

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

HOBBS, Thomas. **De Cive: elementos filosóficos a respeito do cidadão**. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

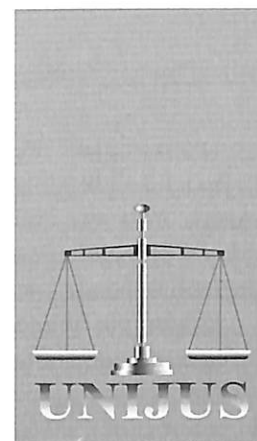
PELAYO, Manuel Garcia. Las organizaciones de intereses y la Teoría Constitucional. In: **Constitución y grupos de presión en América Latina**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977.

PORTELLI, Hugues. **Gramsci e o Bloco Histórico**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

POULANTZAS, Nicos. **O Estado, O Poder, O Socialismo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1990.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Revista de Derecho Privado, [197-].

WARREN, Ilse Scherer. **Organizações não-governamentais na América Latina: seu papel na construção da sociedade civil**. Florianópolis : UFSC, 1996.



A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E CIENTÍFICA DA PROVA PERICIAL E SEUS EFEITOS NA ESTRUTURA PROCESSUAL CONSERVADORA

Sandra Maria da Silva*

sumário

Introdução.

Capítulo I: A Prova Pericial.

1. A Prova Pericial.

1.1 A origem da Prova Pericial.

1.2 Espécies de Prova Pericial.

2. A Evolução Tecnológica e Científica da Prova Pericial.

3. As Perícias Genéticas pelo Dna.

Capítulo II: Efeitos da evolução Tecnológica e Científica da Prova Pericial dentro da Estrutura Processual Conservadora.

1. A Influência da atual Prova Pericial nas Decisões Judiciais.

2. Alteração do Princípio da Livre Apreciação das Provas.

Conclusão.

Referências

resumo

Este artigo tem por objeto a análise da evolução da prova pericial, especialmente da perícia genética pelo DNA, e suas consequências na apreciação judicial das provas. Após pesquisa sobre a origem e o aprimoramento dos exames periciais, será apresentado estudo acerca da atual influência da produção e da valorização da perícia nas decisões judiciais, bem como a necessidade de se buscar uma nova visão do princípio da livre apreciação das provas, para se obter o fim precípua de todo julgado, que é a aplicação da Justiça.

INTRODUÇÃO

A grande evolução tecnológica e científica do conhecimento humano, alcançada principalmente no final deste século, tem resultado na criação de vários tipos de especialidades que, por sua vez, estão causando uma crescente interferência da ciência na apuração dos fatos *sub judice*, o que coloca o julgador, muitas vezes, frente a complexas informações técnicas e específicas, capazes de serem apre-

didadas, em toda sua extensão, somente por pessoas dotadas de altos conhecimentos especializados ou de raras habilidades.

A produção e a valorização das provas, obtidas por meio desses modernos métodos periciais, suscitam diversos embates doutrinários e jurisprudenciais. Pretende-se então, nesse estudo, analisar o impacto de tais provas dentro da estrutura do Direito Processual Civil Brasileiro, bem como seus reflexos sobre o princípio da livre apreciação das provas.

* Sandra Maria da Silva, Promotora de Justiça da Comarca de Uberaba; Especializada em Direito Processual pela Universidade de Uberaba/MG e mestranda em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade de Franca/SP.

É certo que, em se tratando de prova pericial, com raras exceções, o juiz é pessoa leiga no assunto, o que torna imperiosa a presença do perito. Este contribui para a formação do convencimento daquele que decide, já que as perícias, na maioria das vezes, referem-se ao campo da medicina, da contabilidade, da engenharia, da genética, entre outras ciências.

Na busca da verdade real, que deve nortear sempre qualquer relação processual, é justo que as partes, quando necessário, façam uso das modernas tecnologias científicas, a fim de consolidar seus direitos.

É certo também que, no sistema processual brasileiro, não vigora a hierarquia de uma prova sobre outra. Todas elas, em princípio, possuem valor relativo, não estando o juiz, para formar seu convencimento, vinculado a qualquer prova produzida, de acordo com o princípio do livre convencimento racional do magistrado.

Assim, poderá o juiz, por exemplo, em ação que busque a interdição de pessoa tida como portadora de deficiência mental, ao final, julgar de forma contrária às perícias médicas realizadas.

Ocorre, porém, que o mencionado avanço tecnológico e científico nos últimos anos foi tão acentuado que a prova pericial tornou-se quase inquestionável, em razão da segurança de seus resultados.

Portanto, pretende-se averiguar nesse estudo se, diante da evolução científica de determinados métodos periciais, ainda resta intacto o princípio do livre convencimento racional, com ampla apreciação da prova, ou se, apesar da suscitada evolução, o magistrado ainda pode abandonar o resultado da perícia e lançar decisão contrária à evidência científica.

Prima facie, aflige a possibilidade de, em ações onde a prova pericial elida o litígio proposto pelas partes, ter o juiz que considerar em igualdade de condições outras provas de menor confiabilidade, por simples obediência a um princípio que se mostra ultrapassado diante da acelerada evolução científica.

Um dos casos de maior proeminência, com certeza, trata-se da ação de investigação de paternidade, em que a atual perícia genética, realizada com base nas impressões digitais do DNA (ácido desoxirribonucléico), é capaz de demonstrar de forma cabal se o investigante é ou não filho biológico do investigado.

Existem alguns julgados que reconhecem a precisão irrefutável dessa prova pericial; entretanto, a se observar efetivamente o princípio da relatividade das provas, o juiz não pode julgar o feito embasado somente na perícia, a qual terá de ser analisada em consonância com as demais provas, geralmente testemunhais, cuja confiabilidade é extremamente precária.

Nessa linha de raciocínio, questiona-se, inclusive, a necessidade de se prosseguir com a instrução após a realização da perícia, pois o julgador já dispõe de um elemento probante certo e preciso, o que, do ponto de vista prático, possibilita a dispensa da dilatação da fase probatória com a colheita de outras provas (depoimento pessoal e testemunhas), que em nada alterarão a verdade dos fatos.

É óbvio que a precisão dos exames, perícias ou trabalhos científicos que reclamem formação específica não desobriga a observância das formalidades legais na produção das provas e de que compete ao julgador averiguar a idoneidade de referidos trabalhos.

Então, para melhor compreensão do tema, é preciso verificar se a reavaliação dos conceitos e princípios informadores da prova estão a reclamar uma nova orientação, ou mesmo uma redefinição. Questiona-se, também, a plena aplicação dos princípios processuais relativos às provas, ante o incontestável avanço científico dos meios de elaboração das perícias, especialmente no caso das impressões digitais do DNA.

A análise desses questionamentos será desenvolvida através do estudo da origem e evolução da prova pericial, bem como da modernização dos seus métodos e sua apreciação judicial nos últimos tempos, principalmente no que se refere à sua influência na aplicação do princípio da livre apreciação das provas, como se verá adiante.

CAPÍTULO I A PROVA PERICIAL

1 - A Prova Pericial:

1.1 - A Origem da Prova Pericial:

Moacyr Amaral Santos define a perícia como o “*meio pelo qual, no processo, pessoas entendidas e sob compromisso verificam fatos interessantes à causa, transmitindo ao juiz o respectivo parecer*”¹.

Como ressalta o jurista, nas civilizações mais remotas as funções de juiz e perito confundiam-se, já que qualquer verificação direta e pessoal dos fatos, com certeza, era feita pelo próprio julgador.

Entretanto, na antiga civilização egípcia já se encontram vestígios da perícia, utilizada quando as terras distribuídas aos súditos eram tomadas pelos rios, oportunidade em que o rei nomeava inspetores para medirem a área invadida e calcular a redução no pagamento dos tributos. Essa forma precária de exame pericial também era utilizada pelos hebreus e pelos gregos.

Mas, como um meio de prova judiciária, o exame ocular de pessoas e coisas pode ser encontrado no procedimento romano *in judicio*, onde a inspeção da materialidade dos fatos atuais e dos resíduos dos fatos pregressos era feita pelo próprio juiz, o que levava as partes a escolherem um *arbiter* entendido na matéria em litígio, quando esta dependesse de conhecimentos especiais.

Note-se que, tanto em Roma como nas demais civilizações, o exame pericial desenvolveu-se a partir da hoje chamada inspeção judicial.

A primeira prova inequívoca da utilização da perícia na prática forense do Império Romano, de que se tem notícia, é o papiro *Abbot*, documento datado do ano 130 da era cristã, um verdadeiro laudo elaborado pelo médico *Caio Minucio Valeriano*, descrevendo os ferimentos sofridos na cabeça por um indivíduo chamado *Mysthorion*.

