

**O *AMICUS CURIAE* ESPECIALISTA NO PROCESSO
CONSTITUCIONAL**

THE AMICUS CURIAE SPECIALIST IN THE CONSTITUTIONAL PROCESS

Sérgio Cruz Arenhart¹

¹ Procurador Regional da República. Professor da UFPR. Mestre, doutor e pós-doutor em Direito.

RESUMO

O presente artigo examina de que modo o *Amicus Curiae* pode contribuir com a determinação das questões relevantes no processo constitucional, pertencente a alguma coletividade, que possa beneficiar-se ou ser prejudicado pela decisão. Para isso, faz a diferenciação entre as duas figuras do *amicus curiae*: o *amicus curiae* parcial e o especialista. O artigo começa diferenciando o *amicus curiae* especialista do perito judicial e, em seguida, adentra o campo da colheita do depoimento do especialista, examinando de que modo deve ser feito no processo constitucional, os meios de diferenciar a ciência da “pseudociência”, até chegar na acareação como alternativa para a resolução de questões que não estão suficientemente elucidadas. Nesse sentido, é feita uma análise comparada da acareação de especialistas em outros sistemas jurídicos e no direito brasileiro. Por fim, é apresentada uma reflexão acerca do papel do *Amicus Curiae* e da sua contribuição para a obtenção de uma atuação consistente e adequada do Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE

Amicus Curiae – Processo Constitucional – Acareação.

SUMÁRIO

1. O processo constitucional e suas especificidades. 2. Quem é esse *Amicus Curiae*? 3. O estado da ciência e a manifestação de especialista. 4. A produção do depoimento de especialista no processo constitucional. 5. Depoimentos de especialistas e pseudo-ciências. 6. Acareação entre especialistas. 6.1. A acareação de especialistas em outros sistemas jurídicos. 6.2. A acareação de especialistas no direito brasileiro. 7. Apoio técnico para a solução de questões jurídicas. Referências.

REFERÊNCIA: ARENHART, Sérgio Cruz. O *Amicus Curiae* especialista no processo constitucional. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 8, n. 1, Porto Alegre, p. 4-25, dez. 2023.

1 O PROCESSO CONSTITUCIONAL E SUAS ESPECIALIDADES

O processo constitucional tem-se caracterizado, cada vez mais, por especificidades que o afastam do processo civil tradicional. Ao contrário de resolver uma controvérsia determinada, destina-se a levar a um terceiro imparcial a análise da compatibilidade com a Constituição – e, portanto, com as diretrizes básicas admitidas como legítimas pela sociedade nacional – dos atos praticados em determinado país.

Nesse contexto, o processo constitucional deixa transparecer sua faceta democrática, revelando-se como importante palco de discussão ampla dos atos praticados, sobretudo, pelos governantes.²

² V., por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: RT, 2021, *passim*; MITIDIERO, Daniel. *Processo constitucional: do controle ao processo, dos modelos ao sistema*. São Paulo: RT, 2022, *passim*.

ABSTRACT

This article examines how the *Amicus Curiae* can contribute to the determination of relevant issues in the constitutional process, belonging to some group, which may benefit or be harmed by the decision. To do this, it differentiates between the two figures of the *amicus curiae*: the partial *amicus curiae* and the expert. The article begins by differentiating the specialist *amicus curiae* from the judicial expert and then enters the field of collecting the expert's testimony, examining how it should be done in the constitutional process, the means of differentiating science from “pseudoscience”, until arriving at in confrontation as an alternative for resolving issues that are not sufficiently clarified. In this sense, a comparative analysis is made of the confrontation of experts in other legal systems and in Brazilian law. Finally, a reflection is presented on the role of the *Amicus Curiae* and its contribution to achieving consistent and adequate performance by the Judiciary.

KEYWORDS

Amicus Curiae – Constitutional Process – Confrontation.

Obviamente, se a função desse modelo de processo transborda a simples solução da controvérsia, atingindo valores essenciais de uma sociedade, não podem os institutos processuais aqui incidentes ser pensados de modo estreito, como simples técnicas voltadas a subsidiar o Estado-juiz com ferramentas para bem decidir. É necessário enxergar aí técnicas que, de fato, cumpram a função de expressar a vontade e a presença da sociedade e de ampliar os horizontes do julgamento, permitindo que ele emule, no mínimo, o mesmo espaço de decisão que se teria no ambiente legislativo ou administrativo.

Evidentemente, pensado o processo constitucional como essa arena para o debate amplo da sociedade, impõe-se pensar em mecanismos que permitam a participação social. Afinal, ao contrário do que ocorre com o processo tradicional, não se espera aqui apenas o confronto entre as “partes litigantes”. Não há, propriamente, partes em conflito; o que existe é uma divergência – por vezes ampla – a respeito dos valores fundamentais da sociedade e da maneira adequada de interpretar a vontade soberana da população. Por isso, pensar na participação da sociedade no debate processual constitucional é, acima de tudo, pensar na participação de toda a sociedade no processo que conduzirá esses sujeitos imparciais a contribuir na definição dos rumos que o Estado deve tomar.

Há, sem dúvida, inúmeras ferramentas que podem contribuir para levar essas várias visões da sociedade ao processo constitucional.³ Dentre esses vários mecanismos, porém, sobressai o papel do *amicus curiae*, sobretudo por conta de sua plasticidade e sua função multifacetada.

Neste texto, não se pretende examinar a intervenção do amigo da Corte de modo amplo. O objetivo desta análise é apenas o de destacar *uma das formas que pode assumir esse “amicus curiae”*, examinando de que modo ele pode contribuir para a determinação das questões relevantes no processo constitucional.

2 QUEM É ESSE *AMICUS CURIAE*?

Desde logo, parece fundamental extremar as figuras do *amicus curiae* daquele que aqui será chamado de terceiro especialista.

A importação do *amicus curiae* para o sistema nacional ocorreu, de modo mais explícito, por meio do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, autorizando que nas ações de inconstitucionalidade o Supremo Tribunal Federal pudesse, à luz da “relevância da matéria” e

³ V., por exemplo, ARENHART, Sérgio Cruz. “Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes”. *Processos estruturais*. 3ª ed., Salvador: JusPodivm, 2021, *passim*.

da “representatividade dos postulantes”, admitir “a manifestação de outros órgãos ou entidades”, dado que é ali vedada a intervenção de terceiros.⁴ Após outras experiências semelhantes, a figura foi finalmente encampada, de modo amplo, pelo Código de Processo Civil, que estatui em seu art. 138 que “o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”.

A nota essencial da participação do *amicus curiae* tem sido vista como o “*interesse institucional*”⁵ no debate de determinada questão. Trata-se, como já observado, de evidente concretização da *vertente democrática* que alicerça o Estado Constitucional (art. 1.º, *caput*, da CF).

Pelo desenho legal oferecido a essa figura, o *amicus curiae* é um terceiro que pode participar do processo a fim de *oferecer razões* para a sua *adequada solução* ou mesmo para formação de um *precedente*. O que o move é o interesse institucional: o interesse no adequado debate em juízo de determinada questão nele debatida.⁶

Aparentemente, a figura abrange um conjunto de atores que ingressam no processo para contribuir com a Corte na solução da causa. No entanto, bem lida a regra hoje em vigor, nota-se a presença de várias situações distintas, tratadas sob o mesmo manto e sob a mesma denominação de “amigo da Corte”.

