, quem a subscreve é um ser humano. Uma decisão judicial não é só a aplicação da norma ao caso concreto, mas também uma decisão humana. Não está só no domínio da ciência e da técnica, pois o homem existe por outros motivos, além da razão: emoção, sentimentos e crença. A decisão judicial é influenciada por essas bases. O juiz só será independente se for possível julgar utilizando tais elementos que são da sua natureza racional, livre e social.³⁶ Esses elementos inevitáveis não aniquilam a racionalidade da decisão, mas é preciso ter consciência de que, mesmo seguindo os critérios da persuasão racional, haverá sempre essa questão externa.

Conforme Maximiliano aponta, a vontade humana é condicionada e determinada, sendo apenas livre na aparência. O ser defende um ideal de acordo com o temperamento que tem, hereditariedade e educação que teve, e com o meio em que está inserido. O pensamento é socializado, ou seja, está vinculado às relações sociais do indivíduo, exprimindo uma comunidade de propósitos, voluntária ou involuntariamente.³⁷

Nem sempre, ao emitir uma decisão, o magistrado utiliza-se de fatores jurídicos; por vez, utilizará fatores extrajurídicos e os omitirá, o que poderá inviabilizar o controle da decisão, além de não demonstrar toda a sinceridade que se espera do Direito.³⁸ Essa omissão, por diversos motivos, no entanto, não constitui razão suficiente para condenar e descreditar todas as decisões até então proferidas, apesar de que, do ponto de vista democrático, é importante que tais motivos sejam percebidos e expressos, tanto quanto possível, para que haja controle das decisões. O que se fala é que em muitos momentos, a influência ocorre de

³³ *Ibidem*, p. 39.

³⁴ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Influência Extrajurídicas Sobre a Decisão Judicial: determinação, previsibilidade e objetividade do direito brasileiro.** *op. cit.*, p. 6.

³⁵ *Ibidem*, p. 9.

³⁶ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **A Decisão Judicial.** *op. cit.*, p. 27.

³⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 12.

³⁸ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Influência Extrajurídicas Sobre a Decisão Judicial: determinação, previsibilidade e objetividade do direito brasileiro.** *op. cit.*, p. 12 e 13.

determinada maneira que o indivíduo não sabe que está sendo influenciado; então, inconscientemente julga de acordo com aquele entendimento pré-concebido.

Não está a se falar apenas de mensagens subliminares, mas também de situações do cotidiano que por tanta repetição, podem acabar se tornando banais. Afinal, “nossas percepções são produzidas pela interação entre as imprecisões sensoriais - o impacto do mundo externo nos sentidos – e o aparato classificatório que se encontra no cérebro.”³⁹ Qualquer pessoa recebe diversas de informações a todo momento, principalmente em um momento histórico como o atual, a era da informação.

A mente humana é composta por um emaranhado de pensamentos, estes podem influenciar o julgador a tomar determinada decisão, mesmo que não saiba. Mesmo que se esforce para pensar “racionalmente,” isso ocorrerá. E ocorrendo, principalmente quando não for consciente, poderá de não constar nos fundamentos da decisão.⁴⁰

Não se advoga no sentido de não criticar esses deslizes, mas sim de elucidar que “nem mesmo as práticas dos setores mais neutros da ciência estão livres das influências ideológicas,” e “toda a atividade jurídica é uma prática ideológica.”⁴¹ Então é natural que ocorram essas interferências.

Deve-se lembrar, também, que o ser humano tem uma mente complexa, em que estão presentes sentimentos, paixões, lembranças, crenças, desejos, reflexões, dentre outros fatores que compõem as suas pré-concepções.⁴² Como o magistrado é um ser humano, suas decisões serão influenciadas por esses elementos.

Por isso, pelo julgador ser humano, não é possível alcançar a neutralidade. Esta é diferente da imparcialidade, que é identificável e resguardada pelo ordenamento jurídico. Um ser humano neutro, seria um ser humano sem suas vivências; portanto, é algo inexistente.⁴³ Por isso tem que se ter o entendimento de que neutralidade e imparcialidade são condições distintas. “Ninguém é neutro, porque todos têm medos, traumas, preferências, experiências etc. Já disse o poeta que nada do que é humano é estranho ao homem (Terêncio, ‘*Homo sum,*

³⁹ POSNER, Richard Allen. **Comó Deciden los Jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 82

⁴⁰ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Influência Extrajurídicas Sobre a Decisão Judicial: determinação, previsibilidade e objetividade do direito brasileiro**. *op. cit.*, p. 106

⁴¹ BRUM, Nilo de Bairros. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 11.

⁴² FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Influência Extrajurídicas Sobre a Decisão Judicial: determinação, previsibilidade e objetividade do direito brasileiro**. *op. cit.*, p. 98.

⁴³ *Ibidem*, p. 101.

humani nihil a me alienum puto').⁴⁴ Alguém que vive, por esse simples motivo, já deixa de ser neutro.

Além disso, não tem como o magistrado “ser neutro, basicamente porque nem a ciência, nem o direito, nem o processo civil estão isentos de ideologia.”⁴⁵ Sempre que se realiza uma interpretação, está sendo utilizada alguma experiência passada.⁴⁶ Todas as ações são realizadas utilizando como base acontecimento pretéritos. Para uma pessoa conseguir identificar o significado de uma palavra, necessita do uso de outras palavras ou figuras ou objetos, de qualquer maneira, precisa de alguma outra informação para que consiga obter uma nova.

Na interpretação de uma norma jurídica não tem por qual motivo ser diferente. Além de se utilizar tudo o que se aprendeu na faculdade de Direito, o magistrado utiliza outras situações. Por exemplo, ao presidir um processo em que a parte autora inicia uma lide em face da seguradora que se recusa a cumprir o dano sofrido pelo veículo por afirmar que o modo como o fato ocorreu não está coberto. No momento em que forem produzidas as provas para determinar quem está com a razão, o juiz terá em mente como se dirige defensivamente, quando deve ocorrer a manutenção do veículo, quais peças defeituosas podem prejudicar o desempenho do automotor. Ainda que sejam noções não pertinentes ao caso, serão diversos os pensamentos, para que assim, possa buscar quais, além dos fatos principais, devem ser alvo da produção probatória.

No mesmo sentido, Reale alerta para o fato de que, ao se realizar uma pergunta, já se intui algo relativo ao perguntado.⁴⁷ E assim é pois a pergunta demonstra o interesse que se tem na resposta. Um amigo que pergunta para o outro se ele foi mal na prova de concurso que prestou, ao invés de perguntar como foi a prova ou se foi bem na prova, o amigo que perguntou pressupõe que o outro teria um desempenho não ideal. O ser humano é um ser comunicativo, em todas as situações está se comunicando, mesmo quando está em silêncio, pois o corpo também transmite alguma mensagem.

Como o magistrado trabalha com as palavras no momento em que vai realizar a produção das provas, é importante ter em mente que as palavras que utilizar conterão uma

⁴⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivum, 2017, p. 175-176.

⁴⁵ BECKER, Laércio Alexandre. **O Mito da Neutralidade do Juiz**. Curitiba: UFPR, 1995. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos;16673-16674-1-PB.htm>>. Acesso em: 05 jun 2018.

⁴⁶ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Influência Extrajurídicas Sobre a Decisão Judicial**: determinação, previsibilidade e objetividade do direito brasileiro. *op. cit.*, p. 103-104.

⁴⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.

mensagem que quer passar. Gadamer afirma que as palavras empregadas em um texto passam informações sobre o conteúdo, de forma antecipada.⁴⁸

Por sua vez, Coelho aponta que um conjunto de fatores é responsável por dirigir e modelar “nossa compreensão inicial sobre a matéria [...] que, de alguma forma, já foram vivenciados por nós e precisamente por isso guiarão os nossos passos na caminhada da reflexão”.⁴⁹ Para compreender algo, o ser humano utiliza suas pré-compreensões.⁵⁰

2.3 Por quais motivos os elementos extraprocessuais influenciam nas tomadas de decisões?

Sabe-se que há elementos políticos que influenciam o magistrado a proferir as decisões e, até mesmo, de que ordem podem ser tais elementos. É preciso, então, aprofundar na causa de tais influências.

Segundo Barroso, ainda que o Direito seja considerado uma ciência, por ser um “conjunto organizado de conhecimentos, que guarda uma lógica interna e tem princípios, conceitos e categorias específicos, unificados em uma terminologia própria,” ainda assim é diferente das ciências da natureza. Estas lidam com fenômenos ordenados de forma independente da vontade humana, com a ciência buscando revelar verdades pré-existentes a ação humana. Já o Direito é uma ciência social; portanto, suas normas são utilizadas para moldar a vida humana, com as decisões variando de acordo com as circunstâncias e finalidades.⁵¹

Como o juiz tem a função de aplicar o Direito, deve ser atento ao que ocorre no mundo em sua volta. O Direito surgiu para regular as relações interpessoais; logo, é importante a interação com diversas pessoas, sejam semelhantes ou distintas de si próprio.

Ao passo que em uma sociedade pluralista e diversificada existem *ambiguidades da linguagem e desacordos morais razoáveis*. A primeira é quanto à “determinação semântica de sentido na norma”. A segunda, por sua vez, a que mais interessa ao presente trabalho, diz respeito ao fato de que pessoas distintas pensam de forma contrária sobre as mesmas matérias,

⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 62.

⁴⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. **Elementos de Teoria da Constituição**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002., p. 18.

⁵⁰ *Ibidem.*, p. 97

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. *op. cit.*, p. 23.

sem que nunca possam concordar umas com as outras, e todas tendo boas intenções e conhecimento sobre o tema.⁵²

Somado a isso, recorrentemente o texto normativo não trará consigo todo o conhecimento necessário para solucionar a lide. Nesses momentos, o magistrado terá que realizar um exercício mental, de modo a que possa aplicar o que for mais conveniente a situação em particular, tendo que “recorrer a elementos externos ao direito posto, em busca do justo, do bem e do legítimo.” Sendo assim, terá que se fazer de elementos extrajurídicos, ao que magistrados distintos utilizaram diferentes metodologias para interpretar a norma.⁵³

Nesses momentos em que o texto normativo não traz resposta ou a traz de forma insuficiente, é necessário que o juiz utilize de sua liberdade e discricionariedade para aplicá-la. O magistrado estará emitindo uma decisão judicial, e esta pode estar sofrendo influência de elementos extrajurídicos. Pensar diferente é assumir que o magistrado é um robô aplicando a lei, desprovido de emoções e que possível programá-lo para agir sempre de determinada forma.⁵⁴

Por ser um ser pensante, o magistrado está suscetível a influência dos elementos que estão a sua volta. Sendo assim, uma briga no trânsito, um conflito familiar ou uma aula na faculdade podem influenciar sua decisão.⁵⁵ Pois, a pessoa, a partir de suas experiências, “desenvolve aspectos como a possível canalização inconsciente da conduta e [então surge] a necessidade de cuidado do magistrado para não cair na tentação de julgar somente conforme sua visão de mundo.”⁵⁶ Não é fácil se controlar para que ideias já concebidas sejam determinantes em uma causa.

Assim é, pois todos os fatores da vida de uma pessoa podem influenciar suas decisões. Portanto, afirmar que o togado não pode ser influenciado pelas suas experiências é partir da premissa de que não é um ser humano, mas sim uma máquina que pode continuar com sua programação inalterada.⁵⁷ É notável quando ficamos algum tempo sem vermos nossos conhecidos e quando nós os re-encontramos, em algumas situações, são pessoas completamente diferentes. Isso ocorre em decorrência das informações e eventos a que ficaram expostos nesse intervalo de tempo.

⁵² *Ibidem*, p. 24.

⁵³ *Ibidem*, p. 26.

⁵⁴ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Influência Extrajurídicas Sobre a Decisão Judicial: determinação, previsibilidade e objetividade do direito brasileiro.** *op. cit.*, p. 2-4.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 15 *apud* ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A Minha Pré-compreensão do Ato de Julgar.** 1997.

⁵⁷ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Influência Extrajurídicas Sobre a Decisão Judicial: determinação, previsibilidade e objetividade do direito brasileiro.** *op. cit.*, p. 16.