Com o advento da *cognitia extraordinaria*, no ano 294, por Diocleciano, as funções de declarar o direito e julgar o fato foram concentradas na pessoa do magistrado, perante o qual se desenvolvia toda a relação processual. O juiz passou a ser um funcionário do Estado, não

¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1.949, v. V, p. 41.

podendo mais ser escolhido pelas partes. Então, a figura do perito tornou-se comum, já que nem sempre o juiz possuía conhecimentos técnicos especiais, havendo notícias de nomeações de pessoas que possuíam o domínio prático para efetuar avaliações de imóveis e de plantações; para constatarem a falsidade ou autenticidade de escritos; e até de parteiras para realizarem exames de gravidez.

Porém, o surgimento dos juízos de Deus, durante a Idade Média, tornou supérflua toda e qualquer discussão técnica ou científica sobre os fatos da causa, uma vez que a solução do litígio era buscada com base na manifestação da vontade divina. Exemplo desse desuso era a resolução do concílio de *Compiègne*, do ano de 757, que determinava o juramento do marido como prova da existência, ou não, de sua impotência sexual em pedido de divórcio.

A partir do Século XI, com o resurgimento do Direito Romano e a influência do Direito Canônico para a supressão das provas por meio das ordálias, a perícia foi, aos poucos, sendo admitida como meio de prova, apesar de geralmente confundida com a inspeção judicial e o juízo arbitral.

Como perícia propriamente dita, foi expressamente consagrada no Direito Francês através da Ordenança de *Blois*, de 1.579, que determinava em seu artigo 162 que as questões relativas ao valor das coisas fossem decididas por peritos e não por testemunhas.

No Direito Lusitano, a prova pericial, denominada genericamente de arbitramento, era admitida desde as inovadoras Ordenações Afonsinas, de 1.446 e 1.447,

sendo, posteriormente, melhor regulamentada pelas Ordenações Manuelinas, de 1.521, cujas linhas básicas foram repassadas para as Ordenações Filipinas, de 1.603, fixando-se então, de modo geral, nos Direitos Português e Brasileiro.

Efetivamente, o Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1.850, que foi posteriormente estendido aos feitos civis, constituindo o alicerce da legislação e da doutrina processual brasileiras durante quase um século, fundou seus princípios nas Ordenações Filipinas e no Código de Processo Civil Francês de 1.806, dedicando um largo capítulo à prova pericial, denominada arbitramento, cujas diretrizes foram adotadas pelos códigos processuais pátrios.

Assim, com o desenvolvimento das ciências e das artes, a prática da perícia nas lides forenses foi acentuando-se, na busca do aperfeiçoamento dos métodos de apuração da verdade, tanto nas causas cíveis como nas criminais.

Atualmente, a prova pericial é regulamentada em todos os códigos processuais modernos, como gênero probatório absolutamente distinto dos demais, obedecendo a princípios e regras próprios, sendo que na legislação processual civil brasileira sua produção é regulada nos artigos 420 a 439.

Efetivamente, não se confunde mais perícia com inspeção judicial. Esta é o meio pelo qual *“o juiz recolhe diretamente, por seus próprios sentidos, as observações sobre* as coisas que são objeto da lide ou que com ela têm relação”*, conforme define **Chiovenda**². É uma prova direta. Já a perícia é uma prova

indireta, trazida aos autos por interposta pessoa, ou seja, pelo perito. É utilizada quando o juiz não possui conhecimentos técnicos especiais suficientes para analisar as coisas, pessoas ou fatos em litígio, bem como as causas ou consequências destes, ou quando o decoro e a imparcialidade da função judicante impeça, ou não recomende, sua verificação pessoal.

Assim, o objeto da prova pericial é o fato ou os fatos que foram alegados pelas partes, na inicial ou na contestação, e que careçam de um conhecimento técnico para sua demonstração.

O perito é um auxiliar do juízo, assim considerado pelos artigos 145 do Código de Processo Civil e 275 do Código de Processo Penal, podendo ser definido, segundo **Moacyr Amaral Santos**, como:

*“A pessoa que, pelas qualidades especiais que possui, geralmente de natureza científica ou artística, supre as insuficiências do juiz no que tange à verificação ou apreciação daqueles fatos da causa que para tal exijam conhecimentos especiais ou técnicos”*³.

No sistema jurídico processual civil vigora o princípio da livre capacidade jurídica para o exercício da função pericial. Mas, além da capacidade, exige-se do perito a competência, ou seja, a aptidão e idoneidade para o exercício do encargo (artigo 145, § 1º, Código de Processo Civil). Aliás, a idéia de competência técnica do perito é da própria essência da necessidade de sua nomeação, bem como da origem do vocábulo, que vem do latim - *peritus* - formado do verbo *perior*, que significa experimentar,

saber por experiência, originando também o vocábulo francês *expert*.

Existem, inclusive, casos em que a lei determina o grau de especialização técnica do perito, como na Lei de Falências (artigo 63, inciso V), nas ações de demarcação ou na averiguação da autenticidade ou falsidade de documentos (artigos 956 e 434 da lei adjetiva cível).

O perito não pode recusar o encargo, exceto no caso do artigo 146 do Código de Processo Civil, baseando-se nessa obrigatoriedade no imperioso dever que tem o terceiro de auxiliar o Poder Jurisdicional na busca da verdade (artigo 339 do mesmo *Codex*). Pode ocorrer, entretanto, o seu impedimento ou suspeição, nos mesmos casos que se aplicam ao juiz (artigos 134 e 135), conforme preleciona o artigo 138, inciso III, do Código de Processo Civil.

O resultado do trabalho pericial é apresentado através de um laudo, que constitui peça de instrução do processo e deve ser fundamentado, demonstrando o perito os métodos de que se serviu para elucidar a questão posta a seu estudo, ressaltando **Marcos Valls Feu Rosa** que:

*“No laudo pericial o profissional que o elaborou dá o seu pronunciamento técnico sobre determinado fato ou ocorrência, manifestando suas conclusões a respeito do assunto controvertido que foi submetido à apreciação”*⁴.

O aludido autor ainda invoca, com propriedade, a analogia ao artigo 458 do Código de Processo Civil, para afirmar que o laudo pericial deve apresentar quatro requisitos essenciais: o relatório, a

* A forma ortográfica do texto citado foi reproduzida como no original.

2 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Processual Civil*. Tradutor: E. Gómez Orbaneja. 1. ed., 1.940, v. 3, n. 342.

3 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1.949. v. V. p. 35.

4 ROSA, Marcos Valls Feu. *Perícia judicial - teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1.999. p. 125.

parte expositiva, a parte conclusiva e a parte autenticativa.

O laudo pericial deve observar, ainda, como um requisito extrínseco, a forma escrita (artigo 433 do Código de Processo Civil), sendo recomendável, também, sua instrução com plantas, desenhos, fotografias e quaisquer outras peças que estejam ao alcance do perito.

A intimação das partes para se manifestarem sobre o laudo decorre de um dos direitos relativos à prova pericial e inerente ao princípio constitucional do contraditório, podendo ainda ser requerida nova perícia, sua complementação ou os esclarecimentos dos peritos.

1.2 - Espécies de Prova Pericial:

O artigo 420 do Código de Processo Civil cita as modalidades periciais admitidas no sistema processual brasileiro:

1.2.1 - Exame - segundo Luís Pinto Ferreira, *"consiste na inspeção, realizada pelo perito, sobre pessoas, animais, coisas móveis, semoventes, livros comerciais, documentos e papéis de um modo geral, para a verificação de circunstâncias e fatos"*⁵.

1.2.2 - Vistoria - é *"a perícia realizada sobre imóveis"*, como define o mesmo autor, ressaltando a distinção de que *"os imóveis são vistoriados; as pessoas, coisas móveis ou semoventes são examinados"*⁶.

1.2.3 - Avaliação - é *"o exame pericial designado a verificar o valor do objeto, de alguma coisa ou obrigação, estimado em dinheiro"*⁷, ou seja, nada mais é do que a determinação do justo valor de alguma coisa ou direito.

Dentro da avaliação, pode ocorrer o arbitramento que, apesar de abrangido por aquela, merece uma consideração especial. Primeiramente, deve-se ressaltar que não se trata de perícia realizada no juízo arbitral, mas de uma forma pericial, realizada pelo arbitrador e não pelo árbitro.