Embora o código não o diga de modo expresso, é possível ver que a regra mencionada se refere, ao menos, a duas espécies diferentes de *amicus curiae*. Há o clássico

⁴ A ideia, porém, da intervenção de órgãos ou instituições especializadas em certas matérias em processos, com o intuito de prestar esclarecimentos técnicos e, assim, colaborar com a decisão do Judiciário, já estava presente em outros diplomas anteriores. É o caso, por exemplo do art. 31, da Lei 6.385/76, que autoriza a Comissão de Valores Mobiliários a intervir em processos judiciais que discutam temas de sua competência, para prestar esclarecimentos, ou do art. 5º, da Lei 9.469/97, que autoriza as pessoas jurídicas de direito público a intervir em processos que possam repercutir sobre interesses públicos, “para esclarecer questões de fato e de direito”. Posteriormente à Lei 9.868/99, outras leis permanecem autorizando a intervenção de entes especializados em processos específicos. Tal é o que sucede, por exemplo, com o CADE, autorizado a intervir em qualquer processo no qual se discuta a aplicação da Lei que regula a ordem econômica (art. 118, da Lei 12.529/11, repetindo o que dispunha o art. 89, da Lei 8.884/94).

⁵ A expressão é de Cássio Scarpinella Bueno (*Amicus curiae no processo civil brasileiro*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 504 e ss.).

⁶ Sobre o assunto, v., entre tantos outros, BUENO, Cássio Scarpinella. Ob. cit., *passim*; BISCH, Isabel da Cunha. *O Amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade. Um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, *passim*; CABRAL, Antonio do Passo. “Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial”. *Revista de direito administrativo*. N. 234, *passim*; USTÁRROZ, Daniel. *A intervenção de terceiros no processo civil brasileiro*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, *passim*.

“amigo da Corte”, assim considerado aquele que – convocado pelo Tribunal ou comparecendo espontaneamente – vem, em condição *imparcial*, contribuir para a melhor solução da controvérsia. Esse sujeito não se liga a nenhum dos polos da demanda, nem lhe interessa o sucesso ou o fracasso da pretensão deduzida no processo. Participa no processo, em regra, na condição de especialista sobre certo assunto, contribuindo para que o Tribunal ou o juiz possa ter melhor visão do problema e, assim, para que ele possa decidir melhor a questão.⁷ Tratando-se de *expert* no tema, normalmente convidado a oferecer alguma diretriz para a solução da controvérsia, não há razão para a aferição da representatividade adequada. A utilidade da participação desse “amigo” está em seu conhecimento técnico ou em sua especialidade em certo tema, de modo que sua intervenção pode ajudar o Tribunal a decidir melhor. Ele é, na verdade, um *terceiro especialista* que vem colaborar diretamente com a Corte no esclarecimento de informações técnicas relevantes.

Ao lado desse, todavia, pode-se ter aquele sujeito (também chamado pela lei de *amicus curiae*) que comparece *no intuito de defender certa posição relevante*, pertencente a alguma coletividade que possa beneficiar-se ou ser prejudicado pela decisão. Trata-se aqui de um *amicus curiae* “interessado”. Aqui, o amigo da Corte se apresenta no objetivo explícito de defender certa orientação ou certa solução para a causa. Sua intervenção se dá – e é muito útil – para ampliar o espectro do debate, aportando ao Tribunal visões diferentes e, eventualmente, interesses não representados pelas partes formais do processo.⁸ É para esses casos que a análise de representação adequada tem alguma utilidade. É imperioso que aquele que se apresenta “em nome de certo direito ou de certa coletividade” de fato *representa os interesses daquele grupo*; fala em nome daquele grupo.⁹ Já para o *amicus* especialista, soa estranho exigir dele “representatividade adequada”, tal como faz a lei, na medida em que sua

⁷ É a esse amigo da Corte que se referia o Min. Teori Zavascki, no conhecido voto proferido a respeito do tema no julgamento dos Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.460/DF, quando ponderava que a participação desse sujeito “ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. A presença de *amicus curiae* no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, conseqüentemente, um direito subjetivo processual do interessado” (STF, Pleno. ADI 3.460/DF-ED. Rel. Min. Teori Zavascki. DJe 11.03.15).

⁸ Esse aspecto foi bem ressaltado pelo Ministro Edson Fachin, ao apreciar o Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.858/DF, ao apontar que, “como é sabido, a interação dialógica entre o STF e pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, que se apresentem como amigos da Corte, tem um potencial epistêmico de apresentar diferentes pontos de vista, interesses, aspectos e elementos nem sempre alcançados, vistos ou ouvidos pelo Tribunal diretamente da controvérsia entre as partes em sentido formal, possibilitando, assim, decisões melhores e também mais legítimas do ponto de vista do Estado Democrático de Direito” (STF, Pleno. ADI 4.858/DF-AgR. Rel. Min. Edson Fachin. DJe 03.04.17). Idêntica é a ponderação do Min. Celso de Mello, ao analisar a ADPF 187 (STF, Pleno. ADPF 187. Rel. Min. Celso de Mello. DJe 29.05.14).

⁹ Sobre a questão, v. Sérgio Cruz Arenhart. “Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes”, *passim*.

intervenção não se dá porque ele representa, de modo adequado, certo interesse em juízo, mas sim porque ele é notório especialista na matéria, sendo por isso capaz de oferecer uma visão acadêmica, científica ou técnica a respeito do assunto. Para esse sujeito, a exigência não pode ser a “representatividade adequada”, mas sim o seu conhecimento notório, o seu reconhecimento pela comunidade (acadêmica, científica ou técnica) e a sua imparcialidade, revelada pela apresentação de qualquer causa que possa comprometer sua isenção na análise da matéria (aí incluído o dever de revelação próprio desse ambiente).

Logicamente, para quem examina essas duas figuras, fica evidente que elas *não podem ser confundidas*. Seja na sua essência, seja em relação à forma de sua intervenção, há diferenças colossais que não podem ser desconsideradas.

Assim, por exemplo, se há algum sentido em imaginar a irrecorribilidade da decisão do relator que admite ou não a intervenção (art. 138, *caput*, do CPC) do *amigo imparcial* – na medida em que sua intervenção só se faz para *auxiliar a Corte a decidir melhor* – a situação muda completamente quando se pensa no amigo parcial. Afinal, se o *amicus curiae* intervém para *representar adequadamente algum grupo ou interesse*, é evidente que sonegar sua participação é (se a participação daquele grupo ou interesse é legítima) infringir a garantia constitucional do contraditório.

O mesmo raciocínio é aplicável quando se pensa na limitação de poderes do amigo, operada pelo juiz ou pelo relator (art. 138, § 2º, do CPC). Se isso tem sentido para o amigo imparcial, é claramente descabido para o parcial, na medida em que isso pode importar ofensa à garantia da ampla defesa.