No espaço que é possível o juiz determinar, há análise do juiz. Este é um ser humano, com imperfeições, que cria normas, deixando um pouco de si em cada julgado.⁵⁸ Assim, no momento em que o juiz argumenta os motivos que o levaram a decidir de determinada forma, por mais racional que seja seu discurso, em algum aspecto, em alguma medida, houve influência extraprocessual.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 96.

3 JULGAMENTO DOS FATOS NO PROCESSO

As influências extraprocessuais afetam o julgamento do feito pelo magistrado; no entanto, este deve se ater às informações constantes nos autos. Os dados à disposição do juiz devem ser levados à tona com o intuito de garantir uma tutela justa.

Para isso, dentre os atributos indispensáveis para um pronunciamento judicial justo, é que os fatos sejam apurados da melhor forma devida, de modo que sejam compatíveis com a realidade. À vista disso, o magistrado só estará preparado para emitir uma decisão judicial quando conhecer todos os fatos da causa⁵⁹ para, assim, poder aplicar a devida regra consoante o caso concreto.

Destarte, Taruffo apresenta algumas premissas quanto à interpretação do direito e dos fatos nas decisões judiciais. Dentre elas, a pertinente para a presente análise é a premissa referente à distinção que deve ser feita entre a interpretação e a aplicação da norma. Sua conclusão é no sentido de que “*le norme si applicano a fatti e i giudici decidono sulla base dei fatti ai quali debbono applicare le norme.*”⁶⁰ Ou seja, existem normas que se aplicam a determinados fatos, e o Judiciário, uma vez provocado, aplica a norma que entender ser a melhor ao fato.

No que o fato é levado ao processo, geralmente não entra em sua integralidade como ocorreu. Ele é levado ao pleito por diversos pontos de vistas, sendo transmitido através de uma narração, influenciada por quem está relatando a partir de sua perspectiva, desde as partes, passando pelos advogados, testemunhas, peritos até chegar ao juiz. Podem-se dar vários contextos e descrições que podem corresponder ou não com o que realmente aconteceu, porquanto cada um seleciona o que considera necessário e vantajoso levar ao processo.⁶¹

A decisão que o magistrado irá proferir, como já foi dito, baseia-se no *standard* de provas referente a cada espécie de fato e de conflito. Taruffo diferencia como deve ser a postura do julgador, no sentido de que no processo penal deve entender que determinada ocorrência foi provada quando estiver “*al di là di ogni ragionevole dubbio*” (além de qualquer dúvida razoável), enquanto que no processo civil quando o fato for “*più probabile che no*” (mais provável que não).⁶² Deste modo, o autor defende que não se deve ter dúvida razoável sobre o fato no processo penal. No processo civil, por sua vez, que o fato estará provado

⁵⁹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **A Decisão Judicial**, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁰ TARUFFO, Michele. **Il Fatto e L'Interpretazione**. Pouso Alegre: Revista Faculdade de Direito Sul de Minas, 2010, p. 195 a 197. As outras premissas são a "teoria del sillogismo giudiziale" e "l'interpretazione delle norme".

⁶¹ *Ibidem*, p. 199 e 203.

⁶² *Ibidem*, p. 201.

quando a probabilidade de seu acontecimento seja alta. Ainda que não seja um entendimento consoante a ideia de que não deve existir diferença entre as verdades apuradas em cada esfera judicial, ao ponto de se ter uma verdade sendo superior a outra, ponto que será melhor abordado abaixo quando abordar verdade material e verdade formal, o inquestionável é que o magistrado tem que decidir com base nas provas a ele apresentado. Enfatiza-se que o grau de constatação não nega a busca da verdade, apenas trabalha com o risco de não se obtê-la.⁶³

Com isso em mente, é certo que a prova será usada como meio de persuasão judicial, em que o advogado irá utilizá-la da forma que melhor atenda os interesses de seu cliente. Assim, entra-se em um jogo dialético, em que ocorre o fato e as partes utilizam da retórica para convencer o juiz, utilizando-se a prova para corroborar seus argumentos e se certificar que a decisão será favorável.⁶⁴ Identifica-se que a verdade não é tão fácil de ser identificada nos autos, em razão de que cada parte apresentará o que lhe for conveniente.

3.1 Verdade

Em direção de evitar que o juiz utilize argumentos que podem não corresponder com a verdade, há necessidade de se buscar a verdade. Antes, deve-se saber o que é verdade.

Deste modo, no dicionário temos que ela é o “que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente.”⁶⁵ Todavia, como se verá, a verdade quando tratada no âmbito do processo judicial, é muito mais complexa.

O magistrado, tradicionalmente, na atividade cognitiva, realiza, nas palavras de Marinoni, *um juízo de subsunção*, cujo intuito é de reconstruir os fatos narrados, de modo a poder aplicar a norma positivada, concretizando a regra jurídica abstrata. Deste modo, chega-se “a consequência aplicável ao conflito, disciplinando-o na forma como preconizada pelo legislador.”⁶⁶ Conforme afirma Marinoni, a partir de tal ótica, a verdade dos fatos é utilizada como meio de legitimação da decisão judicial, ao passo que afirma: “Supondo o Direito como um dado [...] a decisão não é fruto de arbítrio judicial, mas da manifestação soberana do legislador, ligada a um dado objetivo: a realidade.”⁶⁷ Ou seja, é necessário saber o que ocorreu, para que a norma jurídica abstrata seja concretizada.

⁶³ GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão Racional e Limitações Probatórias**: enfoque comparativo entre os processos civil e penal. *op. cit.*, p. 430.

⁶⁴ TARUFFO, Michele. **Il Fatto e L'Interpretazione**. *op. cit.*, p. 202-203.

⁶⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1656.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 243.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 243.

Por isso, Marinoni defende que a *busca da verdade* seja “um dos princípios essenciais do processo”, de modo que a verdade deve ser buscada, mesmo que não seja possível alcançá-la.⁶⁸ Dentre os elementos necessários para que se possa emitir um pronunciamento judicial, a verdade é um deles, de modo a evitar injustiças.

Com isso em vista, Chiovenda afirma que existem vários atos entre a demanda e a sentença, sendo que esses atos servem para que o juiz tenha condição de decidir.⁶⁹ No mesmo sentido, Liebman define que *judgar* é o ato de valorar a partir da norma jurídica, determinando a consequência para o fato que ocorreu.⁷⁰ Por fim, Mittermaier estabelece que a verdade é o produto da percepção que temos do que ocorreu na realidade sensível.⁷¹ Todavia, Marinoni afirma que aplicar hoje as visões acerca do Direito, de Chiovenda, de Liebman e de Mittermaier não convém, uma vez que não se acredita mais em uma aplicação tão automática da regra, pois é necessário que o julgador intérprete a regra, conferindo sentido ao texto e, portanto, participando da criação da norma.⁷²

Observa-se que a relação do processo com a verdade apresenta diversas nuances, existindo outros entendimentos sobre o assunto. Marinoni defende que o direito processual deveria se preocupar em definir qual a finalidade da atividade cognitiva do julgador.⁷³

Quanto ao tema, Marinoni apresenta três noções distintas.⁷⁴ A primeira é sobre a *verdade material* (absoluta ou real), a qual define como "a perfeita correspondência entre a realidade e a ideia que dela se faz." Considera que seja a que menos deve ser utilizada, pois a prova é um conceito absoluto, e, portanto, estabelecer uma conexão com o processo, é improvável, por não ter condição de reconstruir exatamente como ocorreu, tanto que em alguns momentos, não haveria sua busca.⁷⁵

Cita como exemplos para a não ocorrência da busca, as vedações das provas ilícitas, do emprego de determinados meios de provas em certas circunstâncias ou das provas tarifadas. Por isso Marinoni não concorda que um ordenamento em que existam tais obstáculos seja compatível a busca de uma verdade absoluta,⁷⁶ e concorda com a afirmação de Verde de que

⁶⁸ *Ibidem*, p. 243.

⁶⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 72.

⁷⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 4.

⁷¹ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. Campinas: Bookseller, 1997, p. 78.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. *op. cit.*, p. 244.

⁷³ *Ibidem*, p. 244-245.

⁷⁴ Sem afirmar qual seja a conceituação que adota ou qual prefira, apesar de dar a entender que seja a "quase verdade" de Reale.

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. *op. cit.*, p. 245.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 246.

as regras no processo, não são apenas para definir que o juiz deve decidir e como deve chegar ao conteúdo do pronunciamento, mas também apresentando limitações a atividade probatória.⁷⁷

Para essa noção, haveria uma contraparte, a *verdade formal* (ou processual) que Marinoni conceitua como sendo “uma verdade limitada, própria de processos que trabalham com interesses disponíveis”. Como pressupõe que sejam os processos da área cível, este podendo ter pronunciamentos jurisdicionais, em regra, com a verdade formal, enquanto que o processo penal, por, em regra, o bem jurídico ser mais valioso, seria necessária uma verdade material. A crítica de Marinoni à noção de verdade material e verdade formal vai no sentido de que dessa forma seria admissível falsidades em determinados processos.⁷⁸ Pode-se afirmar que alguns processos teriam maior credibilidade perante a sociedade, ocorrendo uma hierarquização de jurisdições quanto a sua fidelidade aos fatos *in concreto*.

A segunda definição de verdade que apresenta é a de Reale, o qual trabalha com a *quase verdade*, pois sempre que o fato for reconstruído e levado para dentro do processo, é impossível afirmar que foi realizada com perfeição. Sempre existirá a interferência da interpretação que cada indivíduo dá ao reconstruir o fato, acrescentando um aspecto pessoal que pode não condizer com o que realmente ocorreu. No entanto, esse entendimento não deve ser adotado quando a construção probatória redundar em situação manifestamente contrária à realidade verificada.⁷⁹

Por último, expõe o entendimento baseado em Habermas, segundo o qual a verdade está no diálogo. A verdade é buscada no consenso, e não no conteúdo da assertiva. Mesmo que o conteúdo seja importante, não tem relação com a verdade, pois apenas se "a forma pela qual a afirmação é obtida. O verdadeiro e o falso não têm origem nas coisas, nem na razão individual, mas no procedimento."⁸⁰

Greco também expõe distintos autores que discorrem a respeito da verdade e de como ela deve ser tratada no processo, no entanto, o mais importante aqui é colocar as conclusões a que chegou. Pois, apesar de Marinoni não evidenciar qual a sua posição acerca do assunto, Greco o faz.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 246 *apud* VERDE, Giovanni Verde. Prova (diritto processuale civile). **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1988. p. 590.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. *op. cit.*, p. 246.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 246 a 248.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 248.

Para este autor, deve-se ter em mente que “a certeza dos fatos apurada no processo é basicamente o resultado de uma série de induções.”⁸¹ Ainda que não negue as provas que ocorrem por dedução, como o exame cadavérico que constata a morte, lembra que essa dedução tem como suporte exercícios indutivos, pois a constatação foi realizada por um médico que analisou os sinais vitais.⁸²

Além disso, em muitos casos são fatos pretéritos os investigados no processo, portanto, há produção indireta.⁸³ Se existir contradição, o juiz deve escolher qual seguir. Essa escolha, apesar de ser racional, também é indutiva, tendo como base o senso comum e suas experiências.⁸⁴

O autor da presente obra compartilha da conclusão a que Greco chegou. Pois adotar as noções de verdade material e de verdade formal, é admitir que em um processo admitam-se inverdades. Como exemplo, é possível comparar com a ditadura militar brasileira. Alguns afirmam que no Brasil não houve ditadura pois durante o período do regime militar ocorreram eleições e sucessões de governantes. De fato essas situações ocorreram; portanto, julgar apenas com base nisso é considerar que provavelmente não houve uma ditadura. No entanto, apenas esses argumentos serem levantados em um debate sobre o assunto leva a uma mentira, pois atrelado a esses acontecimentos, ocorreu centralização do poder, autoritarismo e violência, não admitindo que se opinassem contrariamente ao governo e os que fizessem, eram severamente punidos, muitas vezes sem um devido processo legal, que são características de um regime ditatorial.⁸⁵ Agora, com essa nova apresentação, dificilmente se afirmaria a inexistência de uma ditadura durante o governo militar no Brasil. Por óbvio que é notório que em alguns momentos não será possível apresentar todas as nuances sobre o mesmo fato, mas se deve partir do pressuposto que sempre será assim.