O arbitramento distingue-se da avaliação por sua complexidade, pois, embora seja também uma apuração de valor, ocorre quando há a necessidade de instituir um procedimento para apurar a evidência dos elementos indispensáveis para a base de uma avaliação, ou seja, quando não existe um valor oficial conhecido ou uma estipulação certa, para realizar uma avaliação.

2 - A Evolução Tecnológica e Científica da Prova Pericial:

Em razão do sistemático avanço tecnológico e científico, experimentado em todas as áreas do conhecimento humano, nos últimos tempos, tem surgido um grande número de especialidades científicas, que utilizam de técnicas cada vez mais elaboradas. Por isso, o Século XX já é chamado de "século da ciência" e, provavelmente, o próximo será o da especialidade de tais ciências.

Essa evolução, sem dúvida, tem reflexos nos litígios judiciais e, muitas vezes, é o próprio objeto da contenda. Como ao juiz é impossível dominar todas essas técnicas e inovações, a presença do perito é indispensável para auxiliá-lo nas questões que exijam conhecimentos técnicos específicos, para alcançar a correta análise de coisas, pessoas ou fatos em litígio, bem como suas causas ou conseqüências.

Dessa forma, o perito influi na própria formação do convencimento do julgador, que geralmente é pessoa leiga no assunto, já que as perícias, na maioria das vezes, desenvolvem-se no campo da medicina, da engenharia, da contabilidade, da grafotecnica, da informática, da física, da genética, dentre tantas outras ciências.

Essa tendência de especialização é também percebida dentro da ciência jurídica, que procura aprimorar a prestação jurisdicional com a instalação de varas específicas e o direcionamento de um conhecimento mais aprofundado de cada área, intensificando a separação que já havia das Justiças do Trabalho e Militar e criando varas de família, da fazenda pública, de falências e concordatas, de tóxicos e entorpecentes, de Tribunal do Júri, etc..

No âmbito do Ministério Público nota-se a adoção do mesmo procedimento, propagando-se a implantação das promotorias especializadas do consumidor, do meio ambiente, da infância e da juventude, do patrimônio público, das fundações, do acidente do trabalho, dos deficientes, etc.

Não se pode negar que essa especialização efetivamente leva a uma prestação jurisdicional mais científica, rápida e eficaz. Mas, por outro lado, cada especialidade exige um conhecimento mais acurado do assunto que abrange, tornando fundamental o trabalho dos peritos.

Obviamente, em um estudo desse porte não é possível abranger todos os ramos científicos que podem ser objeto de um litígio. Mas, sem dúvida, uma das áreas que tem alcançado maior evolução é a da medicina, em suas inúmeras ramificações, propiciando a elaboração de laudos cada vez mais precisos e julgados mais seguros nas ações de interdição, de reparação em casos de redução da capacidade laborativa de acidentados, na própria apuração de intervenções médicas errôneas e, no âmbito criminal, a perícia médico-legal é imprescindível para comprovar a materialidade de vários delitos e na própria determinação da *causa mortis*, o que, às vezes, muda completamente o rumo das investigações, levando, inclusive, a modificações na autoria do delito.

Na medicina, uma das especialidades que mais tem avançado, tornando-se a base de todos os estudos, é a genética. Exemplo de sua importância e evolução foi a implementação do ambicioso projeto denominado "Genoma Humano", iniciado em 1.990 com o propósito de identificar e mapear todos os genes humanos, assim como o sequenciamento de seus três bilhões de pares. Previsto para ser finalizado em 2.005, os coordenadores *David Gallas* e *Francis Collins*, que contaram com auxílio de 1.300 (um mil e trezentos) cientistas de 20 (vinte) países, anunciaram sua conclusão em maio de 2000. Resta, agora, desvendar as inimagináveis possibilidades de sua aplicação.

Dentro da genética, desenvolveu-se o exame pericial que, pode-se dizer com certeza, teve maior uso e influência nas decisões judiciais cíveis dos últimos dez anos. Sua importância deve-se tanto à

5 FERREIRA, Luís Pinto. Código de processo civil comentado. São Paulo: Saraiva, 1.996. v. II. p. 419.

6 FERREIRA, Luís Pinto. op. cit., p. 419.

7 FERREIRA, Luís Pinto. op. cit., p. 419.

alta confiabilidade de seus resultados, quando realizado de forma ética, como ao imenso impacto social que provoca. Trata-se das perícias genéticas pelo DNA que, em razão de sua importância, serão desenvolvidas em título a parte.

3 - As Perícias Genéticas pelo DNA:

Historicamente, a comparação biológica entre os indivíduos era procedida de maneira indireta, com o uso de marcadores ou polimorfismos protéicos, que possibilitavam estabelecer certas diferenças e semelhanças. Os marcadores mais utilizados eram os grupos sangüíneos, os polimorfismos de proteínas séricas e eritrocitárias e os antígenos leucocitários de histocompatibilidade (HLA).

Os grupos sangüíneos foram identificados em 1.900, quando surgia a ciência genética, por **Karl Landsteiner**, que criou o Sistema hemoclassificatório ABO, dividindo as pessoas em quatro tipos sangüíneos: A, B, AB e O, através dos quais se podia apurar a exclusão de uma paternidade, já que uma criança de sangue do tipo A jamais poderia ser filha de duas pessoas de sangue do tipo O. Entretanto, a prova não era concludente no sentido da afirmação da paternidade, pois não se poderia afirmar que uma criança de tipologia B fosse filha de determinado indivíduo do mesmo grupo sangüíneo ou não.

Posteriormente, descobriram-se os polimorfismos de proteínas séricas e eritrocitárias que, apesar de oferecerem uma maior precisão nos resultados, só propiciavam uma certeza maior em relação à negativa da paternidade.

Com o advento do Sistema do Antígeno Leucocitário Humano (HLA), que possui um número de alelos muito supe-

rior aos até então conhecidos, os testes sangüíneos tornaram-se mais concludentes. Inicialmente descoberto para o uso de transplantes, como indicador de histocompatibilidade, ou seja, compatibilidade de tecidos, o HLA passou a ser utilizado na investigação do vínculo genético de filiação a partir de 1.972, oferecendo uma certeza absoluta de seu resultado, no caso de exclusão da paternidade, e uma probabilidade de 99% (noventa e nove pontos percentuais) na determinação do pai (ou mãe) biológico, quando combinado com os demais métodos.

Assim, em conjunto, esses marcadores definiam uma individualidade ao nível laboratorial, permitindo a identificação de cada pessoa, mas, nos casos de investigação de paternidade, ainda não propiciavam uma determinação absoluta, porque não estudam o código genético original do indivíduo, apenas a ação das proteínas ou o produto dessas proteínas, que são uma linguagem secundária dos genes.

Esse distanciamento do código genético original provoca a perda de vários detalhes, distorcendo a individualidade da pessoa e, conseqüentemente, o resultado da perícia traz uma margem acentuada de erro para a determinação da paternidade, sendo conclusiva somente no que se refere à exclusão.

Então, se positiva a perquirição tipológico-sangüínea nas ações investigatórias de paternidade, esta prova seria apenas mais um dado de convicção para o julgador, que deveria ser analisado em conjunto com os demais dados colhidos na instrução do feito.

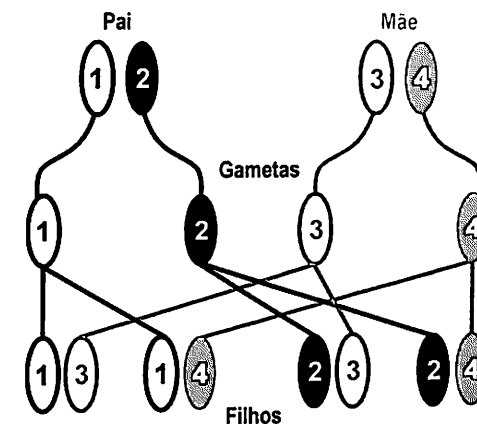
No entanto, em 1.985 o geneticista inglês **Alec Jeffreys**, da Universidade de *Leicester*, desenvolveu o conjunto de sondas de DNA, que permitem estudar simultaneamente diversos números de regiões

do genótipo, chamadas de minissatélites, os quais possuem uma quantidade e um comprimento distintos em cada pessoa, oferecendo um padrão indivíduo-específico, ao que **Jeffreys** denominou **Impressões Digitais de DNA**.

Como todos os organismos vivos são compostos de células e estas possuem um núcleo que contém o material genético, em quase todas existem duas cópias de suas informações genéticas, uma em cada par de cromossomos, sendo que a primeira foi transmitida do pai biológico ao filho, através de seu espermatozóide, e a outra pela mãe biológica, através do óvulo. A maioria das informações genéticas presentes nas duas cópias dos diferentes indivíduos da espécie humana são idênticas, o que explica porque todas as pessoas têm as mesmas características gerais, como o número de dedos ou a forma geral do corpo.