Dessa forma, vê-se que a legislação processual atual trata, como se fosse uma só figura, dois institutos nitidamente diversos *e que reclamam regimes jurídicos distintos*.¹⁰

¹⁰ O Supremo Tribunal Federal já apontou para a diferença defendida no texto. Todavia, deixou de aplicar a necessária diversidade de tratamento, insistindo em oferecer regime único para as duas figuras. Consignou, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 602.584/DF: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO SUBJETIVO. PEDIDO DE INGRESSO COMO AMICUS CURIAE. INTERESSE INSTITUCIONAL COLABORATIVO E DEMOCRÁTICO. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE JURÍDICA. IRRECORRIBILIDADE. ART. 138 DO CPC. AGRAVO NÃO CONHECIDO. 1. Cabe ao amicus oferecer sua opinião sobre a causa, sobretudo nas questões técnico-jurídicas de maior complexidade. Assim, a tradução literal para “amigo da corte”, ainda que possa ser insuficiente para expressar o papel que desempenha, bem sintetiza a razão de ser eminentemente colaborativa do instituto. 2. O instituto do amicus curiae, historicamente, caracterizava-se pela presunção de neutralidade de sua manifestação, tanto na experiência romano-germânica, quanto na tradição anglo-saxônica. 3. Aos amici cabia apresentar elementos de fato e de direito que, por qualquer razão, escapassem do conhecimento dos juízes, assegurando a paridade de armas entre as partes, atuando de forma presumidamente imparcial. 4. A experiência norte-americana demonstra que os amici curiae ao longo do tempo perderam sua presumida imparcialidade (SORENSEN, Nancy Bage, *The Ethical Implications of Amicus Briefs*, 30 St. Mary’s L.J. 1225-1226. 1999). 5. A Suprema Corte americana alterou sua Rule 37 com o fito de clarificar quais os aspectos aptos a justificar a atuação da figura, independentemente de seus eventuais interesses: “1. A manifestação de amicus curiae que chame a atenção do Tribunal para uma questão relevante que ainda não tenha sido comunicada pelas partes pode ser de grande ajuda para o Tribunal. A manifestação de amicus curiae que não sirva a este propósito sobrecarrega

Em verdade, a confusão entre as duas figuras – enxertadas na ideia ampla de *amicus curiae* – decorre de sua própria origem histórica no direito anglo-americano. O direito inglês antigo servia-se do *amicus curiae* como instrumento de aconselhamento a respeito do emprego de precedentes e leis que pudessem não ser do conhecimento dos magistrados.¹¹ Já no direito norte-americano, a figura sofreu paulatina modificação, para permitir a intervenção em processos judiciais de sujeitos que representariam o interesse do Estado e, posteriormente, até mesmo interesses privados.¹²

Por isso, o instituto que originalmente havia sido concebido para efetivamente colaborar com os magistrados na elaboração da melhor decisão, passou a receber outras funções, desdobrando-se em figura com finalidades distintas, que não podem ser resumidas a um só papel.

Fato é, no entanto, que não se deve confundir a figura do sujeito que intervém no processo a fim de representar determinados interesses ou grupos (que tenham interesse em alguma específica solução para a questão levada a juízo) e a do especialista que atua na Corte

o Tribunal, e sua juntada não é recomendável. A manifestação de *amicus curiae* pode ser apresentada apenas por um advogado admitido a praticar perante este Tribunal, conforme previsto na regra 5.” (Rules of The Supreme Court of The United States. Part VII. Rule 37. Brief for an Amicus Curiae) 6. A doutrina do tema reconhece que há uma multiplicidade de interesses a orientar a atuação do colaborador da Corte, o que não macula a ratio essendi da participação. O eventual interesse individual não pode ser o fundamento a justificar seu ingresso; não se confundindo com o interesse tipicamente subjetivado das partes, nem com o interesse institucional, de viés colaborativo e democrático, que constitui o *amicus* como um representante da sociedade. (Bueno, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2012. p. 121-122). 7. O *amicus curiae* presta sua potencial contribuição com a jurisdição, mas não se submete à sucumbência – nem genérica, nem específica - apta a ensejar o interesse de recorrer da decisão que, apreciando o pedido de ingresso, não vislumbra aptidão contributiva suficiente para a participação no caso concreto. A manifestação do *amicus* não pode ser imposta à Corte, como um inimigo da Corte. 8. O ingresso do *amicus curiae*, a par do enquadramento nos pressupostos legais estabelecidos Código de Processo Civil – notadamente que a causa seja relevante, o tema bastante específico ou tenha sido reconhecida a repercussão geral –, pode eventualmente ser obstado em nome do bom funcionamento da jurisdição, conforme o crivo do relator, mercê não apenas de o destinatário da colaboração do *amicus curiae* ser a Corte, mas também das balizas impostas pelas normas processuais, dentre as quais a de conduzir o processo com eficiência e celeridade, consoante a análise do binômio necessidade-representatividade. 9. O legislador expressamente restringiu a recorribilidade do *amicus curiae* às hipóteses de oposição de embargos de declaração e da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme explicita o artigo 138 do CPC/15, ponderados os riscos e custos processuais. 10. É que o *amicus curiae* não se agrega à relação processual, por isso não exsurge para ele uma expectativa de resultado ou mesmo uma lesividade jurídica a ensejar a recorribilidade da denegação de seu ingresso. O status de *amicus* encerra-se no momento em que se esgota – ou se afere inexistir – sua potencialidade de contribuição ou sugestão (COVEY, Frank. *Amicus Curiae: Friend of The Court*. 9 DePaul Law Review, nº 30. 1959, p. 30). 11. A irrecorribilidade da decisão do Relator que denega o ingresso de terceiro na condição de *amicus curiae* em processo subjetivo impede a cognoscibilidade do recurso sub examine, máxime porque a possibilidade de impugnação de decisão negativa em controle subjetivo encontra óbice (i) na própria ratio essendi da participação do colaborador da Corte; e (ii) na vontade democrática exposta na legislação processual que disciplina a matéria. 12. Agravo regimental não conhecido.” (STF, Pleno. RE 602.584-AgR/DF. Rel. para o acórdão Min. Luiz Fux. DJe 20.03.20)

¹¹ ANDERSON, Helen A. *Frenemies of the Court: The many faces of amicus curiae*. *University of Richmond law review*. Vol. 49, 2015, p. 367; MOHAN, S. Chandra. *The amicus curiae: friends no more?* *Singapore journal of legal studies*. 2010, p. 356; BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, 114.

¹² ANDERSON, Helen A. *Ob. cit.*, p. 368 e ss.; BUENO, Cassio Scarpinella. *Ob. cit.*, p. 116 e ss.

para contribuir com seu conhecimento para a melhor solução da causa, a partir de aportes *técnicos imparciais* que enriqueçam o debate no processo. Reservar-se-á apenas à primeira figura o nome de *amicus curiae*, na medida em que é com esse perfil que os *amici* têm sido comumente admitidos em processos, sobretudo no debate constitucional. O segundo tipo de interveniente é denominado, aqui, de *especialista*, especialmente porque seu papel é o de emprestar a visão técnica de alguma ciência, colaborando para a mais profunda aferição do caso a ser julgado.

