

A prova e a valoração da prova pré-programadas para evitar decisões não racionais no âmbito das disputas interempresariais

João Carlos Adalberto Zolandeck 05/04/2018

Cotidianamente o empresário está focado em estratégias para trazer resultados ao seu negócio (lucro), evidentemente ancorado por uma estrutura jurídica capaz de lhe dar tranquilidade na gestão.

Por deveras difícil que a atividade empresarial esteja imune a obstáculos decorrentes de eventuais litígios, pois a vida é movimento e a partir da ampla teia de relacionamento vivenciada pela empresa no dia-a-dia, mediante o estabelecimento de contatos e contratos com clientes, fornecedores, funcionários ou sócios, poderá derivar, disso, algum tipo de litígio (disputa), mas como tratar da questão sem repercussão importante que possa abalar a estrutura organizacional?

Abrindo parêntese e ao lado disso, transformando este texto quase que em um pequeno colóquio, fiquei impressionado com a tarefa escolar da minha filha de 15 anos, Ana Beatriz Schon Zolandeck, cursando o 2º ano do Ensino Médio, que me indagou sobre as decisões que tomamos com base na razão e as decisões que tomamos com base na imaginação/emoções, e o grande desafio dela era demonstrar o ponto de encontro destas duas ponderações, ou seja, quando que as decisões tomadas com emoção podem ser racionais e vice-versa. A dedicação dela sobre o assunto nos impressionou, e o aprofundamento derivou de um diálogo com um jovem juiz, Tiago Gagliano Pinto Alberto, que logo manifestou que essa questão é das mais tortuosas possíveis para a compreensão do funcionamento não apenas da tomada de decisão, mas também da visão sobre o funcionamento do mundo. Dizia que a divisão entre esses dois eixos, a razão e a imaginação, sendo esta representada por emoção, intuição ou qualquer outro tipo de pensamento que não seja de certa forma controlável, é, desde sempre, controversa no que tange à descoberta do nosso funcionamento interno. Naquela oportunidade sustentou, o dileto amigo, que a discussão permeia diversos campos do conhecimento, como a filosofia, a psicologia, o *marketing* e a própria lógica, ambiente mais cientificista e estruturado que se possa imaginar^[1].

Fechando parêntese, no ambiente empresarial, devem-se evitar decisões não racionais, não controláveis, não lineares e não dedutíveis relacionadas a outras formas de pensar. Esse controle deve espraiar efeitos para dentro dos contratos interempresariais com o objetivo de evitar consequências danosas ao princípio da preservação da empresa e do negócio, diante da importância que o funcionamento dessa engrenagem representa para o desenvolvimento do país.

É nesse ponto que o controle sobre a prova e como ela será valorada é fundamental, justificando-se a prova pré-programada, especialmente em razão da inexistência no CPC de uma metodologia científica para a valoração da prova. Hoje o nosso sistema está vinculado a um juízo subjetivo de valor, a partir do princípio da persuasão racional, com variáveis e vieses, onde a tomada de decisão poderá sofrer a influência de opções pessoais do julgador, inclusive, intuitivas, ficando as partes à mercê de um risco muito mais acentuado.

Tiago Gagliano, já citado acima, quando da sua exposição oral a respeito da tese de pós-doutoramento, com a certeza de que, tanto a sua tese de doutorado como a de pós-doutorado trarão ecos para o aprimoramento da jurisdição, sustentou que, em matéria probatória, o Brasil importou a teoria da carga dinâmica, como uma receita de bolo, pois o CPC resume-se a questões procedimentais de modalidade e de colheita da prova, sem a robustez da investigação científica para o desvendamento de verdade processual, portanto, relativa^[2].

Todavia, cabe lembrar que é a partir dela (a prova) que o julgador formará o seu convencimento e a sua convicção sobre a existência ou inexistência de um ato ou fato, portanto, valorar a prova adequadamente e segundo critérios racionais é de suma importância para a solução proveitosa da disputa.

Neste contexto, Marinoni e Arenhart, que militam muito bem neste tipo de pensamento, explicam sobre o

controle da racionalidade do raciocínio judicial, no sentido da importância da atribuição de critérios racionais justificáveis e controláveis. Citando TARUFO, explicam que a escolha da melhor das versões tem por base dimensões analíticas e sintéticas oriundas do raciocínio, cabendo ao juiz preferir a versão ancorada nas provas. Explicitam: “*se o que interessa é a melhor estória, é claro que a decisão do juiz, para ser considerada racional, deve escolher aquela que seja mais coerente e congruente*”[3].