Entretanto, há várias características genéticas para as quais as pessoas possuem cópias semelhantes, mas não idênticas, da informação genética, gerando as diferenças relativas à cor da pele ou dos olhos, por exemplo. Esses grupos de informações genéticas que variam na população são chamados de polimorfismos e, através da análise dessas informações genéticas, é possível determinar as relações de vínculo genético entre os examinados, pois cada cópia das informações genéticas veio de um dos pais biológicos do indivíduo.

Assim, quando se analisam as duas cópias de uma dada informação genética presente em uma pessoa, e se comparam essas cópias com as presentes em cada um de seus pais, sempre se encontra no pai biológico uma das cópias presentes no filho e, na mãe, a outra cópia.



Na figura acima está representado um par de cromossomos de cada um dos pais. Neste exemplo, num determinado *loco*, estão presentes quatro alelos diferentes, um alelo em cada um dos quatro cromossomos. O filho deve herdar necessariamente uma das quatro combinações representadas na figura, via gametas (espermatozoides e óvulos). Caso apresente uma combinação que não as acima descritas, caracteriza-se um caso de exclusão de paternidade.

Todas essas informações genéticas de cada indivíduo estão contidas em moléculas de DNA (ácido desoxirribonucleico). Esta molécula é composta por uma sequência de bases (ou nucleotídeos) e as diferenças na sequência dessas bases, chamadas de polimorfismos, é que fazem com que os alelos de um determinado *loco* sejam distintos, servindo como marcadores genéticos. Quanto mais polimórficos forem os *locus* analisados, maior grau de certeza na análise.

Para a realização do estudo das impressões digitais do DNA, é preciso, inicialmente, isolar o DNA do indivíduo a ser testado, o que geralmente é feito a partir de uma amostra de sangue, embo-

ra o teste também possa ser realizado em qualquer outro tecido do corpo, como sêmen, bulbo capilar, pele, placenta, etc. Após o isolamento, faz-se uma fragmentação controlada do DNA, através das enzimas de restrição, colocando-se os fragmentos em um material gelatinoso e separando-os em um campo elétrico (eletroforese), de acordo com o seu tamanho. Utilizam-se, então, as sondas de DNA para identificar os fragmentos que contêm os microssatélites, podendo-se visualizá-los por meio de uma espécie de radiografia, obtendo-se um padrão de bandas, semelhante a um código de barras, que constitui as impressões digitais de DNA da pessoa.

Então, após a preparação do DNA, o teste de paternidade é feito com a comparação das impressões digitais de DNA da mãe, da criança e do suposto pai, já que, conforme acima mencionado, todas as bandas presentes no padrão da criança têm de ter vindo da mãe e do pai.

Além do estudo das impressões digitais do DNA, ou sondas multilocais, a determinação da paternidade pelo DNA pode ser feita com a utilização de sondas unilocais, que são muito úteis quando existem deficiências, como a falta da mãe ou do pai para o exame, mas que, para atingir o mesmo grau de confiabilidade das multilocais, exige o estudo de mais de dez sondas unilocais.

Outra forma de determinação genética da paternidade é a revolucionária técnica da PCR (*Polymerase Chain Reaction* - "reação em cadeia da polimerase"), descrita por **Kary Mullis** em 1.985, baseada na amplificação *in vitro* de segmentos pré-selecionados de DNA, ou seja, de *locus* STR (*Short Tandem Repeat* - "seqüências curtas repetidas em *tandem*"), que

possibilita a comparação e a determinação da existência ou não de origens comuns. A PCR é especialmente utilizada quando as mostras são muito ínfimas, como um fio de cabelo, pois possibilita a amplificação do material em bilhões de vezes, com a correta determinação de seu perfil genético.

A vantagem do uso dessa técnica inclui, também, a não ocorrência de digestões parciais de DNA e a migração anormal de bandas; a facilidade de amplificar e analisar pela PCR vários *locus* simultaneamente; e a possibilidade de determinar o tamanho dos alelos sem ambigüidade, com métodos que podem ser automatizados. Por isso, a maioria dos órgãos investigativos internacionais, como o FBI (*Federal Bureau of Investigation*), nos Estados Unidos da América; a *Royal Canadian Mounted Police*, no Canadá; a *London Metropolitan Police*, no Reino Unido, além de vários outros serviços nas Américas e na Europa, estão adotando o uso de microssatélites detectados pela PCR, para auxiliá-los na área criminal.

Na investigação de paternidade, analisa-se um mínimo de seis informações genéticas (chamadas de *locus* genéticos). Para cada uma dessas informações genéticas, as duas cópias da característica (chamadas de alelos) presentes no filho, na mãe e no suposto pai são identificadas. A análise desses dados permite concluir de maneira inequívoca se o suposto pai é realmente o pai biológico da pessoa em questão. Para cada *loco* analisam-se os dois alelos presentes no filho. Caso um dos alelos presentes no filho seja encontrado na mãe e o outro seja encontrado no suposto pai, pode-se afirmar que os resultados analisados deste *loco* são compatíveis com o fato do investigado ser o

pai biológico do periciando em questão. Mas se um determinado alelo presente no filho, que não herdado da mãe, também não seja encontrado no suposto pai, a paternidade será excluída.

Esse processo de análise é repetido para cada um dos seis ou mais *locus* genéticos estudados e se, ao final, chegar à conclusão de que vários alelos do filho, que não os herdados da mãe, não estão presentes no suposto pai, demonstra-se que este realmente não é o pai biológico da pessoa analisada.

Porém, se em todos os *locus* genéticos estudados, os alelos presentes no filho, que não os herdados da mãe, forem encontrados no suposto pai, conclui-se que o investigado é o pai biológico da pessoa examinada. No caso de inclusão da paternidade, a perícia deve fornecer também o grau de certeza desta conclusão. O parâmetro mais utilizado em todo o mundo é o **Índice de Paternidade (L)**, que indica quantas vezes mais é provável que o periciado seja o pai da criança, em relação a outro indivíduo aleatório. Esse índice é convertido em uma probabilidade de paternidade, através de uma metodologia estatística chamada *Teorema de Bayes*, sendo que a maioria dos laboratórios utiliza uma probabilidade a partir de 50% (cinquenta pontos percentuais), como recomenda a Associação Americana de Bancos de Sangue.

Quando são utilizados seis ou mais *locus*, permite-se garantir um nível de certeza nos casos de inclusão de paternidade superior a 99,99% (noventa e nove inteiros e noventa e nove centésimos pontos percentuais), sendo que os testes mais confiáveis analisam dez ou mais *locus*

genéticos (ou microssatélites). Esses *locus* são extremamente polimórficos, possuindo cada um mais de dez alelos na população brasileira. Isso permite que, nos casos de inclusão de paternidade, a probabilidade de uma dada combinação de alelos ter ocorrido ao acaso seja menor que 0,00001. Note-se que, se analisadas dezoito bandas, a probabilidade de existir outra pessoa com a mesma seqüência codificada pelo DNA é superior ao número total de habitantes da Terra, segundo tabela apresentada por **Fernando Simas Filho**⁸:

Número de Bandas	Probabilidade de uma pessoa aleatória apresentar as mesmas bandas
1	1 em 4
2	1 em 16
4	1 em 250
6	1 em 4.000
8	1 em 65.000
10	1 em 1.000.000
12	1 em 17.000.000
14	1 em 268.000.000
16	1 em 4.000.000.000
18	1 em 6.800.000.000
20	1 em 1.000.000.000.000

Portanto, quando a perícia de determinação de paternidade é feita com a combinação de todas as técnicas genéticas, ou essas são utilizadas individualmente mas de forma rigorosa, com a análise mínima de 15 (quinze) *locus*, o resultado atinge uma confiabilidade impressionante, garantindo uma probabilidade de acerto superior a 99,9999% (noventa e nove inteiros e nove mil e novecentos e noventa e nove milionésimos pontos percentuais).

8 SIMAS FILHO, Fernando. A prova na investigação de paternidade. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 1.992. p. 93.

Desse modo, a evolução da ciência genética e, em seu âmbito de conhecimentos específicos, a descoberta dos ácidos nucleicos e suas complexas cadeias de átomos comparadas a partir de matéria orgânica retirada de dois indivíduos cuja relação de parentesco se pretende testar, possibilita a realização de um exame pericial de extrema precisão, indicando se a pessoa é ou não filho biológico do investigado.