Estabelecidas essas premissas, nota-se que a intervenção do amigo da Corte *parcial* (aquele que representa certo interesse específico e determinado no processo) se assemelha mais à intervenção de um terceiro interessado. Ainda que haja particularidades em sua intervenção, não se pode imaginar que sua função no processo – sobretudo no processo constitucional – se revista de função instrutória. Já a intervenção do terceiro especialista ocorre precipuamente para instruir e contribuir com a Corte na formulação de uma decisão mais adequada, mais informada e mais ampla a respeito da questão que lhe é submetida à análise. Por isso, é interessante examinar de que modo e em que limite pode ocorrer a intervenção desse sujeito no processo judicial.

3 O ESTADO DA CIÊNCIA E A MANIFESTAÇÃO DE ESPECIALISTA

Desde logo, é importante notar que o terceiro especialista que intervém no processo – seja no constitucional, seja em outro processo judicial qualquer – não se confunde com a figura do perito judicial, amplamente conhecido. Aqui também se tem um especialista em certa área do conhecimento (que não é do conhecimento do homem médio) ouvido perante o Tribunal. Todavia, ao contrário do que sucede com a intervenção do perito, o papel desse especialista não é o de debruçar-se a respeito de um *fato específico*, tirando a partir dele conclusões a respeito do que ocorreu ou poderá ocorrer. No depoimento de especialista, a função do *expert* é a de oferecer à Corte o *estado da arte* de certo tema em um determinado ramo da ciência.

Assim, por exemplo, se o especialista é chamado para avaliar o estado atual de alguma doença em certo paciente ou os efeitos de certa medicação que possa ser-lhe ministrada, tem-se a análise de *fato* específico, que constitui o campo da prova pericial. Se, porém, esse especialista é chamado para informar o pensamento atual da medicina a respeito das formas de tratamento disponíveis para aquela mesma doença ou das consequências do fumo para o doente de modo geral, espera-se do especialista a apresentação de uma *opinião*

genericamente aceita naquele domínio da ciência a respeito de uma ideia ou de uma prática. Não se trata de avaliar o fato concreto, mas de apresentar o pensamento dominante em certa área do conhecimento a respeito de um tema que possa ser relevante para a definição da questão constitucional.

Examinando os debates ocorridos na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, em que se discutia o aborto de fetos anencefálicos, nota-se que o relator do caso, Min. Marco Aurélio, admitiu a intervenção de vários *amici curiae* que sustentavam posição específica a respeito da matéria – defendendo interesses de grupos determinados – e também de outros sujeitos que emprestaram conhecimento e base científica para a formação da decisão. Assim, ao lado da admissão de entidades que representavam o predomínio do direito à vida (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Frente Parlamentar em Defesa da Vida – Contra o Aborto, Associação Médico-Espírita Internacional e Associação Médico-Espírita do Brasil, por exemplo) e daquelas que defendiam o direito da mulher à escolha na interrupção da gravidez (como foi o caso do representante da Igreja Universal do Reino de Deus e da ONG Católicas pelo Direito de Decidir), foram também admitidos a intervir *diversos órgãos e pessoas especialistas na matéria* (especialmente ligados à medicina), tais como o Conselho Federal de Medicina, a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, a Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, a Sociedade Brasileira de Genética Clínica.¹³

Nesse caso específico, as intervenções de especialistas permitiram esclarecer várias nuances relevantes para a decisão da causa. Conforme se lê do relatório apresentado pelo Min. Marco Aurélio, o Conselho Federal de Medicina narrou os problemas decorrentes da judicialização da medicina e do risco na demora da decisão a respeito da interrupção da gravidez. Além disso, o representante ouvido atentou “para o fato de que parcela dos médicos, não obstante se mostrar favorável à tese de não ser a interrupção da gravidez de feto anencéfalo enquadrável no Código Penal, recusa-se a realizar a intervenção por recluir a responsabilização no âmbito criminal”. A seu turno, o representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia esclarecia que “as mulheres gestantes de feto anencéfalo apresentam maiores variações do líquido amniótico, hipertensão e diabetes, durante a gestação, bem como aumento das complicações no parto o no pós-parto e

¹³ Curiosamente, alguns dos intervenientes “técnicos”, cuja participação deveria dar-se de forma imparcial, acabaram por explicitamente assumir a defesa de uma posição específica ao longo de sua intervenção. É o caso da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, que expressamente defendia a liberdade dos pais em optar ou não pelo aborto diante de diagnóstico de anencefalia. Também é o caso da FEBRASGO que expressamente defendia que o aborto, no caso específico, seria um “direito de cidadania”.

consequências psicológicas severas, com oito vezes mais risco de depressão”. Também oferecendo a visão da ciência a respeito da questão, a Sociedade Brasileira de Medicina Fetal pontuava que é possível “identificar a patologia fetal a partir da oitava semana gestacional, desde que o médico possua razoável conhecimento de embriologia e exista à disposição um bom aparelho de ultrassonografia”. Dizia, ainda que “para a medicina, o feto anencéfalo pode ser considerado natimorto neurológico, diante da inviabilidade de alteração no diagnóstico e de formação de massa encefálica”. Enfim, o representante da Sociedade Brasileira de Genética Clínica mencionou que “a anencefalia é a maior causa de má-formação congênita no primeiro trimestre de gestação e que, a cada três horas, nasce, no Brasil, uma criança anencéfala. Fez comentários, ainda, a respeito de como e por que acontece a anencefalia; quais as más-formações a ela associadas; quando e como pode ser prevenida e qual o papel desempenhado pelo médico geneticista durante todo este processo. Salientou a impossibilidade de doação dos órgãos de feto anencéfalo”.¹⁴

De modo semelhante foram as intervenções de diversos profissionais médicos, também ouvidos em audiência, tais como os drs. Ieda Therezinha, Lia Zanotta Machado, Cinthia Macedo Specian e Dernival da Silva Brandão.

Em todas essas intervenções, o que se vê é que o *amicus curiae* participa *não para defender um ponto de vista de algum grupo determinado, interessado, mas sim para esclarecer dados técnicos a propósito da matéria examinada, oferecendo subsídios para que se profira a melhor decisão possível para o caso.*

Por outras palavras, esses sujeitos não intervêm para sustentar o ponto de vista de algum grupo determinado de interesses na solução do processo. Intervêm como elemento de prova, oferecendo aos julgadores a opinião genérica da ciência a respeito de pontos que podem ser importantes para a formação da convicção judicial.

Nesse sentido, o depoimento de especialista também não deve ser confundido com a chamada perícia informal ou com o *expert witness*, conhecido do direito norte-americano e do processo arbitral. Tanto em uma como em outra forma, tem-se nessas duas figuras exemplos de prova pericial, voltada à demonstração de *atos concretos* que exigem análise especializada. Já no depoimento de especialista, de que aqui se trata, o objeto da prova não são fatos, mas os *conceitos* e o *estado da arte* de certo tema, na visão de alguma ciência.

¹⁴ Todos os trechos mencionados foram extraídos do relatório apresentado pelo Min. Marco Aurélio na ADPF 54 (STF, Pleno. DJe 0.04.13).