Quanto à *quase verdade*, ainda que se concorde que as informações à baila sempre estarão sofrendo interferência da interpretação individual; todavia, novamente, essa afetação não deve ser tóxica nem mesmo minimamente, ou seja, essa teoria não deve ser adotada sempre que for contrária a realidade verificada, e não apenas quando descaradamente.

Por fim, não seria o discurso, pois este é utilizado para concatenar os argumentos e não é, necessariamente uma prova no processo, pois só será na ocasião de prova testemunhal e

⁸¹ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: processo de conhecimento. *op. cit.*, p. 110.

⁸² *Ibidem*, p. 110.

⁸³ *Ibidem*, p. 110. Greco exemplifica: "depoimentos de testemunhas, documentos, perícias descritivas de fatos ou circunstâncias que não deixaram vestígios ou cujos vestígios já desapareceram." P. 110.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 110.

⁸⁵ BLUME, Bruno André. **Afinal, o que é uma ditadura?** Politize, 2017. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/ditadura-o-que-e/>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

prova em vídeo, por ser uma narrativa corporal. Nas demais situações, em que se utiliza a retórica como artifício de convencimento, não passa de uma base que busca colocar sobre maior ou menor evidência, a depender da conveniência, determinados fatos, provas e argumentos jurídicos e não jurídicos. Ademais, a coerência narrativa e a própria busca de um consenso pode contrariar as demonstrações empíricas.

Ressalta-se, ainda, que o importante é que seja possível uma apuração garantística dos fatos, de modo que para se poder efetivar a tutela jurisdicional, necessite buscar a verdade, para só assim poder, realmente, garantir os direitos que cada cidadão detém. Não só como legitimidade do processo, mas a verdade também é um pressuposto para a justiça. Sendo assim, a verdade tem que ser originada do melhor método investigativo acessível ao momento da tutela, não importando qual área do saber. Sempre lembrando que a verdade científica é relativa e contingente, uma vez que as técnicas de apuração estão em constantes aperfeiçoamento.⁸⁶

Mesmo que o processo sempre busque a verdade como um pressuposto para sua legitimidade, essa busca não deve ser interminável e ir atrás apenas da verdade absoluta, com esta sendo justificativa para ocorrência de violações de direitos com o fulcro de alcançar a verdade, pois, como citado, até mesmo a verdade científica pode mudar. Do mesmo modo, não pode haver obstáculos que inviabilizam a busca da verdade, para tanto, o processo deve, ainda, ser polido para que a celeridade não configure um entrave para que a verdade seja revelada nos autos.⁸⁷

3.2 Prova

Para se chegar o mais próximo possível da verdade sobre o fato, é necessário que haja comprovação. Esta só ocorrerá por meio de argumentos e provas que demonstrem a realidade do fato. Portanto, há necessidade de se aprofundar no estudo geral da prova.

Utilizam-se dois conceitos adotados por Greco: *prova como meio* e *prova como resultado*.⁸⁸

A primeira, *prova como meio*, é em decorrência do exercício realizado intelectivamente, baseando-se em conclusões e conhecimentos para que seja possível ocorrer

⁸⁶GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: processo de conhecimento. *op. cit.*, p. 110 e 111.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 112 e 113.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 100. Greco ainda adotada uma terceira concepção: prova como atividade processual. Esta conceituada como “uma atividade de colheita de elementos de convicção do processo; um conjunto de atos processuais que levam o juiz a um convicção, através de uma atividade tipicamente processual.”

o julgamento.⁸⁹ Nesse sentido, a prova é *meio de inteligência*, segundo o qual há uma condução convincente e universal, de modo que os jurisdicionados aceitam a verdade do que antes era algo nebuloso.⁹⁰ Todavia, Greco salienta o cuidado que se deve tomar ao adotar tal concepção, uma vez que não é possível garantir objetividade no julgamento dos fatos, pois "se superestimam, na avaliação das provas, a estratégia e os argumentos dos advogados, desprezando a busca da verdade e havendo, assim, o risco de comprometer todas as suas conclusões."⁹¹

Aqui, poderia se incorrer no erro de que os argumentos se iriam sobrepor às provas, ganhando quem tivesse a melhor retórica e não quem realmente tem o direito. A prova é utilizada em conjunto ao debate e à argumentação, não desprezando suas importâncias. No laudo pericial, por exemplo, a forma com que são expostos e descritos os dados empíricos influenciam o resultado, podendo dar maior ênfase a determinado dado, e fazendo com que o outro passe despercebido. Outrossim, o resultado do laudo pericial também é influenciado pela forma da quesitação e pelas técnicas utilizadas pelo perito, cada parte buscando valorizar as informações que as favorecem. Observa-se, portanto, a busca da verdade possível por meio de argumentos e provas científicas.

Por sua vez, a segunda, concepção, a *prova como resultado*, Greco a denomina como *concepção metajurídica*. Esta "se contrapõe à retórica e às provas legais e identifica a prova comum um fenômeno humano, utilizado pelo conhecimento em todas as áreas do saber."⁹² Isto é, a prova não é um instrumento exclusivo do processo jurídico, mas sim de todas áreas do conhecimento, em todas sendo utilizada para verificação da verdade.

Na ideia metajurídica há uma certa abertura, posto que o magistrado recorre às outras áreas do conhecimento para que possa alcançar a verdade. Ainda, se tem a ideia de que a prova tem como função demonstrar os fatos e não apenas de persuadir o julgador. Assim, nota-se que a prova como resultado, defendida por Greco, combate possíveis limitações probatórias e normas artificiais que possam existir no ordenamento jurídico.⁹³

Mesmo reconhecendo que a prova é utilizada em áreas distintas ao Direito, o autor cuida de conceituar o que é prova no processo. Em suas palavras: "é a atividade que se destina a apurar a verdade dos fatos necessária para a tutela jurisdicional efetiva dos direitos

⁸⁹ Ibidem, p. 100.

⁹⁰ Ibidem, p. 101.

⁹¹ Ibidem, p. 101.

⁹² Ibidem, p. 102.

⁹³ Ibidem, p. 102 e 103.

protegidos pelo ordenamento jurídico."⁹⁴ Portanto, a prova é um movimento necessário para que o direito positivado seja assegurado de forma compatível com o fato ocorrido.

Além disso, a prova tem como destino os indivíduos processuais e a sociedade. Hoje se foge do entendimento de que apenas o juiz é o destino, mas também de que as partes são, adotando o contraditório participativo, com as partes defendendo enquanto provam. Não só afirmam quais provas querem, como também podem produzi-las, quando entenderem a utilidade para uma decisão favorável.⁹⁵ Ou seja, não mais se admite o magistrado como único destinatário das provas, e sim como um dos destinatários.⁹⁶ Oportuno é esclarecer que mesmo as partes também sendo receptoras das provas, o magistrado tem a possibilidade de indeferir de forma fundamentada a produção de prova que considere desnecessária ou que tenham caráter protelatório, de modo, inclusive, para garantir a dignidade da justiça e um procedimento célere.⁹⁷

Do mesmo modo, entidades da sociedade podem participar do processo, por exemplo, o *amicus curiae*. Bem como a regra geral de que o processo será público, podendo, assim, a comunidade zelar pelo respeito aos direitos que cada indivíduo faz jus.

Para esses destinatários, na maioria das vezes, as provas terão como objetivo atestar os fatos relevantes para a resolução do feito ou do direito, conforme disciplina legal.⁹⁸

Essas provas serão levadas ao processo por meios legais ou atípicos de prova.⁹⁹¹⁰⁰ Sobre os tipos de fontes que não são específicos em lei, Greco traz à tona três questionamentos, dos quais, um é pertinente ao presente trabalho: "A partir de que momento a descoberta científica de um novo meio de prova pode ser aceita no processo?"¹⁰¹ Essa indagação é pertinente na medida de que na perícia deve ser empregado o meio mais recomendável para aquele objeto determinado, de modo a poder garantir maior credibilidade

⁹⁴ *Ibidem*, p. 103.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 104-106.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 107 Greco comenta que mesmo as partes não sendo destinatárias das provas, os tribunais superiores também seriam, uma vez que a colheita de provas é para que haja decisão em diversas instâncias em que o processo tramitar.

⁹⁷ Artigo 370, parágrafo único, Código de Processo Civil.

⁹⁸ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: processo de conhecimento. *op. cit.*, p 113-115; MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. *op. cit.*, p. 251: Marinoni afirma que é função provar as *afirmações de fato*, sendo, como regra, os *fatos principais* (essenciais ou diretos) o objeto da atividade probatória, quais sejam: fatos que devem ser afirmados na primeira oportunidade em que as partes têm de se pronunciarem com o intuito de demonstrar quem está com a razão. Apenas eventualmente necessitando provar os *fatos secundários* que são todos os demais. Por sua vez, Greco, conceitua os fatos principais como os fatos relevantes, e que também, excepcionalmente, prova direito, conforme artigo 376 do Código de Processo Civil, os fatos controvertidos pertinentes e os incontrovertidos que necessitam de prova para auferir a veracidade.

⁹⁹ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: processo de conhecimento. *op. cit.*, p. 116: A ação de encaminhar aos autos as provas, é denominada como meios de provas ou tipos de fontes por Greco.

¹⁰⁰ Artigo 369, Código de Processo Civil.

¹⁰¹ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: processo de conhecimento. *op. cit.*, p. 117.

ao seu resultado. Assim, o próprio autor responde afirmando que no processo se utilizará a descoberta científica reconhecida como confiável pela ciência de origem.¹⁰²

Dessa maneira, no âmbito específico da prova pericial, tem-se, por exemplo, que para evitar resultados periciais que mais atrapalham que contribuem com o procedimento, devem-se utilizar os meios de prova que realmente serão aptos a influenciar na solução da lide. Não há necessidade de se sanarem todas as dúvidas existentes quanto a todos os fatos, pois, como visto, nem sempre isso será possível ou relevante, mas tem que ser uma fonte que tenha a potencialidade de trazer o máximo de informações que a ciência contemporânea pode proporcionar.

3.3 O princípio dispositivo e sua aplicação harmônica com o princípio inquisitório

Sabe-se que tanto o juiz quanto as partes são destinatários das provas no processo judicial, bem como quais fatos devem ser alvo da produção probatória e quais meios devem ser utilizados para se alcançar a prova elucidativa possível. Falta clarear quem tem o direito de requerer que ocorra a atividade probatória e quem tem o ônus de comprovar o que alega.

Acerca das possibilidades de as partes e o magistrado participarem na produção de provas, em primeiro, remonta-se ao princípio dispositivo; este garante às partes o direito a iniciativa probatória. Por sua vez, o princípio inquisitório dá a prerrogativa de o magistrado, de ofício, determinar a produção de qualquer prova que considerar pertinente.¹⁰³¹⁰⁴

Como exposto, a prova é o melhor instrumento para se afirmar a veracidade do que foi alegado. O que não pode ocorrer é que, no anseio de garantir o direito à ampla defesa, não exista um controle das provas que as partes requerem, principalmente quando tiverem explícito caráter procrastinatório. Isto é, as partes não podem abusar do seu direito de provar o que alegam, devendo o togado realizar esse controle.

Quanto à iniciativa probatória pelo juiz, Greco afirma que ela deve ser subsidiária em causas que tratem de direito disponível, enquanto que quando for matéria de direito indisponível, deve o magistrado adotar uma postura mais proativa, ao que o autor denomina de *iniciativa em caráter principal*. Isto é, determinar a produção de quantas provas bastarem para que se evite a perda desse direito, não existindo necessidade de se esgotarem todos os

¹⁰² *Ibidem*, p. 118.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 119.

¹⁰⁴ Artigo 370, Código de Processo Civil.

meios de provas. Mas sempre tomando cautela para que não se torne uma figura autoritária ou que coloque em dúvida sua imparcialidade.¹⁰⁵

Conclui-se que o tridente processual, juiz, autor e réu, podem produzir todas as provas em direito admitidas, desde que respeitem ao devido processo legal e a celeridade processual, bem como não haja quebra da imparcialidade jurisdicional.