Todavia, é imprescindível que essa perícia seja realizada de forma idônea, pois, se a confiabilidade de todo exame pericial repousa na capacidade técnica e na idoneidade do perito, em uma perícia que possibilita um resultado com precisão superior a 99,9999%, o cuidado para garantir sua realização de forma técnica e correta deve ser ainda mais acentuado.

O exame pericial através do DNA foi introduzido no Brasil em 1.987, pelo Núcleo de Genética Médica de Minas Gerais - GENE e pelo Departamento de Bioquímica da Universidade Federal de Minas Gerais, dirigidos pelo geneticista **Sérgio Danilo Junho Pena**, mas atualmente existem 35 (trinta e cinco) laboratórios no país que realizam o teste, sendo que nem todos se preocupam com o rigor científico da técnica, oferecendo uma versão menos complexa do exame, o que reduz consideravelmente o custo da perícia, ainda bastante elevado, porém cujo resultado também é de precisão muito inferior.

O fato foi, inclusive, tema de uma reportagem na Revista Veja, em que se questionou exatamente a proliferação de exames mais superficiais e que causam uma redução brutal em sua confiabilidade, pois nesses exames a probabilidade acei-

tável de uma margem de erro em cada 10.000 (dez mil testes) cai para um erro em cada 100 (cem) testes.

O problema torna-se pior em decorrência da falta de regulamentação da atividade no Brasil e a inexistência de qualquer fiscalização, pois, como salienta a reportagem, *"a Sociedade Brasileira de Medicina Legal recomenda que o laudo seja assinado por um doutor em genética e tenha três anos de experiência na área - mas ninguém é obrigado a seguir essa instrução"*⁹.

Para **Sérgio Danilo Junho Pena**, que desde 1.994 vem alertando sobre o risco da proliferação de laboratórios com índices científicos menos rigorosos, o percentual mínimo aceitável é de 99,999% (noventa e nove inteiros e novecentos e noventa e nove milésimos pontos percentuais), embora deva ser exigido o de 99,9999%, sempre que possível.

É importante salientar, ainda, que existem casos especiais, como a não existência do trio para a realização do exame, por falta do pai ou da mãe, bem como a determinação pré-natal da paternidade, o que exige a utilização de um maior número de *locus*, para garantir a mesma precisão no resultado.

Outro dado de extrema relevância é a confiabilidade na colheita do material a ser analisado, garantindo-se que as amostras sejam efetivamente das pessoas indicadas. Segundo o pesquisador, em seu laboratório todas as amostras são *"codificadas para garantir a confiabilidade dos exames"*, sendo que:

"A identidade das pessoas envolvidas só é conhecida pela equipe médica e

*pela assessora de DNA. As equipes técnicas que realizam as diversas etapas dos exames não têm acesso aos nomes das pessoas, conhecendo apenas o número-código que cada paciente recebe"*¹⁰.

O citado geneticista informa, ainda, que no GENE todas as exclusões de paternidade *"são confirmadas em duplicata, às cegas, por duas equipes técnicas distintas, em dias diferentes e por metodologias diferentes, gerando dois resultados independentes"*¹¹.

Dessa forma, para evitar os riscos apontados, é preciso que o julgador assuma a instrução probatória, observando todas as formalidades legais para a realização de uma perícia confiável, que ele se informe sobre o perito nomeado e a idoneidade do laboratório utilizado, além de considerar a precisão do resultado em cada caso.

Note-se, portanto, que o temor de uma substituição do julgador pelo perito, demonstrado em alguns posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, é pouco consistente, pois, ainda que não seja mais possível ao juiz contestar o resultado contundente de um exame pericial, baseado exclusivamente em sua livre apreciação da prova, sempre competirá a ele, julgador, averiguar se essa perícia efetivamente foi elaborada com a observância de todas as técnicas científicas que lhe eram

inerentes, para só então reconhecer a validade de sua conclusão.

Assim, se realizado com a utilização de todo o rigor técnico-científico disponível, o exame genético pelo DNA é tão preciso que, segundo **Fernando Simas Filho**:

*"Este especializado exame, deve ser intitulado de Exame determinativo da identidade biológica, porque o seu resultado, é exatamente a determinação da identidade gênica do indivíduo...! Mais que uma impressão digital, mais que um simples número, aleatório, determinado pela polícia ou receita federal... O resultado desse exame, permite classificar a pessoa, naquilo que ela tem de mais legítimo: a sua existência natural"*¹².

Poder-se-ia, por fim, adotar a tradução livre do desejo do Professor **Sérgio Pena**, expressado no prefácio de um estudo sobre o estado atual da perícia genética pelo DNA: *"We can only hope that this volume will not only serve as a source book of DNA fingerprinting knowledge but will also constitute a platform from which new research is launched"*¹³ - *"Resta apenas desejar que este estudo não sirva somente como uma explanação sobre a perícia genética pelo DNA, mas que constitua também um princípio de onde novos posicionamentos sejam lançados"*.

10 PENA, Sérgio Danilo Junho. *Determinação de paternidade pelo estudo direto do DNA: estado da arte no Brasil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direitos de família e do menor - inovações e tendências - doutrina e jurisprudência*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1.994. Cap. 12. p. 250.

11 PENA, Sérgio Danilo Junho, op. cit., p. 252.

12 SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 1.992. p. 94 - os grifos são do original.

13 Pena, Sérgio Danilo Junho, et al. *DNA fingerprinting: state of the science*. Basileia, Birkhäuser Verlag. In *Coletânea Bibliográfica do Professor Sérgio Danilo Junho Pena - 1970-1995*, gentilmente cedida pelo Núcleo de Genética Médica de Minas Gerais - GENE. Belo Horizonte, 1995. p. 101.

9 BARBOSA, Bia, COUTINHO, Leonardo. *Quem é o pai?*. Revista Veja, São Paulo: Editora Abril, n° 1.658. p. 109, jul/2.000.

CAPÍTULO II

OS EFEITOS DA EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E CIENTÍFICA DA PROVA PERICIAL DENTRO DA ESTRUTURA PROCESSUAL CONSERVADORA

1 - A influência da atual prova pericial nas decisões judiciais:

A modernização dos métodos periciais e sua crescente interferência na apuração dos fatos está tornando imprescindível o auxílio dos peritos para a solução dos feitos judiciais, pois o julgador é colocado diante de informações técnicas e científicas tão complexas que só podem ser compreendidas, em toda sua amplitude, por especialistas altamente capacitados. Não se pode, portanto, negar que a prova pericial está adquirindo uma importância cada vez maior, quando a matéria *sub judice* exige conhecimentos técnicos específicos para analisar as coisas, pessoas ou fatos em litígio.

Por outro lado, não há dúvida de que, dentro dessa perspectiva, a confiança, na maioria das vezes indispensável, na informação científica impenetrável ou de difícil acesso, aumenta a tensão entre a liberdade do juiz para apreciar a prova e o processo cognitivo normal, pondo em xeque o próprio princípio da livre apreciação da prova.

Essa dificuldade coloca em voga o temor de que o órgão judicial esteja, de alguma forma, transferindo o seu poder constitucional de julgar a técnicos sem tal legitimação. Note-se que, nos sistemas ligados ao *common law*, não há uma maior consequência dessa evolução pericial, pois a prova é produzida exclusivamente pelas partes, ou seja, não existe

um perito oficial, e as testemunhas técnicas são submetidas a um exacerbado contraditório, além de prevalecer a decisão *secundum conscientiam* do julgador.

Todavia, no sistema processual brasileiro, que adota o livre convencimento racional do magistrado, o tema suscita inúmeras discussões, havendo críticas ao tratamento legal dispensado aos assistentes técnicos que não estão sujeitos aos compromissos do perito nomeado, deixando o órgão judicial ainda mais dependente deste, nos casos de complexidade científica.

Nas ações de investigações de paternidade, em que as perícias genéticas pelo DNA não admitem sequer a nomeação de assistentes, por serem elaboradas em absoluto sigilo, como já mencionado, o debate se torna ainda mais acalorado, identificando-se uma verdadeira fobia de transmutar o perito em julgador do feito, dadas a especialidade e a precisão de seu resultado.

Para se furtar da polêmica, alguns julgados mais conservadores limitam-se a reiterar a aplicação incondicional do princípio da relatividade das provas, havendo pronunciamentos que prestigiam a prova testemunhal em detrimento da perícia que obteve conclusão diversa.