4 A PRODUÇÃO DO DEPOIMENTO DE ESPECIALISTA NO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Assim, esses especialistas não comparecem em juízo para examinar tecnicamente um fato específico; comparecem sim para trazer a opinião da ciência a respeito de certa matéria.

Por conta dessa última circunstância, e considerando que a ciência pode muito bem *não ter uma opinião unívoca a respeito da questão*, o depoimento de especialista deve sempre respeitar dois elementos cruciais. Em primeiro lugar, deve sempre submeter-se ao contraditório dos sujeitos participantes do processo, para que estes possam eventualmente refutar o conteúdo do depoimento ou demonstrar que a visão apresentada não é a única ou a mais adequada. Em segundo lugar, deve ser “plural”, no sentido de que, sempre que possível, deve-se estimular a oitiva de *mais de um especialista*, exatamente para que se possa aferir se há ou não unanimidade no pensamento científico trazido a juízo.

Com efeito, é indispensável que o depoimento dos especialistas seja submetido a efetivo e concreto contraditório,¹⁵ de modo que os sujeitos parciais tenham a oportunidade de conhecer previamente o objeto das declarações – para que possam preparar-se para eventuais arguições e mesmo refutações necessárias. Exige-se também que esse contraditório se estenda, obviamente, ao momento da própria produção da prova, quando os especialistas serão ouvidos; isso implica dizer que os sujeitos parciais devem poder participar ativamente da colheita desses depoimentos, se necessário formulando indagações para o esclarecimento de pontos relevantes. Ademais, impõe-se que esse contraditório seja exercido depois da colheita das declarações, de sorte a submeter o conteúdo da opinião oferecida à análise dos sujeitos parciais, que devem poder oferecer argumentos que eventualmente desdizem os depoimentos prestados.¹⁶

¹⁵ O Superior Tribunal de Justiça, examinando a extensão do contraditório em relação ao *expert witness* em processos arbitrais, alude à necessidade de se preservar o “contraditório participativo”. Conforme salientou o julgador, “Por contraditório participativo compreende-se a postura cooperativa das partes para com o árbitro e deste para com aquelas, de modo que a coordenação dos atos processuais e as decisões, ainda que se refiram a matérias cognoscíveis de ofício, sejam exaradas após a oitiva das partes, garantindo-lhes não apenas a informação/ciência a seu respeito, mas, principalmente, a possibilidade de se manifestar, de agir, bem como de influir no vindouro provimento arbitral. Essa salutar e conveniente interação entre as partes e o árbitro impede não apenas a prolação de uma “decisão-surpresa”, mas também obsta, por outro lado, que as partes apresentem comportamento e pretensões incoerentes com a postura efetivamente externada durante todo o diálogo processual travado no procedimento arbitral” (STJ, 3ª Turma. REsp 1.903.359/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe 14.05.21).

¹⁶ É curioso observar que, no caso antes indicado (ADPF 54, referente ao aborto de fetos anencéfalos) os depoimentos de especialistas foram considerados na decisão – e mencionados expressamente no acórdão – sem que tenha havido qualquer contraditório das partes anterior a seu respeito. Ainda que tenha sido aberta oportunidade para alegações finais no processo, não houve um específico momento processual para que essas provas fossem devidamente debatidas pelas partes e também pelos *amici curiae* parciais intervenientes.

De outra parte, para assegurar a idoneidade das opiniões prestadas – e para assegurar que elas realmente revelam o estado da arte daquela específica ciência – é sempre desejável que se autorize o depoimento de mais de um especialista na área. Afinal, em vários ramos da ciência é possível que haja mais de uma corrente de pensamento e, provavelmente, a fim de determinar a ocorrência dessa situação, será útil que esses vários pontos de vista sejam apresentados.

A par de tudo isso, é fundamental para o sucesso dessa prova prestar atenção em quem será o especialista escolhido. Quando se pensa na prova pericial, tradicionalmente se enfatiza a necessidade de que o *expert* escolhido seja alguém da confiança do órgão jurisdicional. Para cá, porém, o realce deve estar em outro elemento: a credibilidade e a relevância do depoente junto à área de especialidade por ele representada.

Assim, menos que a *confiança pessoal* que o órgão jurisdicional deposite no especialista, importa avaliar qual o grau de confiança que ele tem junto à comunidade científica. É imprescindível que o profissional escolhido, realmente, goze de conceito e respeitabilidade amplos em seu meio, o que pode contribuir para que as informações prestadas não reflitam apenas um pensamento pessoal, mas de fato representem a impressão sedimentada daquele ramo da ciência.

Ainda para preservar essa idoneidade do especialista, impõe-se aplicar aqui as mesmas advertências que acima se fez em relação à figura do perito. Para além dessa credibilidade, é sempre importante preservar a imparcialidade desse especialista. Aplicam-se, assim, as mesmas causas de impedimento e suspeição próprias do perito (arts. 467, 148, inc. II e III, 144 e 146, do CPC). Também na mesma linha, impõe-se a observância do dever de revelação, de modo que o especialista indicado deve, antes de prestar o depoimento, apresentar qualquer causa que possa ser vista como impediante da necessária isenção dele esperada.

5 DEPOIMENTOS DE ESPECIALISTAS E PSEUDO-CIÊNCIAS

Tema recorrente no trato das provas científicas – a exemplo da prova pericial e também do depoimento de especialistas, aqui analisado – é a determinação de qual ramo do conhecimento pode ser considerado como ciência para fins probatórios. A questão é relevante porque a história vem demonstrando crescente ampliação no campo das áreas do saber que adquirem ares científicos e, assim, passam a ser tratados como matéria de domínio específico e campos nos quais é possível a obtenção do chamado “conhecimento científico”.

De fato, no passado, as perícias estavam limitadas a poucos e específicos domínios, a exemplo da medicina ou da engenharia. Atualmente, porém, esse campo cresce substancialmente. De um lado, porque tais áreas aprofundaram, sofisticaram e desenvolveram seu conhecimento, o que fez surgir um sem-número de subdivisões e especialidades. De outro, porque o campo das chamadas “ciências flexíveis” (a exemplo da economia, da sociologia e da antropologia) vem paulatinamente ganhando espaço nas provas técnicas¹⁷, sobretudo quando se pensa no controle de constitucionalidade.

Diante dessa realidade, impõe-se pensar em mecanismos aptos a separar aquilo que efetivamente possa ser considerado como ciência (ou “boa ciência”) daquilo que se poderia chamar de pseudo-ciência (ou “má ciência” ou ainda *junk science*¹⁸). Sobretudo em razão da força que tem a prova científica no meio jurídico, é evidente que uma afirmação respaldada por um especialista pode ser decisiva para a solução de uma causa. Se, no entanto, esse especialista não vem ancorado em verdadeiro método científico ou se suas afirmações são mera conjectura e especulação, há enorme chance de que a conclusão judicial seja errada ou tome por verdadeira informação sem nenhum respaldo adequado.