Já sobre o ônus probatório, Greco estabelece que se trata de um cargo que recai sobre as partes para que possam provar o alegado e caso não seja cumprido, é possível que o magistrado considere inverídicas as afirmações.¹⁰⁶

No processo penal a presunção de inocência existe por questão humanitária, em que se deve zelar pela liberdade humana. Essa questão humanitária no processo civil também pode fazer com que gere um certo desequilíbrio. Nessa situação, Greco defende que o juiz deve ser mais exigente na análise probatória de um sujeito processual do que em relação a outro. Desde que, ressalta, não ocorra a criação de presunções de causalidade ou presunções de veracidade ao ponto que inviabilizam a prova em sentido contrário, assim como prejudicando a paridade de armas.¹⁰⁷

Em regra, no processo civil, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto aos fatos impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor,¹⁰⁸ sendo certo que as situações concretas poderão viabilizar a flexibilização desta distribuição, com base na isonomia processual.

Para que possa ser exercitado o direito de prova e comprovar suas alegações, há um procedimento probatório. Em regra, o procedimento é composto por quatro fases: proposição, admissão, produção e valoração. A proposição ocorre quando as partes querem a produção de determinada prova. Já a admissão, é quando o juiz defere a produção, com a possibilidade de determinar de ofício que se produzam as provas que considerar necessárias. Na a produção, o conteúdo da prova é levado até o magistrado. Enfim, na última fase, a de valoração, o juiz aprecia os elementos probatórios e chega a uma conclusão sobre os fatos.

Importante lembrar, também, que limitação probatória é a vedação legal à admissão, produção ou valoração de provas que são consideradas necessárias ou úteis para levar a verdade ao processo.¹⁰⁹

¹⁰⁵ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: processo de conhecimento. *op. cit.*, p. 119.

¹⁰⁶ Idem, p. 123.

¹⁰⁷ Idem, p. 120-122.

¹⁰⁸ Artigo 373, *caput*, Código de Processo Civil.

¹⁰⁹ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: processo de conhecimento. *op. cit.*, p. 133.

Para a presente monografia, é pertinente informar as vedações legais quanto à prova pericial, sendo elas: impedimento ou suspeição do perito; falta de conhecimento técnico do perito; escusa do perito; preclusão de quesitos apresentados após o findo o prazo; e limitação ao depoimento oral do perito e antecedência de sua intimação.¹¹⁰

3.4 Prova pericial

Como o trabalho é elaborado para análise da prova pericial, não há aprofundamento nas demais espécies probatórias. Portanto, agora se debruça sobre a prova técnica. Em um primeiro momento serão trabalhados conceitos doutrinários. Após as apresentações dos termos oportunos, a prova pericial será analisada de uma forma mais crítica.

Nesse diapasão, a *prova pericial* (ou técnica) é aquela que se baseia em exame, vistoria ou avaliação a realizada por indivíduo que tenha conhecimento científico, especializado ou técnico na área.¹¹¹ Surgiu com o intuito de dar a mesma credibilidade para as provas judiciais que as demais ciências.¹¹²

No que se refere às expressões *avaliação*, *vistoria* e *exame*, tem-se que: a) a *avaliação* é dar uma cotação ao bem com base em seu valor de mercado; b) *vistoria*, o ato de observar externamente um objeto inanimado (por exemplo, em uma fazenda e tomar ciência de quantos pés de café nela existem); e, c) por último, *exame* é o ato de observar um objeto animado ou internamente um objeto inanimado (por exemplo, analisar a quantidade agrotóxico foi utilizado em determinado pé de café).¹¹³

Acerca dos três conhecimentos, o primeiro, o *conhecimento científico*, Greco define que é o oriundo de uma ciência, em que se alcança a partir da reflexão humana e comprovados empiricamente, dando-lhe credibilidade. O perito deve aplicá-lo da forma mais recomendável e expor o resultado mais aceito pela comunidade científica.¹¹⁴

Já o segundo, *conhecimento técnico*, é a sabedoria de como um conhecimento, científico ou prático, é aplicado na prática, podendo ser transmitido de pessoa para pessoa. Nessa hipótese, o perito deve informar com a ação é aconselhável para determinada atividade.¹¹⁵

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 136. Artigos 157, 467, 468, 469, e 477, §§ 3º e 4º, Código de Processo Civil.

¹¹¹ Artigo 464, Código de Processo Civil.

¹¹² VERDE, Giovanni. Prova in generale: Teoria generale e diritto processuale civile. In: **Enciclopedia del diritto**, *op. cit.*, p. 580.

¹¹³ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: processo de conhecimento. *op. cit.*, p. 241-242.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 242.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 242-243.

In fine, o conhecimento especializado é o saber originado da vivência particular de cada indivíduo ao realizar determinada atividade, não existindo a necessidade de qualquer título para garantir que seja detentor daquele conhecimento.¹¹⁶

Além disso, Greco divide a perícia em duas espécies, em uma leitura quanto ao conteúdo: *informativa* e *opinativa*. É *informativa* quando o perito utiliza de seus conhecimentos para descrever o alvo da perícia, ação que não seria possível sem aquele conhecimento. E será *opinativa* quando o perito irá interpretar o alvo da perícia.¹¹⁷ Pode-se dar como exemplo a constatação, a partir do estado de putrefação do corpo, há quanto tempo o indivíduo foi a óbito, sendo uma perícia informativa; agora, considerando a posição do corpo, suas marcas, seu estado de saúde e os objetos próximos a ele, qual foi a causa da morte, uma perícia opinativa.

Observa-se que a prova pericial é utilizada quando se exigem conhecimentos que extrapolam os exigidos pelo homem médio, para que seja possível elucidar o fato arguido.¹¹⁸ Ainda que o magistrado da causa tenha sapiência na área em que se exige do perito, isso é, conhecimento não pertencente ao comum dos julgadores, o perito não poderá ser dispensado. Caso fosse admissível a dispensa do perito, seria hipótese de a decisão ser baseada em *ciência privada*.¹¹⁹ Esta é vedada, em decorrência do princípio da persuasão racional, pois não pode ser vale de conhecimentos pessoais, de natureza técnica, para dispensar a prova pericial.¹²⁰

Tal como as demais provas, a legitimidade da prova pericial está adstrita a participação das partes em sua produção, sendo resguardado o contraditório. O interesse em aclarar fato a partir de conhecimento técnico não é apenas do juiz, as partes também o têm; portanto, devem ter o direito de se pronunciarem sobre a questão técnica e de indicarem assistentes técnicos.¹²¹

Importante salientar que a informação que o perito carrega consigo consiste em opinião técnica, científica ou especializada sobre o fato, e não o próprio fato. No que se distingue da prova testemunhal, uma vez que esta objetiva saber qual a visão da pessoa (testemunha) sobre o fato, enquanto a prova pericial tem como propósito levar ao processo as impressões técnicas do perito sobre o fato, mesmo que tenha presenciado o fato.¹²²

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 242- 423.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 243.

¹¹⁸ Artigo 156, caput, Código Processo de Civil.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** *op. cit.*, p. 397

¹²⁰ *Ibidem*, p. 397

¹²¹ *Ibidem*, p. 397.

¹²² *Ibidem*, p. 397-398.

3.4.1 O perito e os assistentes técnicos

Greco, para conceituar *perito*, utiliza-se da definição que pode ser extraída da lei,¹²³ sendo, portanto, uma pessoa física, com capacidade civil, não interessada no resultado da causa,¹²⁴ detentora de um conhecimento, científico, técnico ou especializado, ou órgão técnico ou científica que esteja cadastrado no tribunal ao qual o juiz está vinculado.¹²⁵ Já Marinoni como ‘a pessoa que, contando com a confiança do juiz, é convocada para, no processo, esclarecer algum ponto que exija conhecimento técnico especial.¹²⁶ Identifica-se que o magistrado deve ter confiança no perito. Este também deve ser idôneo moralmente, uma vez que os jurisdicionados têm direito a um julgamento idôneo. Como o juiz irá julgar com base no laudo pericial, o indivíduo que a assina deve ser detentor de tal qualidade.

Basicamente, existem três sistemas de escolha do perito: *pelo juiz, pelas partes*¹²⁷ ou *órgão público instituído pelo Estado*.¹²⁸

O primeiro, predominante no *civil law*, deve-se tomar cuidado com o fato de que o juiz escolhendo, não tem como garantir que o indivíduo tenha capacidade para desempenhar a função. Bem como a confiança depositada nele pelo togado, pode torná-lo no juiz da causa.¹²⁹

Por sua vez, o segundo, preponderante no *commow law*, é notável que as partes podem indicar peritos que possam emitir laudos mais favoráveis a seus interesses.¹³⁰ Ainda que as partes possam acordar em qual será o perito da causa, o juiz pode atuar subsidiariamente se considerar necessário, determinando nova perícia, pois deve confiar no profissional que ficará como encargo de produzir a prova pericial, de modo a não comprometer a atividade jurisdicional. Mesmo assim, a nova perícia não substitui a primeira, a duas permanência coexistindo, com o magistrado, em sua decisão, devendo valorar a prova pericial oriunda do contrato processual.

¹²³ Artigo 156, Código de Processo Civil.

¹²⁴ Artigos 148, III, e 467, Código de Processo Civil: o perito está sujeito as mesmas causas de impedimento e suspensão que o juiz.

¹²⁵ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: processo de conhecimento. *op. cit.*, p. 244.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. *op. cit.*, p. 398.

¹²⁷ Artigo 471, Código de Processo Civil.

¹²⁸ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: processo de conhecimento. *op. cit.*, p. 244.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 244; MIRZA, Flávio. Notas Sobre a Avaliação da Prova Pericial: resgatando a causalidade. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual, 2014, p. 138.

¹³⁰ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: processo de conhecimento. *op. cit.*, p. 244.

Por fim, a realização por estabelecimento oficial¹³¹ incorre no risco de haver uma burocratização da produção da prova. Poderia, assim, em a solução judicial demorar mais para ser imposta.¹³²

Hoje, no Brasil, é estipulado que os juízes utilizem os peritos cadastrados nos Tribunais, pois parte-se da premissa que os mesmos são capazes de desempenharem a função. Greco opina no sentido de que se deve permitir que a perícia seja realizada por órgãos públicos ou privados multidisciplinares, assim como possa dar liberdade para que as partes possam indicar peritos imparciais previamente cadastrados nos tribunais.¹³³

Quanto ao assistente técnico, só interessa a parte sua reputação. Hoje não se tem mais a ideia de que o assistente seria um sujeito imparcial no processo, mas sim que ele estará lá também visando o interesse da parte contratante. Por óbvio que quanto melhor for a reputação do perito, maiores são as chances de exercer melhor a função e influenciar a decisão do juiz.¹³⁴

Não se deve confundir, aqui, o perito imparcial indicado pelas partes com o assistente técnico. O primeiro é um perito que tem o compromisso de servir como o perito do juízo que ao contrário da regra, foi nomeado em razão de um contrato processual. Ao passo que o segundo é uma escolha unilateral de cada parte, contratando uma pessoa com conhecimento suficiente para que influencie, quando possível, em seu favor o resultado da causa.¹³⁵

Mesmo com a possibilidade de as partes indicarem assistentes técnicos, o juiz, por estar dirigindo o processo deve saber auferir a aptidão do perito, saber quesitar, compreender a linguagem e acompanhar o raciocínio do perito. Isso é necessário pelo fato de que quem vai decidir, é ele próprio, portanto, faz-se necessário que tenha interesse que a prova seja produzida da melhor forma possível.

3.4.2 Produção da prova pericial

Greco divide o procedimento da prova técnica em três etapas: *proposição*, *admissão* e *produção*. A primeira, geralmente ocorre na petição inicial e na contestação. Já a segunda, normalmente no despacho saneador. Enfim, a terceira se divide em quatro providências:

¹³¹ *Ibidem*, p. 244: "como ocorre no nosso processo penal, com o Instituto Médico-Legal e com o Instituto de Criminalística existentes na estrutura das polícias."

¹³² *Ibidem*, p. 245.

¹³³ *Ibidem*, p. 245.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 246.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 247.