Trabalhar no contrato a observância de critérios científicos de valoração da prova não é tarefa fácil e depende muito do tipo de prova que será produzida. Tomemos como exemplo a prova pericial. Pelo nosso sistema o juiz avaliará livremente a prova pericial, não estando, inclusive, adstrito, vinculado ao laudo.

As partes, porém, podem fixar parâmetros científicos para a valoração da prova pericial e para a aplicação do resultado no caso concreto. Nesse contexto, podem ser elencados, por exemplo, os seguintes pressupostos:

- 1) “As técnicas e teorias científicas utilizadas para obter dados e conclusões foram já utilizadas previamente, são relevantes e estão geralmente aceites pela comunidade científica internacional.
- 2) As técnicas utilizadas foram aplicadas segundo os padrões e normas de qualidade vigentes.
- 3) O laudo contém informação sobre o nível de erro e sobre a graduação de variabilidade e incerteza dos dados obtidos através da técnica ou teoria científica utilizadas.
- 4) O laudo deve sustentar-se em suficientes factos e dados, não devendo o perito bastar-se com meras amostras ou elementos colhidos de forma incompleta ou precipitada”[4].

Em notas, o autor citado faz a justa lembrança de um caso emblemático, *Daubert vs Merrel Dow Pharmaceuticals*, por meio do qual, em 1993, o Juiz Americano Blackmun ditou um tratado sistêmico de epistemologia, com o propósito de elencar os critérios a que o juiz deve ater-se para admitir ou excluir os meios de prova científicos apresentados pelas partes[5].

Como diz Soares, “*este conjunto de critérios objetivos permite ao juiz, na ausência de conhecimentos científicos equiparáveis ao do perito, formular um juízo sobre o mérito intrínseco e grau de convencimento a atribuir ao laudo pericial*”[6].

Sabe-se que o CPC/15 (artigo 190), para efeito de questões que admitam autocomposição, permite a formalização do negócio jurídico processual para convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antecipadamente ou durante o processo.

As regras processuais eram tidas, até então, como indisponíveis e o processo, alçado à categoria de direito público, mas tal fato se modificou, tendo o CPC/2015 alterado substancialmente esse paradigma, diante da ampliação dos poderes do juiz e das partes no que toca à gestão do processo[7].

Deste modo, a resposta é afirmativa quanto à possibilidade de se optar por método (s) científico (s) de valoração da prova, para solucionar litígios decorrentes de contratos interempresariais, conforme a premissa preambular, mas não só, também nas questões societárias, enfim, tudo o que estiver dentro dos limites e no leque do tema proposto e das atividades empresariais geradoras de disputas, inclusive concorrenciais.

Nada impede, por exemplo, que, em um contrato de aquisição de um importante ativo (equipamento industrial) para a cadeia produtiva, possa-se prever a prova técnica pericial de engenharia mecânica para identificar eventuais defeitos, apurar a responsabilidade pelos prejuízos decorrentes da paralização da atividade e fixar critérios de valoração da prova, vinculando o juiz a critérios racionais de averiguação dos fatos, portanto, sequenciais e controlados.

Conclui-se com a resposta afirmativa quanto a essa possibilidade e estratégia certamente vinculada ao resultado esperado pelos empresários, com a mensagem de que o alcance do tema proposto vai muito além, cabendo desdobramentos futuros.

- [1] ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. Diálogos. Interpretação livre.
- [2] ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. Apresentação oral. PUC/PR: Pós-Doutorado, 2018. Interpretação livre.
- [3] MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 334-340.
- [4] SOUSA, Luís Filipe Pires de. A valoração da prova pericial. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. Revista Portuguesa do Dano Corporal, 2016, p. 14-15. Disponível <<https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/43557/1/A%20valoracao%20da%20prova%20pericial.pdf>>. Acesso em 04/04/2018.
- [5] SOUSA, Luís Filipe Pires de. Obra citada, p. 13. Os critérios propostos pelo Juiz Blackmun são quatro: a) a controlabilidade ou falsificabilidade da teoria científica ou da técnica em que se fundamenta a prova; b) a percentagem de erro conhecido ou potencial, assim como o cumprimento dos padrões correspondentes à técnica empregue; c) a publicação da teoria ou técnica em questão em revistas submetidas ao controle de outros peritos; d) a existência de um consenso geral da comunidade científica interessada (em notas p. 13).
- [6] SOUSA, Luís Filipe Pires de. Obra citada, p. 15.
- [7] AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo, 2015. p. 132.

Imagem Ilustrativa do Post: Malhete // Foto de: [Fotografia cnj](#) // Sem alterações

Disponível em: <https://flic.kr/p/Em7XZc>

Licença de uso: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

O texto é de responsabilidade exclusiva do autor, não representando, necessariamente, a opinião ou posicionamento do Empório do Direito.