Parece dispensável dizer que essa situação não é exclusiva de falsos cientistas ou de pessoas mal intencionadas. Também cientistas respeitáveis podem incidir nesse mesmo problema, sobretudo quando – valendo-se de sua credibilidade ou notoriedade – apresentam afirmações infundadas, falseiam dados ou simplesmente desconsideram as dúvidas postas pelos seus pares aos estudos propostos. Em outras palavras, tratar da má ciência não é apenas excluir do ambiente da prova técnica as informações trazidas por farsantes ou embusteiros. É também apresentar critérios para que as informações prestadas por especialistas ofereçam o rigor necessário para serem enxergadas como dados confiáveis.

Para prosseguir nesse debate, é impossível não fazer referência ao conhecido caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, examinado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1993. O caso discutia possíveis efeitos deletérios causados pela medicação Bendectin, um medicamento contra náuseas aprovado para uso em mulheres grávidas, que supostamente teria sido responsável pela má-formação de fetos. Superando o entendimento antes firmado – de admitir como prova técnica o conhecimento decorrente da “aceitação geral” da ciência¹⁹ – o caso *Daubert* revela uma tentativa de criar filtros de barreira, capazes

¹⁷ TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. Madri: Marcial Pons, 2014, p. 95.

¹⁸ V., a respeito, HUBER, Peter W. *Galileo's revenge: junk Science in the courtroom*. New York: Basic Books, 1993, *passim*.

¹⁹ O critério da aceitação geral, como prova, de informações que gozassem da “aceitação geral de área relevante” havia sido firmado, nos Estados Unidos, no julgamento do caso *Frye v. United States*, decidido em 1923 (293, F. 1013 (D.C.Cir. 1923)). Este caso examinava a situação de pessoa que havia sido condenada por homicídio e que

de separar o que se possa tomar como ciência “confiável” (boa ciência) da pseudo-ciência. Na forma dos novos parâmetros estabelecidos no caso *Daubert*, a investigação a respeito do caráter científico de alguma afirmação está atrelada à avaliação sobre se a racionalidade subjacente ou a metodologia empregada deve ser considerada como cientificamente válida e à aplicabilidade dessas razões à matéria em exame. A fim de determinar essa viabilidade, dever-se-ia incumbir ao juiz o papel de fiscal na admissão da prova (*gatekeeper*, ou porteiro) competindo-lhe apreciar algumas condições do estudo apresentado, a exemplo dos seguintes: a) se a teoria ou a técnica em questão pode ser (ou já foi) testada; b) se ela já foi submetida à revisão de pares (*peer review*) e à publicação; c) seu índice de erro potencial ou conhecido; d) a existência e manutenção de padrões de controle para sua execução; e e) se ela atraiu a aceitação geral dentro de uma comunidade científica relevante.

Os critérios estabelecidos no caso *Daubert* foram alvo de intenso debate na doutrina norte-americana e acabaram por levar, em 2000, a uma alteração no art. 702 das *Federal Rules of Evidence*, que estendeu esse papel fiscalizatório do juiz a qualquer informação técnica (e não apenas ao depoimento de cientistas) e que especificou alguns critérios concretos para a valoração dessa admissibilidade.²⁰

Os parâmetros fixados no caso mencionado são muito criticados, seja por sua fluidez, seja porque restringem sobremaneira o conceito de ciência para os padrões atuais.²¹ Ainda assim, não há dúvida de que o esforço da Suprema Corte norte-americana em fixar parâmetros para a admissão de uma prova técnica é relevante para demonstrar a necessidade de filtrar as informações supostamente técnicas trazidas para o processo.²²

Desse modo, a aceitação da prova técnica – com o seu valor adequado – pressupõe não exatamente aferir *quem é o especialista que oferece a informação*. Embora esse dado possa ser relevante porque a notoriedade e a credibilidade do técnico podem ser vistas como elemento importante para denotar a qualidade dos dados prestados, ele é insuficiente. Exige-se atenção para a metodologia aplicada, para os dados que embasam as conclusões e

pretendia a aplicação de um tipo de teste (de decréscimo de pressão sistólica) que poderia atestar que suas declarações (de não ter cometido o crime) seriam verdadeiras. O Tribunal de apelação entendeu por recusar a viabilidade do uso da prova, por entender que só se deve aceitar provas técnicas em que a dedução tivesse sido suficientemente estabelecida “*to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs*”.

²⁰ “Rule 702. A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if: (a) the expert’s scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue; (b) the testimony is based on sufficient facts or data; (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.” (a regra está aqui reproduzida em sua redação atual, depois da emenda redacional de 2011).

²¹ V., por uma extensa crítica a esse caso, VAZQUEZ, Carmen. *Prova pericial*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 176 e ss.

²² TARUFFO, Michele. *A prova*, ob. cit., p. 97-98.

para a sujeição daquele conhecimento à área de conhecimento específica. Exige-se, enfim, que se tome *criticamente* essas informações, de sorte a evitar que opiniões pessoais, muitas vezes sem base concreta ou aceitabilidade geral, possam ser vistas como dados incontestáveis da ciência.

Ainda para garantir esse grau “científico” da informação, sempre que possível, deve-se autorizar a participação de mais de um especialista, que pode servir como instrumento de “controle recíproco” da qualidade do conhecimento informado. Essa técnica, eventualmente aliada a outras medidas, pode servir como importante mecanismo para assegurar a qualidade das informações prestadas pelo especialista.

Dentre essas outras medidas, alude-se, por exemplo, à figura da *metaperícia* (ou perícia sobre perícia), em que se usa da realização de prova pericial – formal ou informal – para controlar a exatidão das informações prestadas por informações técnicas anteriores. É o que fez a Suprema Corte de Justiça do Uruguai na análise da Sentença 70/2021. O caso envolvia divergência de duas informações técnicas – uma emitida pela Faculdade de Química da Universidade da República e outra realizada pela Divisão de Laboratórios Veterinários do Ministério da Pecuária, Agricultura e Pesca do Uruguai. Foi então determinada a realização de prova pericial sobre esses dois informes técnicos, o que permitiu ao Judiciário verificar qual das perícias trazia metodologia mais adequada e dados seguros, de sorte a subsidiar a solução da causa. Metaperícias também podem ser empregadas em caso de suspeita de manipulação de dados e de informações contidas em perícias. Nesses casos, a figura exerce verdadeiro papel de controle da precisão das informações técnicas apresentadas pela perícia e podem então servir como filtro para a qualidade das perícias realizadas.

6 ACAREAÇÃO ENTRE ESPECIALISTAS

Ainda no campo da colheita do depoimento de especialistas, é possível cogitar sobre outra prova atípica, consistente na acareação entre peritos e especialistas.

Em muitas situações que reclamem o controle de constitucionalidade ou a aplicação de regras científicas, informações técnicas – seja por meio de análises de fatos determinados, seja pelo aporte do estado de conhecimento de certa área do saber – podem ser decisivas para a solução do caso. No entanto, pode suceder que, convocado especialista (para realizar a prova pericial ou para prestar depoimento, na forma vista no item anterior), a questão ainda não esteja suficientemente elucidada. Isso pode ocorrer porque, tanto pela intervenção dos sujeitos parciais, como pela análise crítica do Judiciário, não se tem segurança a respeito da

adequação da metodologia empregada, da suficiência das informações ou dados coletados ou mesmo das conclusões oferecidas.