*fixação do objeto, nomeação e estabelecimento de prazo, formulação de quesitos e intimações.*¹³⁶ Acrescenta-se à terceira etapa uma quinta providência: *elaboração do laudo pericial.*

O magistrado, na fixação do objeto, deve delimitar qual o tipo da perícia e sua finalidade. Ao nomear, deve definir qual o prazo que o perito tem para entregar o laudo pericial. Em seguida, deve formular os quesitos que considera pertinentes. Por fim, intimar o perito para informar sua designação e as partes para que formulem quesitos e indiquem seus respectivos assistentes técnicos.¹³⁷¹³⁸

Existem, ainda, três formas de produção da prova pericial, aponta Marinoni: *extrajudicial, simplificada ou formal.*

A *extrajudicial* "ocorre fora e antes do processo."¹³⁹ Há possibilidade de o juiz dispensar a produção pericial no processo, caso as partes, na inicial e na contestação, apresentem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.¹⁴⁰¹⁴¹ Como é possível observar, é uma possibilidade que o magistrado tem, portanto, caso não considere suficiente, é possível que determine uma nova perícia. Do mesmo modo, as partes, caso não tenha caráter protelatório, podem requerer uma perícia, mesmo já tendo ocorrido a apresentação de pareceres técnicos, caso julguem necessário para a melhor elucidação do caso. Ainda, caso o magistrado entenda que perícia, quando já há parecer técnico apresentado pela parte requerente, pode negar quando entender que se trata de ato protelatório ou que não há necessidade de uma perícia, pois já é suficiente o que foi apresentado.

Já o procedimento probatório *simplificado* será realizado quando a questão for de menor complexidade.¹⁴² A produção consiste em inquirição de especialista sobre o ponto controvertido que necessite de conhecimento científico ou técnico para resolver o caso.¹⁴³ Apesar de o dispositivo legal apenas mencionar as indagações pelo magistrado, estende-se a

¹³⁶ *Ibidem*, p. 256-257.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 256-257.

¹³⁸ Artigos 319, VI; 336; e 464 e seguintes, Código de Processo Civil.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. *op. cit.*, p. 400.

¹⁴⁰ Artigo 472, Código de Processo Civil.

¹⁴¹ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: processo de conhecimento. *op. cit.*, p. 247: Greco entende que essa dispensa tende a ocorrer quando, comparada com as provas já levadas ao processo, em razão da alta complexidade, o custo ser demasiadamente alto ou pouco irá contribuir de alguma forma.

¹⁴² Artigo 464, §2º, Código de Processo Civil.

¹⁴³ Artigo 464, §3º, Código de Processo Civil.

possibilidade de as partes participarem, bem como contarem com o apoio de assistentes técnicos.¹⁴⁴

Por fim, o regime *formal* que é um “procedimento mais demorado e compatível com exames mais complexos ou que demandem maiores esclarecimentos.¹⁴⁵” Frequentemente, quando comenta sobre a prova pericial, essa é a espécie que mais vem à mente. Essa que ocorre dentro do processo e que o perito precisa fazer uma série de avaliações e responder os quesitos referentes ao objeto da perícia, ao final, emitindo o laudo pericial.

Neste laudo deve constar o objeto da perícia, qual foi a análise técnica ou científica realizada, indicação do método e demonstrar que era o melhor a ser empregado, e resposta conclusiva para todos os quesitos apresentados. A linguagem do laudo deve ser de fácil compreensão e que seja possível identificar as conclusões a que chegou. Também há necessidade de respeitar os limites do exame a que foi designado, além de não ser vedado que expresse opiniões pessoais que extrapolem o objeto da vistoria. Assim como tem direito de, tanto o perito quanto os assistentes técnicos, de se valerem de todos os meios necessários para que possam desempenhar suas funções.¹⁴⁶

Caso a primeira perícia não seja elucidativa o bastante, é possível que o magistrado, ao julgar necessário, determine, seja de ofício ou a requerimento, que se realize uma segunda perícia. Mesmo que a primeira perícia tenha sido realizada por um perito imparcial indicado pelas partes.¹⁴⁷ A segunda perícia terá como objeto os mesmos fatos da primeira e não a substituirá.¹⁴⁸

O intuito de se realizar a perícia, seja a primeira ou as demais, é visando alcançar a verdade; para isso, devem-se empregar os melhores meios possíveis para a solução da controvérsia. Como bem resume Greco: “A ciência revelada no processo deve ser tão confiável quanto a que é investigada nas universidades, nos laboratórios e centros de pesquisa, com a mesma credibilidade e confiabilidade.”¹⁴⁹ Ou seja, a razão de que se sabe que não é possível alcançar a verdade absoluta, não deve ser desculpa para que o resultado levado ao processo tenha menos credibilidade e confiabilidade que o adotado pelo meio científico respectivo.

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. *op. cit.*, p. 400.

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. *op. cit.*, p. 400.

¹⁴⁶ Artigo 473, Código de Processo Civil.

¹⁴⁷ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: processo de conhecimento. *op. cit.*, p. 247.

¹⁴⁸ Artigo 480, Código de Processo Civil.

¹⁴⁹ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: processo de conhecimento. *op. cit.*, p. 252.

Do mesmo modo que o togado pode determinar a realização de mais de uma perícia, com o intuito de garantir maior crédito àquela prova, pode determinar que a perícia, primeira ou segunda, seja realizada por mais de um perito. Situação corrente quando se tratar de fato complexo que abrange mais de uma área do saber humano. Assim, também, as partes podem indicar mais de um assistente técnico cada.¹⁵⁰ Evidente que a pluralidade de especialidades em objetos complexos, traz maior fúza ao resultado, diminuindo as chances de erro ao julgar.¹⁵¹

No sentido de evitar erros judiciais, o magistrado, ao proferir a decisão final da causa, deve fundamentar por qual motivo vai considerar ou não a perícia, levando em conta o método que o perito utilizou.¹⁵² A não utilização do resultado da perícia decorre do fato de se reconhecer que a ciência também pode falhar. Portanto, para evitar os erros, o juiz deve estar sempre atento e controlando a eficácia da técnica utilizada, sabendo seus prós e contras. Além disso, Greco orienta no sentido de que os julgadores não devem utilizar provas científicas que são desmentidas por alguma outra prova científica, por ser inidônea.¹⁵³ Para tanto, é recomendável que se utilize de regras que analisem cada prova científica para chegar na conclusão de qual é mais provável ser a correta. Bom parâmetro para isso são os critérios fixados a partir do caso Daubert pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, conforme já citado, e alguns que são citados no item 3.4.4.

Várias vezes que estudos científicos são levados aos processos, baseiam-se em *provas estatísticas*, ou seja, métodos empíricos de observação de fatos que em grau elevado têm revelado coincidência, permitindo extrair da existência de uns a provável existência de outros.¹⁵⁴ Por se tratar de um dado probabilístico, há margem de erro, portanto, sua confiabilidade está coadunada ao método utilizado para chegar a tal resultado. Ainda assim, por ter a possibilidade de estar errado o resultado, por menor que seja a margem, não se pode considerar como *prova plena*. Logo, é admissível que seja requerido a produção de contraprova. Nesse sentido, Greco entende que o magistrado não a pode negar a produção da contraprova.¹⁵⁵

Além disso, existem outros meios de prova. Embora a ciência mereça crédito pela racionalidade dos dias atuais, em algumas circunstâncias outros meios serão sobrepostos à perícia. A prova técnica pode ser desmentida por documentos ou testemunhos, por exemplo, ou até explicada por outras circunstância. Podem ocorrer duas situações a título de ilustração

¹⁵⁰ Artigo 475, Código de Processo Civil.

¹⁵¹ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: processo de conhecimento. *op. cit.*, p. 253.

¹⁵² Artigo 479, Código de Processo Civil.

¹⁵³ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: processo de conhecimento. *op. cit.*, p. 254.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 254.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 254-255.

em uma ação de paternidade. Em uma primeira situação, afirma-se que o pai é determinado rapaz, mas este nega afirmando que o pai é seu irmão gêmeo, pois este mantinha relacionamento com a mãe, e durante o período de provável fecundação sempre esteve em locais distintos que a mãe. Nesse caso, o exame de DNA pode atestar que ambos têm a probabilidade de serem pais, mas será necessário que documentos e depoimentos sejam levado em consideração para determinar qual dos dois irmãos é o pai. Um segundo exemplo, é quando o suposto pai doou material genético para um banco de esperma, portanto, reconhecer a paternidade natural, não enseja a paternidade jurídica, não tendo o pai, caso comprovado, qualquer dever jurídico perante a suposta criança.

3.4.3 Capacidade de convencimento da prova pericial

Por ser utilizada como mais um argumento que convalide o fato alegado, sabe-se que a prova técnica tem uma certa capacidade de convencimento. Atualmente, sob a influência dos ideais iluministas, a prova pericial goza de grande força persuasiva, em razão de seu caráter científico, técnico ou especializado. Deste modo, normalmente o magistrado segue a verdade que a prova pericial revelou, pois não é, em regra, detentor do mesmo conhecimento que o perito. O risco, aqui, é de que o perito, destarte, passe a ser o juiz da causa.¹⁵⁶

Em algumas situações o magistrado pode entender que a prova pericial levada ao processo não é suficiente para que influencie em sua decisão, tendo a liberdade de não a utilizar, fundamentadamente, mesmo quando realizada mais de uma perícia. Além disso, caso entenda que as partes não formularam quesitos que cheguem ou fizeram com que a perícia chegou a resultados não conclusivos, basta apresentar seus próprios quesitos.¹⁵⁷

3.4.4 O que efetivamente a prova pericial é

Fora as definições doutrinárias já apresentadas e considerando a relevante importância que tem no processo de convencimento do juiz, aprofunda-se a análise do que efetivamente é a prova técnica.

Parte-se da premissa que a prova pericial é uma *prova estatística*. Em vista disso, por mais elevada que seja, há possibilidade de não corresponder com a realidade. Mirza afirma

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 254-255.

¹⁵⁷ Artigos 477 e 480, Código de Processo Civil.

que se deve utilizar a prova demonstrativa como alicerce, demonstrando o nexu causal e não apenas dados estatísticos, no livre-convencimento motivado.¹⁵⁸

Como exemplo, o autor cita que pelo cigarro ser um fator de risco e que aumente a possibilidade de um indivíduo desenvolver câncer pulmonar, não quer dizer que necessariamente quem é fumante terá câncer no pulmão. Assim como não é possível afirmar que sempre que um fumante que tem câncer no pulmão, foi resultado do fumo, pois se trata de uma probabilidade.¹⁵⁹

Do mesmo modo, uma pessoa que tem cirrose, pode ser malvista pela sociedade, pois se tem no imaginário popular que é uma doença desenvolvida apenas por indivíduos que exageram no consumo de bebidas alcoólicas. No entanto, outra causa para se ter tal enfermidade, é a hepatite. Ou seja, mesmo que o senso comum seja de que pessoas que têm cirrose são alcoólatras, pode estar errado, pois o padecimento tem mais de uma causa.

Por conseguinte, será que a probabilidade pode ser considerada como prova idônea e que só por que em muitos casos ocorreu de tal forma, sempre ocorrerá que sim? O entendimento deve ser de que não. Os resultados podem variar e alterar a depender de qual região está, qual o grupo que está sendo estudado e quantas vezes os objetos foram analisados. Mesmo que um fato seja mais provável de acontecer, não impede que o fato menos provável tenha ocorrido. Nesse sentido, uma probabilidade não deve se sobrepor a causalidade.¹⁶⁰

No entanto, não se deve confundir e crer que uma probabilidade lógica seja o melhor caminho, uma vez que não se confunde com a causalidade. Esta é o "nexu, [...] movimento mental de relacionamento de causa e efeito.¹⁶¹" Já aquela é uma probabilidade medida "pelo grau de sustentação que os elementos de confirmação fornecem à hipótese.¹⁶²" Incorre ainda no problema de não necessariamente existir nexu causal entre a ação e o fato.

Com o intuito de evitar que o perito se torne no juiz da causa e de que um leigo valere a prova científica, o ideal é que exista uma capacitação dos magistrados, tornando-se em "cientistas amadores", de modo que tenham alguma especialização sobre o assunto que vão julgar. Não há necessidade de o magistrado realizar uma nova graduação ou um curso técnico para que possa julgar determinadas causas, mas apenas que sejam treinados e possam melhor avaliar a prova pericial.¹⁶³ O conhecimento adequado para avaliar a perícia, aliado aos

¹⁵⁸ MIRZA, Flávio. **Notas Sobre a Avaliação da Prova Pericial**: resgatando a causalidade. *op. cit.*, p. 126.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 128.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 129-131.

¹⁶¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexu Causal**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 75.

¹⁶² MIRZA, Flávio. **Notas Sobre a Avaliação da Prova Pericial**: resgatando a causalidade. *op. cit.*, p. 131.