Esse posicionamento foi adotado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**, em duas oportunidades:

"INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - PROVA DO RELACIONAMENTO SEXUAL COM EXCLUSIVIDADE À ÉPOCA DA CONCEPÇÃO - LAUDO PERICIAL NEGANDO A PATERNIDADE - CONVICÇÃO DO JUIZ DE MODO CONTRÁRIO COM BASE NAS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS - POSSIBILIDADE - EXAMES HEMATOLÓGICO E

DNA - INEXISTÊNCIA DE CERTEZA ABSOLUTA - PROVA PERICIAL - REJEIÇÃO - RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE - Provado o relacionamento sexual, com exclusividade, entre investigado e a mãe do investigante, à época da concepção, deve a paternidade ser reconhecida, não obstante a prova pericial relativa aos exames hematológico e impressões digitais de DNA dê pela sua negativa. É que, além de tal prova não repousar sempre numa certeza absoluta, não pode a prova pericial decidir, por si só, as demandas judiciais, pois, se possível, tornaria dispensável a atuação do Juiz nos processos onde ela fosse produzida, ou daria à sentença judicial caráter meramente homologatório da conclusão do técnico. Ademais, o Juiz não está adstrito ao laudo pericial para formar sua convicção, podendo decidir de modo contrário a ele, baseando-se em outros elementos ou fatos provados nos autos". (Apelação Cível nº 10.025-5 - Comarca de Raul Soares - Acórdão unânime - 5ª Câmara Cível - Rel. Des. José Loyola - j. 30.6.94)¹⁴.

"INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - Relacionamento sexual com exclusividade no período da concepção. Inexistência de prova. Exame de DNA. Incoerência com as demais provas dos autos. Prova técnica. Participação de assistentes técnicos. Acompanhamento das partes. Impossibilidade. Rejeição. Se são condições para o reconhecimento da paternidade a prova do relacionamento sexual entre a mãe do investigante e o investigado, no período da concepção, e a exclusividade deste relacionamento, o DNA não pode prevalecer quando tais

condições não restarem provadas, porquanto referido exame, por mínimo que seja, ainda traz risco de erro; não pode tal prova ser aceita, se não estiver em consonância com as demais provas dos autos. E sendo o exame de DNA prova técnica, há necessidade de que seja possível a participação de assistentes técnicos indicados pelas partes, consoante determinação do art. 421, § 1º, CPC, os quais teriam condição de acompanhar toda a perícia, que passaria, assim, pelo crivo do contraditório, quando, então fiscalizados seriam as técnicas e os materiais usados, a fim de que, com maior segurança, fosse aceita" (TJMG - AC 29.442/1 - 1ª C. Cív. - Rel. Des. Antonio Hélio Silva - DJMG 11.11.94)¹⁵.

No entanto, o próprio **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**, revisando seu posicionamento, já reconheceu a precisão irrefutável dessa perícia, em outro julgado:

"INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - Prova científica - Exame pelo método DNA - Peso superior sobre prova indireta - Formação do livre convencimento do julgador. Na investigação de paternidade, a prova científica relativa à perícia médica feita pelo método DNA, direta que é, na medida em que seus resultados se mostrem categoricamente afirmativos, ou excludentes da paternidade, tem ela peso incontestável superior ao da prova indireta na formação do livre convencimento do julgador, mormente quando vem completar farta prova indiciária" (TJMG - AC 11.223/5 - 2ª C. Cív. - a.u. - Rel. Des. Bernardino Godinho - DJMG 16.12.94)¹⁶.

14 Revista Jurídica, Porto Alegre, ano XLIII, n. 213, p. 68, jul/95.

15 Revista Jurídica, Porto Alegre, ano XLIII, n. 208, p. 93/94, fev/95.

16 Revista Jurídica, Porto Alegre, ano XLIII, n. 210, p. 118, abril/95.

Embora a polêmica ainda seja presente, tem-se observado uma tendência mais inovadora nos Tribunais de todo País, admitindo a supremacia da prova pericial realizada pelas impressões digitais do DNA:

“Investigação de paternidade. Prova. Exame DNA. Credibilidade. O exame genético - DNA é uma prova científica incontestável, fruto do avanço da ciência, e capaz de determinar com precisão e absoluta certeza, a paternidade” (TJ/DFT - AC 31.131 - 1ª T. Cív. - a. u. - Rel. Des. Eduardo de Moraes Oliveira. DJU 20.4.94. p. 4.117 - IOB 3/9.744).

“Investigação de Paternidade - Exame DNA - Valoração. O exame genético pelo DNA tornou obsoletos os demais sistemas existentes. É o auxílio científico para a solução de um dos mais graves e subjetivos dramas do judiciário, a investigação de paternidade. Antes eram, a apreciação subjetiva da prova testemunhal, os arcaicos exames de sangue; hoje, a certeza objetiva científica” (TJSP - AC 206.305-1/8 - 7ª C. Cív. - a.u. - Rel. Des. Godofredo Mauro - j. 18.5.94 - IOB 3/9.852).

“Em ação judicial onde a controvérsia é a paternidade biológica, ainda que existente registro civil reconhecendo a filiação, o acolhimento pelo juiz, da prova pericial relativa ao exame para impressões de DNA é imperativo decorrente do direito da parte de provar o seu interesse, sob pena de cerceamento” (TJMG - AI 23.027/2 - 2ª C - Rel. Des. Paulo Medina - j. 25.8.92)¹⁷.

A perícia genética pelo DNA pode, também, ser fundamental para a apuração da verdade real na seara criminal. Os casos de utilização desse meio científico para apurar a autoria de delitos, ou para identificar vítimas desfiguradas, estão se tornando cada vez mais corriqueiros, como ocorreu, por exemplo, com o do menino Evandro Ramos Caetano, sacrificado em ritual macabro na cidade de Guaratuba/PR e identificado pela perícia genética, em 1.992; ou com a pequena Míriam Leão Brandão, em Belo Horizonte/MG, que teve o corpo queimado pelos seus seqüestradores, em 1.993.

O resultado da perícia, às vezes, modifica completamente os fatos então considerados apurados e traz à berlinda uma outra verdade. Exemplo dessa reviravolta ocorreu na Comarca de São Gotardo/MG, onde S.E.A. foi condenado a seis anos e seis meses de reclusão, pela prática de estupro contra a então menor R.M.S., do qual teria resultado o nascimento de L.A.S. (autos nº 0913/92). Após o cumprimento de quase três anos de pena, mas ainda na fase recursal, o acusado conseguiu custear o exame do DNA, comprovando que a criança indicada como fruto da violência por ele praticada não era sua filha, obtendo com isso sua absolvição, além de acionar o Estado de Minas Gerais, pleiteando indenização pelos danos morais suportados (autos nº 6.582-0/98).

Como se percebe, é imperioso que o julgador possa ter acesso a meios de prova mais precisos e, diante deles, faça sua correta valorização, comparando os diversos elementos probatórios numa escala gradativa de relevância e confiabilidade,

para que a verdade real não seja preterida, expondo o magistrado ao risco iminente da prática de injustiças.

2 - A alteração da aplicabilidade do Princípio da Livre Apreciação da Prova:

As inovações técnico-científicas da prova pericial e o conseqüente aprimoramento de seus resultados, estão impondo uma reavaliação dos conceitos e princípios informadores da prova, com a adoção de uma nova orientação ou redefinição dos mesmos.

A prova pericial deve ser analisada e valorizada pelo julgador sob dois aspectos principais: quanto à sua validade e quanto à própria conclusão. No primeiro caso, deve-se aferir se a prova foi produzida de acordo com a lei, ou se não foi produzida contra proibições legais. Refere-se à observância da regularidade formal da prova, na qual é preciso, também, examinar se o procedimento da perícia está de acordo com normas técnicas inerentes à matéria, além de certificar-se sobre a idoneidade de referidos trabalhos.

Quanto à conclusão em si, se esta cingir-se precisamente ao âmbito da matéria posta em exame, o julgador só poderá dela divergir se fundamentar seu posicionamento nos mesmos moldes, ou seja, utilizando-se das regras, conceitos e procedimentos científicos afetos àquela matéria. Todavia, caso a conclusão pericial exceda o aspecto técnico-científico do parecer, aí sim poderá ser refutada

pelo julgador, no uso de sua livre apreciação da prova, por não se tratar mais de um de juízo especializado.

O que não se permite mais é que o magistrado desconsidere a validade de resultados periciais, como o próprio exame de sangue excludente de paternidade, que aponta uma certeza científica de 100% (cem por cento), ou a constatação de tal paternidade, pelas perícias genéticas do DNA, para, com base no princípio da livre apreciação da prova, emprestar maior valor a uma prova testemunhal, decidindo contra a conclusão técnica, pois o poder do juiz não pode chegar ao ponto de revogar as leis da ciência ou da natureza.