Em tais casos, pode-se pensar na elaboração de segunda perícia (art. 480, do CPC) ou de metaperícia (tal como visto no item antecedente). Em alguns casos, porém, isso poderá implicar a indefinida nomeação de novos *experts* para o esclarecimento das provas anteriores, em um indesejável círculo vicioso que poderia forçar, a cada nova manifestação técnica, a elucidação por outro especialista das informações presentes nas conclusões anteriores.

Outra solução, então, que pode ser útil é a acareação de especialistas. Essa figura consiste em colocar, frente a frente, os especialistas com visões diferentes, a fim de esclarecer suas manifestações e permitir ao Judiciário e aos sujeitos parciais avaliar o conteúdo de cada uma das manifestações.

6.1 A acareação de especialistas em outros sistemas jurídicos

A acareação de especialistas não é medida comum nos ordenamentos jurídicos atuais. A ampla maioria dos sistemas jurídicos evita enfrentar o problema, na esperança de que esse tipo de situação nunca ocorra.²³

Todavia, como visto, a ciência nem sempre é capaz de oferecer respostas precisas e uniformes a todos os problemas e situações. Ademais, pode haver casos em que vieses cognitivos impactem o juízo do *expert* e façam com que suas informações ou conclusões venham contaminadas. Por isso, é sim mais do que necessário que se trate dessa possibilidade de acareação.

O direito inglês é um dos poucos ordenamentos em que a medida é expressamente regulada. Nos termos do art. 35.12, das *Civil Procedure Rules*, é admissível que o Tribunal, em qualquer fase do processo, ponha os peritos em debate sempre que for necessário “a) identificar e discutir as questões técnicas no processo; e b) quando possível, atingir uma opinião concordante sobre essas questões”. Para perfectibilizar essa discussão, a regra ainda permite que os peritos possam preparar declarações para a Corte, fixando os pontos em que há concordância ou não. E, ademais, prevê-se também que, mesmo que os peritos cheguem a um acordo a respeito das questões técnicas postas, essa concordância não é vinculante para as partes (salvo quando elas convencionem de forma diversa). A *Practice Direction 35*, a sua vez, esclarece que a função desse debate não é a de permitir que os especialistas resolvam o caso posto a julgamento, mas aparem as divergências em suas manifestações técnicas,

²³ VAZQUEZ, Carmen. *Prova pericial*, ob. cit., p. 454.

especialmente para esclarecer a extensão da concordância entre suas opiniões e dos pontos de divergência (com razões breves para esses desacordos), para sugerir a adoção de ações que possam ser adotadas para a solução dessas divergências e para apresentar eventuais questões relevantes não apontadas anteriormente, bem como a extensão de sua concordância a seu respeito (item 9.2). O comando ainda determina que, se um dos peritos alterar substancialmente sua opinião, deve apresentar manifestação que explique adequadamente essa mudança.

Também o sistema australiano conhece há muito tempo a figura do *concurrent evidence* (também conhecido como “*hot-tubbing*”).²⁴ Possivelmente o berço da medida, o sistema australiano começou a desenvolver esse instrumento nos anos 1970s, recebendo legislação positivada entre 2005 e 2006. A medida consiste em um debate, presidido pelo juiz, em que os especialistas, as partes, seus advogados e o próprio juiz, em que se pretende identificar arestas na prova técnica realizada, buscando formas de apará-las. Não sendo possível chegar a um acordo, ao menos se consegue a informação qualificada prestada pelos especialistas, sem as formalidades próprias do processo, filtrada pelo contraditório dos demais sujeitos.

Por outras palavras, os especialistas sentam-se lado a lado, determinando a questão em conjunto, formulando perguntas reciprocamente e dialogando com o juiz e as partes. Levados pelo tom de uma certa informalidade, os participantes conseguem assim otimizar a análise técnica realizada, focando nos aspectos mais importantes e aclarando as diferenças e convergências entre as manifestações técnicas realizadas.

A prática, dado seu sucesso, acabou por disseminar-se ainda em outros países de *common law*, como Hong Kong, Singapura, Nova Zelândia e Canadá. Também constitui medida comum em cortes arbitrais e internacionais. A prática, porém, não é disseminada em países de *civil law*, onde a prova pericial tende a ser tratada com rigor e formalismo.

A metodologia, porém, não é infensa a críticas. Alguns autores²⁵ sugerem que essa informalidade pode conduzir a uma prova superficial, na medida em que os peritos estão premidos pelo tempo e precisam responder rapidamente aos questionamentos postos. Dado que a medida busca encontrar consenso, é também possível que os temas não sejam

²⁴ Em verdade, a doutrina tradicionalmente aponta a Austrália como o berço dessa lógica de realizar a prova pericial em conjunto, permitindo aos especialistas que debatam amplamente o objeto da prova técnica (v., assim, YARNALL, Megan A. “Dueling scientific experts: is Australia’s hot tub method a viable solution for the American Judiciary?”. *Oregon law review*. Vol. 88, p. 312, 323 e ss.). V., na mesma linha, WELCH, Scott. “From witness box to the hot tub: How the ‘hot tub’ approach to expert witness might relax an American finder of fact”. *Journal of international commercial law and technology*. Vol. 5, n. 3, 2010, *passim*;

²⁵ EDMOND, Gary. “Merton and the hot tub: scientific conventions and expert evidence in Australian civil procedure”. *Law and contemporary problems*. Vol. 72, n. 1, 2009, p. 170 e ss.

suficientemente problematizados entre os especialistas, sobretudo quando houver alguma relação de hierarquia ou de reverência entre eles. Sob outro viés, essa mecânica pode levar à falsa impressão de que o conhecimento científico é sempre unívoco e capaz de conduzir a uma única “verdade dos fatos”. Por fim, esse debate pode também ocultar a questão da escolha dos peritos, fazendo supor que o debate possa ser sempre suficiente para reduzir as divergências (quando, por vezes, esses vieses cognitivos estão na base do próprio conhecimento de cada um dos especialistas).

6.2 A acareação de especialistas no direito brasileiro

No regime previsto pelo código de processo civil, apenas se prevê a acareação entre testemunhas e partes (art. 461, inc. II, do CPC). No campo do processo penal, mesmo analisando a figura prevista no art. 229, do CPP, vê-se que a legislação apenas se interessa pela acareação entre “acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas”. Logo, também perante aquele regime, a acareação entre *experts* deve ser qualificada como prova atípica, não possuindo regulamentação legal no direito brasileiro.

Poder-se-ia imaginar que a figura tivesse apoio na perícia informal, de que tratam os §§ 2º a 4º, do art. 464, do CPC. Note-se, todavia, que ali não se trata da hipótese de um “confronto” entre especialistas, mas apenas na oitiva de um só *expert*, de regra escolhido pelo juiz, sobre o ponto controvertido. Também, portanto, aquele preceito não acolhe a figura em apreço.