¹⁶³ TARUFFO, Michele. **Le prova scientifiche nella recente esperienza statunitense**. Milano: Giuffrè, 1996, p. 247; VERBIC, Francisco. **La prueba científica em el proceso judicial**. Identificación de la noción em el marco

conhecimentos jurídicos que já detém, contribui para maior justiça na decisão que irá proferir, pode desempenhar com maior excelência a função jurisdicional.

Denti propõe três controles sobre a atividade do perito: valorar sua autoridade científica, grau de aceitação da técnica por ele utilizada, e conformidade entre o procedimento e o resultado.¹⁶⁴

De modo a garantir que a ciência empregada no processo tenha o mesmo crédito que a utilizada nas universidades, nos laboratórios e centros de pesquisa, Greco entende que é necessário que o perito comprove seu conhecimento científico, técnico ou especializado, que ofereça ao juiz informações sobre o método científico utilizado e seu grau de aceitação no meio científico, que as partes e terceiros possam participar de forma efetiva na produção da prova pericial e que o juiz utilize argumentos científicos para justificar a adoção de um entendimento em detrimento dos demais, apresentados nos autos.¹⁶⁵

Não se pode admitir que o juiz fique à mercê do *expert*, não devendo existir uma "transferência das funções jurisdicionais do juiz para o perito." O magistrado que deve sempre ser o julgador, nunca podendo deixar de exercer essa função em decorrência de um entendimento de que deve se subordinar ao conhecimento científico do perito.¹⁶⁶

de la teoria general de la prueba. Problemas de admisibilidad y atendibilidad. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008 P. 87-8

¹⁶⁴ DENTI, Vittorio. **Scientificità della prova e liera valutazione del giudice**. Padova, CEDAM, 1972, p. 414-437.

¹⁶⁵ GRECO, Leonardo. **A prova no processo civil: do código de 1973 ao novo código civil**. *op. cit.*, p. 183-199.

¹⁶⁶ AFONSO, Felipe da Silva. **O Recurso à Ciência no Processo Civil: uma análise da racionalidade da prova pericial**. Juiz de Fora: UFJF, 2017, p. 39.

4 SOBRE A NECESSIDADE DE CAPACITAR O MAGISTRADO PARA O CONTROLE DA PROVA PERICIAL E NÃO PREJUDICAR A IMPARCIALIDADE

Antes de iniciar a discorrer sobre a necessidade de capacitação do togado quanto a prova pericial a ser produzida, é saudável enfatizar que não é objetivo da obra criticar ou apontar desvios morais de qualquer entidade, corporação, associação ou pessoa física. Busca-se, apenas, com base do que foi citado sobre as informações recebidas fora processos terem o condão de influenciar o seu resultado, seja conscientemente ou inconscientemente. Deste modo, pessoas que estão em determinado meio, em que passam o dia a dia trabalhando em determinado local, com certeza estão expostas a maior propensão de terem ideias semelhantes, principalmente indivíduos empregados, uma vez que são de onde conseguem renda para cumprirem com suas obrigações e satisfazer suas necessidades.

Como o que se visa é resguardar, dentre outros direitos, o direito ao contraditório e a paridade de armas, não há sentido em argumentar que pessoas, jurídicas ou naturais, devem se privar de esboçar ideias favoráveis a si. No entanto, isso não deve ser pressuposto para que o Estado, em todas suas esferas e representantes, não contribua com a democracia, negando, impossibilitando ou dificultando a que grupos menos favorecidos socialmente tenham a possibilidade de se manifestarem, em igualdade aos grandes grupos econômicos. Estes, por sua vez, não serão acusados, em nenhum momento, de possuírem desvios éticos ou de caráter como os retratos nos casos jurídicos nos filmes *Filadélfia*¹⁶⁷ e *Código de Honra*¹⁶⁸, por exemplo.

Todos, não importa se magistrado, perito, partes, advogados e empresas, são suscetíveis a influências. Portanto, sempre que for preciso demonstrarem pontos de vistas diversos aos que realmente acreditam em sua intimidade, estarão lutando contra suas respectivas naturezas, uma vez que o instinto de autopreservação é intrínseco a todo ser vivo. As pessoas jurídicas, por serem compostas de pessoas, não escapam desse sentimento humano.

Então, quando uma causa entra em juízo, é normal que em menor ou maior medida, haja alguma demonstração de qual sua ideia sobre o fato. Advogados são contratados para representarem os interesses de seus clientes. Peritos são nomeados para esclarecem acerca de

¹⁶⁷FILADELÍFIA. Direção: Jonathan Demme. Sony Pictures, 1993, 1 DVD (1h59min). *Filadélfia* (*Philadelphia* no original) é um filme que “Andrew Beckett (Tom Hanks) é um promissor advogado que trabalha para um tradicional escritório da Filadélfia. Após descobrirem que é portador do vírus da AIDS, Andrew é demitido da empresa.” <http://www.adorocinema.com/filmes/filme-9432/>

¹⁶⁸ CÓDIGO DE HONRA. Direção: Adam Kassen e Mark Kassen. Independente, 2011, 1 DVD (1h40min). *Código de Honra* (*Puncture* no original) é um filme em que se acusa que uma poderosa companhia médica é responsável por proibir a utilização de uma agulha segura que se retrai em caso de introdução forçada. <http://www.adorocinema.com/filmes/filme-179273/>

determinado assunto que excede ao Direito. No entanto, ainda assim, os exercentes dessas duas profissionais, continuam sendo seres humanos e suscetíveis a erros e a tomarem decisões irracionais.

Assim sendo, no tocante a prova técnica, o magistrado da causa deve saber manusear o processo para que a produção probatória alcance o resultado com a maior fidelidade possível com o fato. Todavia, por todos seres terem uma limitação quanto ao conhecimento, o juiz também não tem como ser detentor de todos os saberes humanos, situação que pode dificultar o controle da prova pericial.

Dessa maneira, o togado necessita de uma capacitação de qualidade para que possa resolver alguns litígios. Só não pode deixar de lembrar que tudo pode influenciar no resultado do processo, inclusive a forma com que o conhecimento é transmitido.

4.1 Portaria nº 170/13 do Conselho Nacional de Justiça e o I Congresso Mineiro sobre Exploração Minerária

Possivelmente tendo em vista a realidade de que a forma em que se leciona é possível influenciar em como o juiz irá analisar causas que versem sobre os mesmos assuntos, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Portaria nº 170/13, em que regula a participação de magistrados em congressos e palestras.

Ciente de que empresas, principalmente as que são litigantes habituais, podem se importar em capacitar o juiz para que este tenha uma visão mais alinhada com seus interesses, há restrição do montante que entidades privadas com fins lucrativos podem aplicar em congressos e palestras. O artigo 2º limita em 30% (trinta por cento) de subvenções dessas entidades, relativo ao gasto total. Do mesmo modo, o artigo 4º estabelece que os magistrados só poderão participar desses encontros, como palestrantes, conferencistas, presidentes de mesa, moderadores debatedores ou organizadores, quando houver financiamento pelas entidades citadas, tanto do evento quanto do transporte e hospedagem. Há nítida preocupação em evitar influências que sejam nocivas ao bom exercício do poder jurisdicional.

Como exemplo de congresso que poderia ter melhor trabalhado a igualdade de oportunidades de indivíduos que têm grandes possibilidades de serem litigantes judicial quanto ao assunto tratado, é o I Congresso Mineiro sobre Exploração Minerária, organizado pela Amagis.¹⁶⁹

¹⁶⁹ AMAGIS. I Congresso Mineiro Sobre Exploração Minerária.

O Congresso visou o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional no que tange às causas que envolvam a exploração minerária. Algo realmente necessário, principalmente quando se considera que Minas Gerais é o estado responsável por cerca de 53% (cinquenta e três por cento) da produção brasileira de minerais metálicos e 29% (vinte e nove por cento) de minérios em geral. Ao todo, são mais de 300 (trezentas) minas em operação, sendo que 40 (quarenta) estão entre as 100 (cem) maiores do Brasil, e 67% (sessenta e sete por cento) das minas com produção superior a 3 (três) milhões de toneladas por ano se encontram em Minas Gerais.¹⁷⁰ Observa-se que é de suma importância que os magistrados mineiros tenham conhecimento necessário para julgar as demandas oriundas dessa área.

Apesar dos pontos positivos, reside um ponto a ser criticado de forma negativa: a composição do corpo de palestrantes. De forma acertada, os palestrantes foram mesclando, estando presentes profissionais que contribuiriam com visões mais teóricas, e outros que puderam transmitir como é no caso concreto. Neste segundo grupo, apesar de ser composto por juiz, promotora, empresas e entidades ligadas a essas empresas, pecou em não dar oportunidade de falar como palestrantes aos moradores dos locais em que estão as minas.

As mineradoras recorrentemente estão litigando judicialmente, seja no pólo ativo ou passivo. Nas situações em que compõe o polo passivo da ação, não raras vezes são acusadas de violarem direitos. Entre os casos recentes que ganharam notoriedade, está o rompimento da barragem de rejeitos do Fundão, localizada no município de Mariana/MG.¹⁷¹

No Congresso em análise, por exemplo, estavam presentes representantes da Vale S. A., no entanto ninguém presente da associação Atingidos pela Vale.¹⁷² É importante a participação dos dois lados da mesma moeda quando o objetivo for o de aprimorar a capacidade de julgamento dos magistrados, para que este não seja influenciado apenas por uma parte na formação de sua convicção pré-processual. Corre-se o risco de estar dando oportunidade para que o litigante ensine o togado a como julgá-lo.

Dentre as várias características do processo judicial, está a discrepância do poderio econômico entre as partes. Mineradoras são detentoras de vultuoso capital, então tem possibilidade de contratarem os melhores advogados e os melhores assistentes técnicos para defenderem os seus interesses. Enquanto que os moradores, muitas vezes, são pessoas que não estão em uma posição privilegiada na pirâmide social, o que dificulta o exercício de defesa.

¹⁷⁰ BRASIL. Instituto Brasileiro de Mineração. **Informações Sobre a Economia Mineral do Estado de Minas Gerais**. 2014.

¹⁷¹ G1 MG. **Barragem se rompe, e enxurrada de lama destrói distrito de Mariana**. G1, Mariana, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2015/11/barragem-de-rejeitos-se-rompe-em-distrito-de-mariana.html>>. Acesso em: 08 de jun. 2018.

¹⁷² Página oficial disponível em: <<https://atingidospelavale.wordpress.com/>>

Para tanto, existe a assistência judiciária e os defensores de que o magistrado deve agir de modo a diminuir essa disparidade de condições.

Todavia, esse exercício por parte do juiz fica prejudicado quando, em seu aprendizado a avaliar os fatos envolvendo a atividade de mineradoras, viu criticamente apenas um ponto de vista dentre os possíveis e divergentes. Não se quer dizer que houve desvio moral das entidades, apenas que os seus representantes estão mais acostumados e detêm mais conhecimentos dos aspectos a partir do ponto de vista da empresa, pois, como qualquer ser humano, é influenciado pelo meio. Do mesmo modo o juiz é influenciado, e essa influência pode prejudicar de forma injusta a outra parte que não teve a possibilidade de fazer parte desse processo de criação de seu saber.

Sobre o conteúdo exposto no Congresso será realizada uma análise a partir dos temas das palestras e dos palestrantes, e das oficinas e dos convidados a coordenar cada uma, bem como do conteúdo apresentado em cada área, constante em livro elaborado sobre o Congresso.¹⁷³ Na análise, estará sendo considerado que todas as pessoas estão suscetíveis a influências e que por instinto natural, tendem a defender o que lhe é comum, defender a sua própria existência. Portanto, considerando as situações em que cada palestrante e convidados se encontram no cotidiano, conforme explicitado em diversos momentos do trabalho, é possível realizar uma suposição razoável e proporcional de como tende a ser suas ideias, em decorrência do meio em que estão inseridos.