De fato, a superioridade da prova pericial já era defendida há mais de um século, quando os avanços tecnológicos de hoje não eram sequer imaginados, como salienta **Moacyr Amaral Santos**, desde 1.949:

“Escrevia Lobão, há quase um século: - “Não há princípio mais trivial no fôro, como ser a vitória uma prova superlativa, a melhor do mundo e superior a todas* as provas”* (Lobão, *Tratado das Vitórias*, prefácio, em *Coleção de Dissertações e Tratados Vários*, em suplemento às Segundas Linhas)¹⁸.

E mais: a precisão dos atuais métodos periciais leva a outro questionamento, qual seja, a necessidade de prosseguir-se com a instrução após a realização da perícia. Nos casos em que a prova técnica mostra-se tão sofisticada, cujo resultado nem mesmo a ciência refuta,

* A forma ortográfica do texto citado foi reproduzida como no original.

* A forma ortográfica do texto citado foi reproduzida como no original.

18 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1.949. v. V. p. 23/24.

oferecendo um elemento probante de extraordinária precisão e certeza, a dilatação da fase probatória, com a colheita de provas testemunhais, que em nada alteram a verdade dos fatos, torna-se inútil e contrária à efetividade do processo.

A falibilidade da prova testemunhal é histórica. Independente do verdadeiro preconceito reinante na época das provas legais, alguns inconvenientes e perigos são inegáveis na colheita da prova testemunhal. Em primeiro lugar, há a possibilidade do testemunho falso ou corrupto, movido pela força do interesse ou das paixões e que exige do magistrado extrema cautela e percepção na colheita da prova, inclusive com a aplicação de certas regras técnicas para evitar-se o perjúrio.

O maior perigo, no entanto, é que, ainda quando se trate de testemunhas idôneas, seu testemunho pode fugir involuntariamente à verdade, levado por causas de ordem psicológica (deficiências da percepção, distúrbios da memória e defeitos de expressão, ou seja, da reprodução ou transmissão do fato percebido e fixado), já que, principalmente na área cível, geralmente há um grande espaço de tempo entre a data do fato e a data do testemunho.

Existe, ainda, a possibilidade do testemunho de pessoas com deficiências patológicas, sem que essa circunstância possa ser percebida durante a produção da prova. **Moacyr Amaral Santos** chama a atenção para outros dois fatores individuais que devem ser considerados: a idade e o sexo das testemunhas, os quais podem implicar em percepções psicopatológicas diferentes do mesmo fato.

Por outro lado, a própria lei processual civil brasileira dispensa a produção

da prova testemunhal em várias oportunidades, como quando exige a apresentação de escritura pública para provar a propriedade ou a exibição de testamento para acatar as disposições de última vontade.

Como salienta **Ernane Fidélis dos Santos**, existem também casos em que, em decorrência do próprio fato, o exame pericial é a única prova admissível, como, por exemplo, apurar as causas de uma cegueira. Já em outros a imposição da prova pericial e a dispensa de testemunha deriva da lei, uma vez que apenas a perícia pode fazer levantamento da linha demarcatória ou provar a falsidade documental alegada (artigos 956 e 392 do Código de Processo Civil).

Assim, a dispensa da dilação probatória, de forma alguma, infringe o princípio da ampla defesa, pois, nas ações de investigação de paternidade, esta é garantida ao possibilitar ao suposto pai a realização de uma prova com a observância de todas as garantias processuais. A ampla defesa não pode ser entendida como a possibilidade de adiar ao máximo a efetividade do processo, com a realização de provas inúteis. O fim máximo da prova deve ser a busca da verdade real e, se esta já foi alcançada, as demais provas tornam-se obsoletas.

Trata-se, na verdade, apenas de um novo olhar sobre o sistema do livre convencimento racional do magistrado e sua liberdade na apreciação da prova, pois é certo que, dentro dessa persuasão racional, a livre apreciação das provas já coexiste com certas regras legais, nas quais a própria lei preestabelece o valor de determinadas provas e impõe a utilização daquele dado probatório específico ao julgador.

O que não significa um retorno ao sistema da certeza legal, mas apenas a necessidade de contenção do ato judicante em limites concretos, preestabelecidos, que garantam a segurança do sistema e uma maior efetividade na busca da verdade real, fim maior da instrução processual.

Essa limitação é uma tendência das legislações modernas, como se nota no Código de Processo Penal Português, que estabelece como exceção ao princípio da livre convicção as regras referentes ao valor probatório de documentos autênticos e autenticados (artigo 169), ao caso julgado a propósito de pedido cível (artigo 84), à confissão integral e sem reservas no julgamento (artigo 344) e à prova pericial (artigo 163)¹⁹.

O Código Civil de 2002 também reconheceu a importância da realização da prova pericial, trazendo uma grande inovação em seus artigos 231 e 232, ao proibir que a recusa de submissão a exame médico necessário seja aproveitada pela parte que a recusou e estabelecer que a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz possa suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Finalmente, não se pode esquecer que, embora a prestação jurisdicional seja constitucionalmente garantida a todos os cidadãos, de nada adiantará se a mesma não for efetiva, o que só poderá ocorrer com a racional utilização dos meios processuais postos a esse fim. Faz-se necessário, então, um outro enfoque do processo, que lhe confira maior utilidade e assegure o verdadeiro acesso à Justiça, traduzido na possibilidade de se obter uma prestação jurisdicional justa, eficaz e útil.

Portanto, seja do ponto de vista prático, doutrinário ou dos próprios ideais constitucionais adotados na Carta da República, o juiz não pode mais ser obrigado a valorizar a prova pericial em igualdade de condições com as demais, sob pena de não se alcançar a prestação jurisdicional almejada, tornando-se premente uma reavaliação dos conceitos e princípios informadores da prova, mais condizentes com a realidade dos dias atuais.

CONCLUSÃO

Após a análise da evolução da prova pericial, desde a sua origem até os avanços tecnológicos e científicos alcançados nos dias atuais, cujos métodos estão propiciando resultados cada vez mais precisos, conclui-se que a relatividade das provas não pode mais ser acatada de forma absoluta, impondo-se uma nova visão processual de sua aplicabilidade.

É preciso que os princípios norteadores das provas acompanhem o avanço encampado pelo próprio Direito. Esses princípios surgiram dentro de uma outra realidade científica. O Direito, como uma ciência dinâmica, não pode se manter estático e enraizado em conceitos conservadores, em detrimento da busca da verdade real, fundamento precípuo da aplicação da Justiça.

Nas ações em que a prova pericial seja capaz de elidir o litígio proposto pelas partes, o juiz não pode mais considerá-la em igualdade de condições com outras de menor confiabilidade, por simples obediência a um princípio que se mostra ultrapassado diante dessa acelerada evo-

19 SANTOS, Manuel Simas. Código de processo penal anotado. Editora Rei dos Livros: Lisboa, 1.996.

lução científica, sob pena de se colocar em risco a própria prestação jurisdicional.

Moacyr Amaral Santos afirma de forma categórica que *"a convicção deve ser obtida pela produção da melhor prova, no sentido subjetivo, objetivo ou formal"*²⁰, esclarecendo que, subjetivamente, a testemunha presencial é melhor que a referencial; objetivamente, o documento original é melhor que sua cópia e, formalmente, a prova produzida na presença do juiz é melhor que a trazida por terceiros. Como ressalta o autor, o princípio da melhor prova é recepcionado pelo Código de Processo Civil em vários dispositivos, como na possibilidade do juiz ordenar as diligências necessárias à instrução do feito, ouvir terceiros citados pelas partes ou testemunhas, ordenar a exibição de documentos, acarear testemunhas e determinar a realização de nova perícia.

Portanto, considerando-se o princípio da melhor prova, é inquestionável que a perícia, produzida com a observância de todas as formalidades legais e de forma idônea, tem prevalência sobre a prova testemunhal, afastando a possibilidade de sua desconsideração com base na livre persuasão do julgador.

Aliás, como já alegado, essa persuasão deve ser racional, o que já induz a diferenciação dos valores de tais provas. A prevalência da atual prova pericial funda-se em preceitos diversos do sistema puro das provas legais. Também não significa um retorno ao entendimento de antigas leis que expressamente determinavam a vinculação judicial ao resultado do laudo pericial, como o regulamento austríaco

para a *Lombardia* e a *Venetia*, de 1.796, que obrigava o juiz a conformar-se com o laudo pericial, quando este fosse a expressão concordante de dois peritos.

É a própria racionalidade da persuasão judicial que, considerada de forma mais coerente e verdadeira, exige uma melhor e mais científica análise da prova, admitindo a prevalência incisiva da prova pericial, que se tornou, em alguns casos, inquestionável cientificamente.