Embora carente de disciplina legal, é evidente a utilidade da medida. Particularmente no campo do controle de constitucionalidade – e diante de informações técnicas relevantes – colocar frente a frente dois especialistas que apresentam visões ou versões distintas do dado ou do conhecimento científico pode ser de relevância extrema. Diante desse interesse e dado o fato de que não há proibição à sua realização, é de se admitir a possibilidade de recorrer a esse expediente.²⁶

²⁶ A jurisprudência brasileira é oscilante a respeito da admissão dessa modalidade de acareação. Há julgados que concluem que, à falta de previsão legal, ela não deve ser deferida (v.g., TJRJ, 4ª Câmara Criminal. AP 0007567-59.1995.8.19.0000. Rel. Desembargador Adolphino Ribeiro. DJe 2.10.95; TJSP, 31ª Câmara de Direito Privado. AP 0180355-84.2009.8.26.0100. Rel. Desembargador Paulo Ayrosa. DJe 05.08.14) e há decisões que entendem viável seu emprego, ao menos em tese (v.g., STJ, 5ª Turma. REsp 628.730/SP. Rel. Min. Gilson Dipp. DJU 13.06.05, p. 333; TJRS, 18ª Câmara Cível. AI 7005.6837032. Rel. Desembargador Pedro Celso Dal Prá. DJe 16.10.13). De regra, porém, mesmo nesses últimos casos a tendência dos tribunais é de não enxergar relevância nessa medida.

Na falta de disciplina específica, essa acareação deve ocorrer na forma regida pelo art. 461, §§ 1º e 2º, do CPC. Assim, os *experts* – apontados pelo órgão jurisdicional e pelos sujeitos parciais, indistintamente – serão questionados a respeito dos pontos controvertidos, especialmente de modo a evidenciar os elementos de convergência e de divergência entre eles. O objetivo é o de propiciar o adequado esclarecimento dos fatos ou das opiniões lançadas. Se necessário, é possível o emprego de videoconferência ou de outros recursos tecnológicos (na esteia, aliás, do que também prevê o art. 464, § 4º, do CPC, para a perícia informal), desde que essas ferramentas não encubram o necessário debate que se espera da acareação.

Não se deve supor, de todo modo, que a partir da acareação as divergências sejam *sempre* resolvidas. Em verdade, o conhecimento científico nem sempre permite levar a *uma única conclusão verdadeira*, seja sobre o estado de arte da ciência, seja sobre a determinação de um fato específico. O fundamental é que, por meio dessa prova, se consiga determinar a possível existência de mais de uma opinião ou orientação válida para a questão, os fundamentos para tanto e as consequências dessa divergência.

Com base nessas informações, tem-se lastro mais seguro para a determinação do fato ou da opinião científica relevante. Se a divergência for sanada, então se terá a determinação de uma só voz científica, que permite resolver adequadamente o ponto a ser resolvido em juízo. Se não o for, tem-se a presença de divergência fundada no campo científico, que poderá permitir ao Judiciário avaliar qual das orientações deve ser adotada. Até mesmo, em casos extremos, essa situação poderá levar à impossibilidade de o Judiciário substituir-se ao conhecimento especializado e, talvez, à inviabilidade de resolver o caso constitucional de modo definitivo.

7 APOIO TÉCNICO PARA A SOLUÇÃO DE QUESTÕES JURÍDICAS

Ao concluir esta breve análise, deve-se ter por certo, como acentua Luiz Guilherme Marinoni²⁷, que o processo constitucional depende em grande medida da análise de fatos e de conceitos técnicos.

Para esse fim, é preciso que os processos que reclamem o controle de constitucionalidade – ou mesmo que demandem a apreciação abstrata de textos normativos – sejam permeáveis às técnicas tradicionais instrutórias e também a novos mecanismos, que possam traduzir ao Judiciário elementos que lhe são normalmente desconhecidos.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. “Fatos constitucionais e prova”. *Coletivização e unidade do direito*. Vol. III. Londrina: Toth, 2022, *passim*.

Nessa linha, o papel do *amicus curiae* desempenhado por um terceiro especialista é fundamental. Ele não pode ser confundido com o *amicus* parcial, que defende certo interesse específico no processo, mas deve ser enxergado como importante elemento instrutório, que pode oferecer ao Judiciário a visão geral do estado da arte da ciência, o que pode contribuir para uma decisão mais segura a respeito de questões complexas. Seu regime jurídico deve assemelhar-se (embora não se identificar) ao tratamento do perito, porque também o especialista figura como sujeito “imparcial” no processo, alinhado com a perspectiva de colaborar com a confecção de uma melhor decisão para a causa.

Para esse objetivo, importa sobretudo avaliar a imparcialidade desse sujeito e seu reconhecimento e trânsito na comunidade científica. Esses são os dados que o habilitam a trazer, da forma mais ampla, plural e completa possível, a visão científica do problema, que pode ser importante para que o Judiciário decida questões difíceis que, em grande medida, envolvam áreas espinhosas das várias ciências (naturais ou sociais).

Mais do que o *expert* que oferece, na prática, a última palavra a respeito de *fatos específicos de índole técnica*, o terceiro especialista deve funcionar como uma luz para o Judiciário, clareando conceitos e debates existentes no meio acadêmico, científico e técnico. Esclarecido o alcance do que realmente ocorre nesse ambiente, sem dúvida, o Judiciário terá a percepção mais exata da dimensão de sua decisão e de possíveis repercussões decorrentes da solução escolhida.

Isso, por certo, contribuirá para uma atuação mais consistente, consequente e adequada do Judiciário na solução da controvérsia, o que inquestionavelmente leva a um aperfeiçoamento da atividade dessa instituição e a uma mais ampla legitimação social.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Helen A. Frenemies of the Court: The many faces of amicus curiae. *University of Richmond law review*. Vol. 49, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. “Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes”. *Processos estruturais*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

BISCH, Isabel da Cunha. *O Amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade. Um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. “Pelos asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial”. *Revista de direito administrativo*. n. 234.

EDMOND, Gary. “Merton and the hot tub: scientific conventions and expert evidence in Australian civil procedure”. *Law and contemporary problems*. v. 72, n. 1, 2009.

HUBER, Peter W. *Galileo’s revenge: junk Science in the courtroom*. New York: Basic Books, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. “Fatos constitucionais e prova”. *Coletivização e unidade do direito*. Vol. III. Londrina: Toth, 2022.

_____. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: RT, 2021.

MITIDIERO, Daniel. *Processo constitucional: do controle ao processo, dos modelos ao sistema*. São Paulo: RT, 2022.

MOHAN, S. Chandra. The amicus curiae: friends no more? *Singapore journal of legal studies*. 2010.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. Madri: Marcial Pons, 2014.

USTÁRROZ, Daniel. *A intervenção de terceiros no processo civil brasileiro*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

VAZQUEZ, Carmen. *Prova pericial*. Salvador: JusPodivm, 2021.

WELCH, Scott. “From witness box to the hot tub: How the ‘hot tub’ approach to expert witness might relax an American finder of fact”. *Journal of international commercial law and technology*. v. 5, n. 3, 2010.

YARNALL, Megan A. “Dueling scientific experts: is Australia’s hot tub method a viable solution for the American Judiciary?”. *Oregon law review*. v. 88, n. 1, p. 311-340, 2009.