Inicia-se com o exemplo da palestra realizada pelo Dr. Thiago Rodrigues Cavalcanti, sobre o tema *Medidas Compensatórias*. O Dr. Cavalcanti é advogado de meio ambiente da Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais (FIEMG), e professor de pós-graduação da Faculdade Milton Campos, em Belo Horizonte. Em sua explanação tratou, dentre outros temas, sobre a destinação de recursos da compensação para unidades de conservação, afirmando que para que isso ocorra, é necessário que seja caracterizada uma unidade de conservação a área atingida, no concerne ao tema por ele trabalhado, não podendo existir habitação no local.¹⁷⁴ Entretanto, há hipótese de unidade de conservação com permanência de populações tradicionais, quando se tratar de Florestas Nacionais e elas já habitam quando de sua criação.¹⁷⁵ O que há, é a possibilidade de se estabelecer unidade de conservação e não permitir a permanência desses povos, que são em todas as outras hipóteses.

¹⁷³ AMAGIS. **I Congresso Mineiro Sobre Exploração Minerária**. Belo Horizonte: 24 a 26 jun. 2015. Disponível em: <https://www.amagis.com.br/uploads/noticias/anexo/Livro_congresso_-_Versao_Final.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

¹⁷⁴ *Ibidem* p 65.

¹⁷⁵ Artigo 17, §2º, Lei nº 9.985/00.

Todavia, não salientou que existe um debate sobre o assunto, no qual se discute a constitucionalidade dessa medida quando se tratar de populações tradicionais, por estas terem tratamento diferenciado na Constituição Federal. Diversos são os argumentos que alegam pela necessidade de respeito a essa população, de modo que devem ser mantidas nas unidades de conservação. Apesar de pertinente o debate, o foco será a consequência de omitir essa informação em sua apresentação.¹⁷⁶ Essa consequência é de o togado não ser alertado sobre a possibilidade de realizar um controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, estabelecendo como inconstitucional a necessidade de reassentamento de população tradicional. Quanto ao controle difuso, de modo a ser possível considerar o caso concreto, deve ser auferindo se àquela determinada comunidade, realmente se enquadra como tradicional. Para tanto, é realizada perícia composta por corpo técnico com conhecimento em história e sociologia.

Soma-se a isso, o novo artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,¹⁷⁷ que estabelece que na esfera judicial, dentre outras, ao se decidir com base em valores jurídicos abstratos, é necessário considerar as consequências práticas da decisão. Considera-se que são *valores jurídicos abstratos* os “conceitos genéricos não ligados ao caso concreto, que poderiam justificar tudo a qualquer tempo, sem relação com a realidade fática.”¹⁷⁸ Ou seja, caso seja considerado dano à dignidade humana a retirada da comunidade tradicional daquele local, acarretando uma lesão a história e cultura brasileiro, ao ponto de fazer com que tradições antigas e conhecimentos sejam perdidos, é mais válido que se mantenha essa população no local ao invés de forçar sua saúde, simplesmente por se tratar de unidade de conservação, uma vez que esta não seja degradada além do necessário para moradia e subsistência.

Além disso, outra hipótese considerando a vedação de permanência em unidade de conservação de proteção integral, é que enquanto a população tradicional não for reassentada, a unidade de conservação não será extinta ou suspensa, ela continuará, mediante termo de

¹⁷⁶ Mais em: ETINGER, Miguel; e MEDA, Renata. **Populações Tradicionais e Espaços Territoriais de Proteção Ambiental: uma visão a partir dos valores constitucionais brasileiros.** Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas. Brasília, vol IX, n 3, 2015. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/viewFile/18043/12928>>. Acesso em: 08 jun. 2018; e RODRIGUES, Renata. **As Unidades de Conservação: a população tradicional e a questão territorial em conflito com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** Jus, 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22394/as-unidades-de-conservacao-a-populacao-tradicional-e-a-questao-territorial-em-conflito-com-o-principio-constitucional-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 08 jun; 2018.

¹⁷⁷ Que não estava em vigor na data em que foi realizado o Congresso: dias 24, 25 e 26 de junho de 2015.

¹⁷⁸ FREITAS, Vladimir Passos de. **Inclusão de dez artigos na Lindb traz importante inovação ao Direito brasileiro.** Conjur, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-29/segunda-leitura-mudancas-lindb-inovam-direito-brasileiro>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

compromisso.¹⁷⁹ Portanto, o local continuará afetado, sendo assim, para a exploração comercial de produtos, subprodutos ou serviços obtidos ou desenvolvidos a partir dos recursos naturais ocorrer, o caso das mineradoras, quando não for Área de Proteção Ambiental ou Reserva Particular do Patrimônio Natural, dependerá de prévia autorização e sujeitará o explorador a pagamento, conforme disposto no Decreto nº 4.340/02.

A omissão dessas informações podem acarretar no engano do julgador que está confiando no conhecimento transmitido, podendo-o induzir a erro, realizando injustiças e, inclusive, contrariando mandamento legal. Mesmo com a necessidade de um conhecimento jurídico, por ter requisitos legais, também seria necessário um conhecimento não-jurídico, de modo a ser possível estabelecer aquela comunidade como sendo tradicional. Nessa situação, a oportunidade de fala de representantes e membros de comunidades tradicionais, poderia alertar os presentes sobre o debate e sobre a situação legal vigente. Ainda que não tenham conhecimento jurídico, histórico ou sociológico em razão de ensino acadêmico ou técnico, poderiam contribuir com seus conhecimentos especializados, por estarem vivendo naquela comunidade e saberem o que representa para aquela cultura, a permanência dos povos nos locais em que ali estão por longos períodos, podendo atuar como perícia informativa ou opinativa.

Outro exemplo é a oficina sobre *Exploração Minerária: evolução e perspectivas*, coordenada por José Mendo Mizaél de Souza, engenheiro de minas formado pela UFMG, hoje presidente do Centro de Estudos Avançados em Mineração (CEAMIN) e da J. Mendo Consultoria. Apresenta argumentos favoráveis a mineração, afirmando que qualidade de vida é obtida com mineração.¹⁸⁰ Sem sombra de dúvidas que a mineração contribui para a melhora na qualidade de vida, com o que é possível desenvolver com o objeto da extração. No entanto, colocá-la como algo que apenas traz benesses e nenhum malefício à saúde, não condiz com a realidade. Um representante de moradores do Município de Governador Valadares/MG, por exemplo, certamente iria lembrar a consequência que o rompimento da barragem do Fundão foi que a cidade inteira ficou sem acesso à água potável pelo sistema de água e esgoto, pois o abastecimento da cidade depende do rio Doce, cujas águas foram atingidas pelos resíduos, impedindo o consumo.¹⁸¹ Bem como algum membro da associação de pescadores que foi prejudicada pelo rompimento, que ocasionou mais de 9 (nove) toneladas de peixes mortos, no

¹⁷⁹ Artigo 39, caput, Decreto nº 4.340/02

¹⁸⁰ AMAGIS. **I Congresso Mineiro Sobre Exploração Minerária**. *op. cit.*, p 96.

¹⁸¹ KAWAGUTI, Luis; e SENRA, Ricardo. **Mineradora não entrega água suficiente para cidade afetada por lama, diz prefeita**. BBC, Governador Valadares. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151117_mg_agua_gov_valadares_rs_cc>. Acesso em: 08 jun. 2018.

rio Doce, prejudicando toda uma cadeia de consumo e de renda, dos indivíduos que dependem do pescado.¹⁸² A presença desses indivíduos, novamente, contribuíram com o conhecimento especializado que têm sobre as consequências negativas da mineração. Não, sendo, desse modo, reforçada a ideia de que a mineração não traz prejuízos à saúde.

O ideal seria que houvesse uma participação de pessoas que estão ligadas a esses empreendimentos, mas que não estão ligadas aos grupos econômicos. Como chamar cada pessoa, de cada cidade, é algo realmente difícil, ainda mais em um estado como Minas Gerais, com a quantidade de minas, como dito, seria interessante dar a oportunidade de voz para associações de moradores, por exemplo. Dessa forma, assim como ocorreu no *Kumho Tire Company, Ltd. V. Carmichael* em que o conhecimento especializado se sobrepôs aos requisitos exigidos aos conhecimentos científicos e técnicos,¹⁸³ pode passar a ocorrer de os magistrados, antes de emitirem suas decisões, passarem a dar possibilidade de fala, para mesmo quem não tenha uma forma técnica ou científica, manifestem-se, seja pela apresentação de um relatório pela parte ou pela determinação do magistrado que seja requisitado o sujeito detentor desse conhecimento adquirido pela empiria.

Com o ocorrido em Mariana/MG, integrantes da organização Atingidos pela Vale engrossaram as críticas à Samarco e a outras mineradoras, por, segundo eles, recorrentemente violarem seus direitos, desejam que a Samarco seja sancionada e que saia da cidade. Contrapondo-se a essa organização, a Associação Comercial de Mariana,¹⁸⁴ com o apoio de moradores, pede a responsabilização da Samarco, mas que continue suas atividades no município, pela empresa ser geradora de diversos empregos e contribuições municipais.

Nota-se que não há necessidade de impedir que empresas lecionem para os juízes sobre determinados assuntos. Apenas não se deve dar voz a apenas uma parte de um litígio, sob o risco de quebrar o processo democrática e violar o princípio da imparcialidade, do contraditório e ampla defesa, e da paridade de armas. Pois uma parte do processo teria mais oportunidades de convencer o magistrado do que a outra.

Convidar partes antagônicas para lecionarem sobre o mesmo assunto, gera um debate de ideias e questionamentos que contribuem para um melhor aprendizado, com o juiz vendo os dois lados, antes e durante o processo.

¹⁸² BRAGON, Rayder. **Ibama registra 9 toneladas de peixes mortos nas margens do rio Doce**. Uol, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/11/26/ibama-registra-9-toneladas-de-peixes-mortos-nas-margens-do-rio-doce.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

¹⁸³ AFONSO, Felipe da Silva. **O Recurso à Ciência no Processo Civil: uma análise da racionalidade da prova pericial**. *op. cit.*, p. 12-14.

¹⁸⁴ G1 MG. **Moradores pedem que Samarco fique em Mariana mesmo após desastre**. G1, Mariana, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2015/11/moradores-pedem-que-samarco-fique-em-mariana-mesmo-apos-desastre.html>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

4.2 Outras áreas de capacitação e método de capacitação

Diversas são as áreas que podem ser alvo dessa análise. Com fulcro a melhor didática, será comentado sobre as demandas médicas e as relativas a acidentes de trabalho na construção civil.

Quando um candidato é aprovado em um concurso para juiz substituto, seu estágio probatório é em alguma comarca que está abarrotada de processos. Ele tem que cumprir metas altas para que assim possa ser efetivado. O autor deste trabalho discorda que seja o melhor método para preparo para o desempenho da função.

Melhor seria que houvesse uma reorganização judiciária de modo que pudesse definir, dentro das áreas do Direito, quais demandas determinados juízes serão responsáveis. O magistrado que fosse alocado para uma vara que cuida de casos relacionados aos incidentes com mineradoras, ali permanecesse, sem precisar analisar demandas distintas com frequência. Ao contrário, hoje, o mesmo que analisa um pedido para que obrigue o plano de saúde a realizar uma cirurgia de transplante de coração, dependendo da comarca, é o mesmo que preside o Tribunal do Júri.

Nesse sentido, já existiria uma previsão de em qual vara o aprovado iria exercer o cargo. Assim, se fosse ficar responsável por julgar demandas médicas, por exemplo, ficasse em um hospital, acompanhando o cotidiano. Fosse a associação e visse as reclamações dos pacientes. Acompanhasse o expediente de um consultório médico e como deve ocorrer o atendimento. Tenha aulas sobre noções básicas de medicina, bem como das terminologias utilizadas.

Desse modo, o magistrado, quando apresentado a um conflito sobre negligência médica por ter deixado um paciente sem o devido acompanhamento no hospital, por exemplo, saberá perguntar quantas doses diárias o paciente tinha que tomar de determinado medicamento, qual era o período de intervalo entre uma visita médica e outra ao local em que o paciente estava. Se o osso foi colocado no lugar da melhor forma possível, para que o paciente tivesse o recuperamento da melhor possível. E caso reste alguma sequela, se foi em razão de erro médico ou pelo estado da medicina atual, aquele resultado ter sido o melhor a ser obtido naquela circunstância. Na hipótese de o perito utilizar linguagem de difícil compreensão aos leigos, que o magistrado não necessite ficar sempre pedindo esclarecimentos, favorecendo a uma possível manipulação do que o juiz deveria ou não saber. Esses são exemplos dentre os diversos que podem ser apresentados quanto à área médica..