Então, o que a evolução científica e tecnológica da prova pericial modificou foi o princípio da relatividade das provas, limitando a livre apreciação judicial e aprimorando o conceito da persuasão racional atualmente em vigor. Na verdade, a observância das leis do raciocínio, da ciência ou da natureza não deve ser visualizada como um limite à apreciação da prova, mas como algo que lhe é imanente.

Não se trata, obviamente, de uma substituição do juiz pelo perito, pois é o magistrado quem deve presidir a produção da prova, inclusive cuidando para que a perícia seja realizada de forma processualmente correta e por profissional capaz e idôneo, evitando-se os absurdos mencionados nesse estudo.

É também função soberana do juiz a avaliação jurídica do fato tecnicamente apreciado e explanado pelos peritos. O que não se admite é que o juiz negue aquilo que se acha científica e logicamente demonstrado, repila o que estiver iniludivelmente assegurado ou se subtraia de forma arbitrária aos resultados de conhecimentos específicos, pois o perito foi chamado exatamente para suprir a falta de conhecimento técnico do julgador.

20 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1.949. v. I, p. 15 - os grifos são do original.

Assim, uma vez realizada com a observância de todas as formalidades legais, preservando-se a idoneidade dos trabalhos técnicos e do próprio perito, requisitos essenciais para sua confiabilidade, a precisão da prova pericial que, como no caso das perícias genéticas pelo DNA, oferece uma certeza superior a 99,9999% (noventa e nove inteiros e nove mil e novecentos e noventa e nove milésimos pontos percentuais), não pode ser afastada por simples alegação de que o juiz é livre na apreciação da prova e que não há elementos testemunhais suficientes para corroborar o laudo.

Mesmo porque, nessa espécie de ação, o testemunho é que se mostra extremamente frágil, pois as relações geralmente são privativas e a concepção em si não admite testemunhas, como salienta o Professor **Sérgio Pena**:

*"Acreditamos que em determinação de paternidade a prova testemunhal deve ser avaliada cum grano salis, já que, como mencionado, a concepção ocorre no interior do corpo da mulher e assim não admite testemunhas. Desta maneira, a única maneira de comprovar a paternidade é pela perícia técnica, mais especificamente pelos exames em DNA"*²¹.

Portanto, a permanência do entendimento de que a apreciação da prova é totalmente livre tende apenas privilegiar a vaidade do magistrado em detrimento do fim maior da Justiça (e, repita-se, da Jus-

tiça e não apenas do Direito), que é a busca da verdade real na solução dos litígios.

Para evitar a resistência a essa mudança, pode-se pensar em uma reflexão mais acurada sobre o *modus operandi* da perícia no sistema jurídico pátrio, mais consentâneo com o presente estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira e com os fins do processo, como a prévia audição das partes sobre a escolha do *expert*, possibilitando-lhes até a sugestão de seu nome, o que tornaria o perito da confiança não só do órgão judicial mas também dos litigantes.

Todavia, não se pode mais é afastar o imperioso auxílio da atual prova pericial para a busca da verdade real e sua contribuição para o alcance de maior efetividade nos feitos judiciais, propiciando soluções mais rápidas e seguras para os litígios, quando a matéria puder ser esclarecida de forma precisa com o uso de conhecimentos técnico-científicos especializados.

Negar a supremacia dessa prova, por simples temor de ferir a livre apreciação do magistrado, seria fechar os olhos aos avanços do conhecimento humano e impedir o próprio desenvolvimento da ciência jurídica, que, por ser humana e dinâmica, tem que estar sempre disponível a novas descobertas e visões que venham a contribuir para a solução mais célere das lides, aprimorando a prestação jurisdicional e auxiliando a incansável busca da Justiça.

21 PENA, Sérgio Danilo Junho. *O DNA como (única) testemunha em determinação de paternidade*. *Revista Bioética*. Belo Horizonte, n. 5, p. 232, 1.997 - artigo gentilmente cedido pelo Núcleo de Genética Médica de Minas Gerais - GENE - os grifos são do original.

referências

- BARBOSA, Bia; COUTINHO, Leonardo. Quem é o pai? *Revista Veja*, São Paulo, n. 1658, p. 108-109, jul. 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. A oralidade e a prova. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 74, p. 232, 1938.
- _____. *Instituciones de Derecho Processual Civil*. Tradutor E. Gómez Orbaneja. 1940, v. 3, n. 342.
- DALBÉRIO, Osvaldo. *Metodologia científica: uma introdução*. 2. ed. Uberaba: Cone Sul, 1998.
- FERREIRA, Luís Pinto. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código civil e legislação civil em vigor*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- PENA, Sérgio Danilo Junho. Determinação de paternidade pelo estudo direto do DNA: estado da arte no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direitos de família e do menor - inovações e tendências - doutrina e jurisprudência*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1994. cap. 12. p. 243-259.
- PENA, S. D. J. O DNA como (única) testemunha em determinação e paternidade. *Revista Bioética*, Belo Horizonte, n. 5, p. 231-241, 1997.
- PENA, Sérgio Danilo Junho, et al. *DNA fingerprinting: state of the science*. Basileia, Birkhäuser Verlag. In: COLETÂNEA bibliográfica do Professor Sérgio Danilo Junho Pena - 1970-1995.
- Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano XLIII, n. 208, p. 93-94, fev/95.
- Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano XLIII, n. 210, p. 118, abril/95.
- Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano XLIII, n. 213, p. 68, jul/95.
- ROSA, Marcos Valls Feu. *Perícia judicial - teoria e prática*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil - processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1.
- SANTOS, Manuel Simas. *Código de processo penal anotado*. Lisboa: Rei dos Livros 1996.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1949. v. 5.
- SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1992.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil - teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1.
- TRIBUNAL de justiça de Minas Gerais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 695, p. 162-169, 1993.



ISONOMIA PROCESSUAL E IGUALDADE FUNDAMENTAL A PROPÓSITO DAS RETÓRICAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Rosemiro Pereira Leal*

sumário

- | | |
|--|---|
| 1- Isonomia e Igualdade: distinções teóricas | 4- Ideologia nostálgica das ações afirmativas |
| 2- Direito à diferença e isonomia processual | 5- Conclusões |
| 3- Isonomia no Estado Democrático | 6- Referências |

resumo

A retórica das **ações afirmativas** como atuação de decididores de mentes arejadas e sensíveis à realização de justiça social vem propiciando o retorno ao realismo jurídico que preconiza decisões extrassistêmicas, com apoio numa jurisprudência de conceitos ou catálogo de valores descobertos pela inteligência salvadora de uma república de eruditos ou de homens de boa-vontade. Nessas conjecturas, afasta-se o **processo** como espaço de discussão e realização estruturante do direito nos Estados constitucionalmente democráticos, com deslocação da efetivação ou execução dos direitos fundamentais para a órbita de pretensões a serem examinadas por um Judiciário-hércules, negando, assim, os direitos líquidos e certos já garantidos pelo legislador constituinte. Forja-se, por deficiência teórica dos operadores do direito, a ilegalidade aceitável de direitos dos diferentes na fundamentalidade constitucional a serem resgatados por um *movimento social* de *ações afirmativas* (torcidas organizadas) para, propondo mudanças de mentalidades, se anunciar como garantidor exclusivo, por uma "discriminação lícita", dos deficientes físicos, negros, índios, ciganos, homossexuais. A pretexto dessa ação lúcida e solidária dos operadores obsoletos da democracia, exclui-se o **devido processo constitucional** como instituição jurídica referencial de garantia, execução, fiscalização, correção e reconhecimento de direitos, transformando-o em mero instrumento presentificado de uma jurisdição redentora que se diz capaz, por um senso especial de justiça e equidade, de assegurar os direitos dos diferentes, sem atentar para o aspecto de que, para apreciar diferentes direitos, há de antes cumprir, *prima-facie*, as decisões constituintes de implementação de direitos fundamentais para todos, indistintamente.

1

ISONOMIA E IGUALDADE: DISTINÇÕES TEÓRICAS

O realismo saudoso da ideologia dos arautos de **ações afirmativas** como mutirão de voluntários (*voluntary affirmative*

actions) que, parceiros prodigiosos de uma "política nascida da própria sociedade"¹, pretendem formar um exército de salvação das constituições democráticas, as quais, para eles, ainda padecem de anomalias só superáveis pelo senso de adequabilidade (Günther) e faina

* Professor do mestrado e doutorado da UFMG, PUC-MG e Fumec.

1 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza - Direito à Diferença, Del Rey, BH, 2003, p. 187