Como no Brasil há um grande sistema público de saúde, o Estado utilizaria as próprias instalações para a maior parte dessa capacitação. Precisaria recorrer para pessoas jurídicas privadas quando fosse ter experiência quanto aos convênios médicos particulares, por exemplo. Nesses casos, poderia ser estabelecido uma parceria com a Administração Pública, com a operadora de plano de saúde recebendo benefícios fiscais, por exemplo.

Na hipótese de construtoras da engenharia civil, também poderiam ganhar preferência nas licitações. Nessas, inclusive, o juiz do trabalho poderia aprender a como é realizada a atividade laboral dos empregados, como os superiores fiscalizam e disponibilizam os equipamentos de proteção individual (EPIs). Da mesma forma em que escutaria o sindicato, suas reclamações e elogios.

A partir disso, teria como melhor analisar qual equipamento de proteção individual é mais indicado para cada atividade que está sendo desenvolvida pelo trabalhador. Do mesmo modo, considerar com maior efetividade se todas as prevenções razoáveis e proporcionais para o caso concreto tenham sido adotadas. Em ambas situações, a depender da conclusão que o juiz chegar, o resultado pode variar da responsabilização do empregador (não fornecer EPI ou não disponibilizar um local seguro de trabalho) ou na improcedência do pleito do empregado (optou livremente em não utilizar o EPI completamente a disposição e burlando a fiscalização do empregador ou contribuindo para o acidente, por não tomar as devidas precauções a que tenha sido corretamente orientado).

Importante, então, que o togado tenha um conhecimento sobre a ciência necessária para compreender o fato, mesmo quando fora do Direito. Nesse sentido, deve ter uma capacitação que o possibilite compreender sobre o assunto e evitar que o perito seja o juiz da causa, tomando o poder jurisdicional para si.

5 CONCLUSÃO

Após o exposto, chega-se à conclusão de que mesmo no sistema do livre convencimento motivado, por mais racionais que os argumentos utilizados sejam, ainda assim influências extraprocessuais que ao magistrado foram imperceptíveis, podem ter sido determinantes para o rumo tomado pela decisão. O motivo é que a mente humana é um labirinto composto por informações, emoções, pensamentos e experiências. Não há como se desvencilhar dessa situação.

No entanto, isso não faz com que o sistema da persuasão racional seja afetado, apenas demonstra que o togado não é imune a todas as experiências que está exposto. O inconsciente é natural de qualquer indivíduo. Do mesmo modo que isso contribui para que não seja neutro, apesar da necessidade de a sociedade necessitar acreditar nisso, não há problema na ausência de neutralidade, pois não tem como desvencilhar de todo o arcabouço de influências que cada um carrega desde sempre.

Deve-se, sim, sempre zelar pela imparcialidade, esta diferente da neutralidade. O argumento de que ninguém é neutro e sempre terá um pouco de si em cada decisão, não deve ser utilizado para justificar arbitrariedades, possibilitando que o juiz desconsidere o conjunto probatório presente no processo e decida contrariamente, sem qualquer fundamentação lógico-racional. A obrigação de se vincular ao *standard* probatório permanece. Apenas se torna claro que além dele, o magistrado utiliza outras bases para suas decisões.

Essas bases, com o fulcro na racionalidade, devem ser o máximo possível expressas na decisão judicial, contribuindo para que possa ocorrer um controle sobre esses argumentos, diminuindo discricionariedades. Entretanto, não há necessidade de condenar ferozmente quando isso não ocorrer, pois existem fundamentos que serão utilizados e que nem mesmo o juiz sabe que os está utilizando, por tão inconscientemente que ele os utiliza.

Além disso, a busca da verdade deve ser estabelecida como objetivo do processo, mesmo sabendo que em determinadas situações, não será possível. Ainda assim, o juiz deve analisar o fato, sempre que possível. Nesse sentido, de contribuir para a reconstrução do fato, o conjunto de provas à sua disposição o auxiliam.

Nessa perspectiva, mesmo utilizando a prova pericial, prova com maior margem de confiabilidade por alguns, atualmente, há margem para interpretação e erro, portanto, o magistrado deve ter cuidado e sabedoria ao manipular o processo judicial e a produção de suas provas, para que seu resultado seja o mais próximo possível do que aconteceu no fundo fático. Para tanto, a produção probatória tem que ter eficaz, possibilitar a participação das

partes e do magistrado. Este, como controlador, também tem a missão de não deixar que as partes o ludibriem, fazendo-o acreditar em um fato inverídico, bem como garantir que a prova que comprove o fato a ser utilizada, tenha sido produzida da melhor forma possível, e que seja capaz de entender os dados que apresenta.

Assim, entra a necessidade de o julgador receber uma capacitação que o ajude a analisar determinadas demandas que requerem conhecimentos que extrapolam os comumente existem na carreira. Isso resultará em um Poder Judiciário com pronunciamentos mais próximos do fato, ou ao menos, com maior justiça, pois será um juiz capacitação e competente que julgará a causa, e não o perito.

Nessa capacitação, deve-se zelar pelo conhecimento democrático, dando oportunidade para todos os entendimentos e circunstâncias que rodeiam cada assunto. Desse modo, evita-se que seu aprendizado sofra influências de apenas um grupo com interesse comum que, por conta da vivência que foi exposto, pensa de determinado modo que, mesmo sem notar, pode lecionar sem dar a devida atenção a pontos que contrariem o que acredita ou defende.

Por fim, propõe-se que desde a nomeação, o juiz seja encaminhado para uma vara que condiga com o que irá julgar ao longo da sua carreira, sem precisar ficar desviando demasiadamente para áreas sem semelhanças. Assim, o magistrado não terá que sempre estar estudando algo, sem se aprofundar devidamente, em razão do pouco tempo que tem, quando comparado com o número de demandas em sua vara.

Com a devida capacitação e alocação desse profissional, as garantias de pronunciamentos jurisdicionais mais justos e menos suscetível a emprego de pré-concepções ou posicionamentos ideológicos contrários ao ordenamento jurídico, aumentam. Possibilita, assim, que as decisões gozem de confiança e credibilidade cada vez maiores perante os jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Felipe da Silva. **O Recurso à Ciência no Processo Civil: uma análise da racionalidade da prova pericial**. Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, UFJF, Juiz de Fora, 2017.

AMAGIS. **I Congresso Mineiro Sobre Exploração Minerária**. Belo Horizonte: 24 a 26 jun. 2015. Disponível em: <https://www.amagis.com.br/uploads/noticias/anexo/Livro_congresso_-_Versao_Final.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

AMAGIS. **I Congresso Mineiro Sobre Exploração Minerária**. Disponível em: <<https://www.amagis.com.br/plus/modulos/noticias/ler.php?cdnoticia=17002&cdcategoria=&layout=noticias>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Luís Roberto Barroso, Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BECKER, Laércio Alexandre. **O Mito da Neutralidade do Juiz**. Monografia (Disciplina Origens Romano-Canônicas do Processo Civil Moderno) - Curso de Mestrado, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR, CAuritiba. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos;16673-16674-1-PB.htm>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

BLUME, Bruno André. **Afinal, o que é uma ditadura?** Politize, 2017. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/ditadura-o-que-e/>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

BRAGON, Rayder. **Ibama registra 9 toneladas de peixes mortos nas margens do rio Doce**. Uol, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/11/26/ibama-registra-9-toneladas-de-peixes-mortos-nas-margens-do-rio-doce.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Mineração. **Informações Sobre a Economia Mineral do Estado de Minas Gerais**. 2014. Disponível: <<http://www.ibram.org.br/sites/1300/1382/00004355.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

BRUM, Nilo de Bairros. **Requisitos retóricos da sentença penal**. 1 ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juizes, Vistos por Um Advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CASARA, Rubens R R. O Mito do Livre Convencimento Motivado: dogmática processual vs a tradição e o inconsciente. In: **Revista Facha**. Rio de Janeiro (RJ), p. 15-17.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. Campinas: Bookseller, 2000.

CÓDIGO DE HONRA. Direção: Adam Kassen e Mark Kassen. Independente, 2011, 1 DVD (1h40min).

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de Teoria da Constituição. In: Mendes et al. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentias**. Brasília: Brasília Jurídica, p. 15-102, 2002.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexo Causal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 19 ed. Salvador: JusPodivum, 2017.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A Decisão Judicial. In: **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro (RJ), v3, n. 11, p. 24-42, 2000.

DENTI, Vittorio. Scientificità della prova e libera valutazione del giudice. In: **Rivista di Diritto Processuale**, n. 27. Padova: CEDAM, 1972.

ETINGER, Miguel; e MEDA, Renata. **Populações Tradicionais e Espaços Territoriais de Proteção Ambiental: uma visão a partir dos valores constitucionais brasileiros**. Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas. Brasília (DF), vol IX, n 3, p. 1-27, 2015. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/viewFile/18043/12928>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Influência Extrajurídicas Sobre a Decisão Judicial: determinação, previsibilidade e objetividade do direito brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação Stricto Sensu, Faculdade de Direito, UnB, Brasília, 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 1 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FILADÉLFIA. Direção: Jonathan Demme. Sony Pictures, 1993, 1 DVD (1h59min).

FREITAS, Vladimir Passos de. **Inclusão de dez artigos na Lindb traz importante inovação ao Direito brasileiro.** Conjur, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-29/segunda-leitura-mudancas-lindb-inovam-direito-brasileiro>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

G1 MG. **Barragem se rompe, e enxurrada de lama destrói distrito de Mariana.** G1, Mariana, 05 nov. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2015/11/barragem-de-rejeitos-se-rompe-em-distrito-de-mariana.html>>. Acesso em: 08 de jun. 2018.

G1 MG. **Moradores pedem que Samarco fique em Mariana mesmo após desastre.** G1, Mariana, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2015/11/moradores-pedem-que-samarco-fique-em-mariana-mesmo-apos-desastre.html>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica.** 3ª ed. Tradução Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

GRECO, Leonardo. A Prova no Processo Civil: do código de 1973 ao novo código civil. In: **Estudos de Direito Processual.** Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento.** 3ª ed. vol II Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão Racional e Limitações Probatórias:** enfoque comparativo entre os processos civil e penal. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu*, Faculdade de Direito, USP, São Paulo. 2013.

KAWAGUTI, Luis; e SENRA, Ricardo. **Mineradora não entrega água suficiente para cidade afetada por lama, diz prefeita.** BBC, Governador Valadares. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151117_mg_agua_gov_valadares_rs_cc>. Acesso em: 08 jun. 2018.

KHALED JUNIOR, Salah H. **Livre Convencimento Motivado:** o império do decisionismo no Direito. Justificando, 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/18/livre-convencimento-motivado-o-imperio-do-decisionismo-no-direito/>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil.** 2 ed., v. 1. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. 2 ed.v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. 5 ed., v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

MIRZA, Flávio. Notas Sobre a Avaliação da Prova Pericial: resgatando a causalidade. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro (RJ), v. XIV, ano 8, p. 126-144, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14531/15855>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. Tradução de Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Mito da Neutralidade do Juiz Como Elemento de Seu Papel Social**. Jus, 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/imprimir/2052/o-mito-da-neutralidade-do-juiz-como-elemento-de-seu-papel-social>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

POSNER, Richard Allen. **Comó Deciden los Jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODRIGUES, Renata. **As Unidades de Conservação: a população tradicional e a questão territorial em conflito com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Jus, 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22394/as-unidades-de-conservacao-a-populacao-tradicional-e-a-questao-territorial-em-conflito-com-o-principio-constitucional-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 08 jun; 2018.

TARUFFO, Michele. Il Fatto e L'Interpretazione. In: **Revista Faculdade de Direito Sul de Minas**. Pouso Alegre (MG), v. 26, n. 2, p. 195-208, jul./dez. 2010.

_____. Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense. In: **Rivista trimestrelae di diritto e procedura civile**. Anno. L. Fascicolo I. Milano, Giuffrè, p. 219-250, 1996.

VERBIC, Francisco. **La prueba científica em el proceso judicial**. Identificación de la noción em el marco de la teoria general de pla prueba. Problemas de admissibilidad y atendibilidad. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 2008.

VERDE, Giovanni. Prova (diritto processuale civile). In: **Enciclopedia del Diritto**. Vol. XXXVII. Milano: Giuffré, p. 579-647, 1988.