

contrária, ou seja, a destruição da prova, acima examinada, ou (ii) por violação dos deveres de cooperação por um dos litigantes.

No primeiro caso, pode-se convocar a dinamização do ônus, atentando-se para as circunstâncias do caso (no sentido de evitar a criação de uma *probatio diabolica* reversa), sendo digno de nota que a doutrina inclusive autoriza o juiz a literalmente inverter o ônus probatório^{229, 230}. Já no segundo caso, convém distinguir: se a desobediência aos deveres de cooperação apenas *dificultou*, mas não *impediu* a produção da prova pela parte onerada, ou seja, se a recusa em colaborar visa a dificultar a posição da outra parte na produção da prova, a solução parece estar na cominação das sanções por comportamento processual improbo; porém, se a recusa inviabiliza a produção da prova, novamente se está no campo próprio da dinamização, passando-se da mitigação do ônus (*iis quae difficilioris sunt probatoris leviores probationes admittuntur*) à inversão propriamente dita²³¹, solução de que o Código Civil brasileiro ocupou-se *incidenter tantum*, ao prescrever que “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame” (art. 232). O ônus dinâmico permitiria chegar ao mesmo resultado em via geral.

Convém ressaltar, entretanto, que a dinamização do ônus não pode, como mencionado, derivar na consagração de uma *probatio diabolica* reversa. Note-se que o ônus dinâmico não fica autorizado só pela gravidade dos danos reclamados, tampouco implica o estabelecimento de presunções de circunstâncias ou fatos. O que se objetiva é apenas sua redistribuição fundamentada e racional, segundo a posição dos litigantes na relação de direito material e no episódio fático, à luz de eventuais transgressões aos deveres de colaboração ou, ainda, em face da inviabilização culposa da prova em detrimento da parte onerada.

Ao lado dos requisitos materiais, convém observar-se por igual os requisitos procedimentais à sua aplicação. De fato, caso dinamizado o ônus após o encerramento da instrução, sem oportunizar aos litigantes a produção de prova, complementar ou não, ter-se-ia situação de ofensa ao princípio do contraditório. Confira-se, no ponto, o magisterio de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “inadmissível sejam os litigantes surpreendidos por decisão que se apoie em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido. O tribunal deve, portanto, dar

229. Cf. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 182 e ss.

230. No que se refere à prova documental, o art. 400 do CPC determina que: Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se: I – o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398; II – a recusa for havida por ilegítima. Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatorias para que o documento seja exibido.

231. Nesse sentido, LOPES DO RÉGO apud RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 184.

conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo (...). Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador (...) não dispensa a previa ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio em homenagem ao princípio do contraditório²³². É dizer, o juiz, caso entenda por bem dinamizar o ônus, deverá previamente intimar as partes a respeito, fundamentando sua decisão, sob pena de caracterizar-se *retroatividade oculta*. Somente assim se poderá conciliar a dinamização com o princípio da segurança jurídica, como, na matéria, preconizava Rosenberg²³³.

9. Ciências novas e diversidade de métodos

A formulação de *Daubert*, como já visto, foi pensada originariamente em termos de ciências duras, com as quais o conceito de prova científica estava originalmente vinculado. Como mencionado, isso pode ser comprovado a partir dos conceitos de Hempel e Popper expressamente invocados no *decisum*.

Paulatinamente, porém, a aplicabilidade dos fatores *Daubert* foi-se expandindo²³⁴, e, como assinalou Taruffo, “outra questão muito importante que se vincula com a definição do âmbito de aplicação do conceito de prova científica se refere às ciências chamadas sociais, humanas ou *soft*”²³⁵, como a psicologia, a sociologia, a economia, a assistência social²³⁶, as quais poderiam ser agregadas a epidemiologia²³⁷ e a antropologia²³⁸, entre várias outras.

232. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1997. p. 137.

233. ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: IBdeF, 2002. p. 85.

234. Sobre a expansão dos critérios *Daubert*, v. § 6º, *supra*.

235. TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 242.

236. A perícia social é amplamente utilizada, por exemplo, no direito previdenciário, para definir a miserabilidade: “A comprovação do requisito da carência de recursos à subsistência está sujeita à avaliação realizada pelos assistentes sociais, a qual restará documentada no competente Laudo Social” (v.g., Apelação Cível 00412589720074039999, Rel. Des. Mônica Nobre, 7ª Turma do TRF3, e-DJFE 13.09.2013), bem como no direito de família, para resolver questões de guarda: “O laudo social visa a averiguar a situação fática e se estão sendo atendidas as necessidades dos adolescentes, no caso, na residência paterna, onde residem. Não é o único meio de convicção do juízo, trata-se apenas de um elemento de convicção útil, que o julgador pode solicitar quando bem lhe aprouver, mas que não o vincula” (TJRS, Agravo 70057406993, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 13.11.2013).

237. O uso da epidemiologia como prova tem um histórico bastante acidentado, malgrado sua relevância em casos de responsabilidade por vício de produto no setor farmacêutico, ate porque poderá ser a única disponível em algumas hipóteses. Nesse sentido, Susan Haack assinala que, progressivamente, mas em especial a partir de *DeLuca v. Merrell Down Pharm*, assentou-se a chamada regra do dobro do risco, ou seja, a prova

Assim, atualmente, o conceito de prova pericial estende-se para vários setores de investigação e conhecimento, os quais, sem dúvida, subsumem-se a um conceito ampliado e moderno de ciência, dando lugar às perícias psicológicas,

- epidemiológica só se mostra admissível se evidenciar que o risco de determinado dano é dobrado em consequência a certa substância. Nesse sentido, o "Manual de Referência em Prova Científica", elaborado pelo Centro Judicial Federal, apresentava a seguinte diretriz: "as cortes tem confrontado o papel que a epidemiologia desempenha relativamente à suficiência de prova. O ônus civil é descrito como requerendo o julgador do fato de acreditar que o que deve ser provado é mais provável do que não. O relativo risco num estudo epidemiológico pode ser adaptado ao *standard* de 50% *plus* para configurar uma probabilidade de que um agente causou uma doença em alguém. O limiar para concluir que um agente foi mais provavelmente que não a causa de uma doença é um risco relativo maior que 2.0" (HAACK, Susan. *Evidence matters*. New York: Cambridge University Press, 2004. p. 270). Posteriormente, na edição de 2000, essa mesma publicação defendia que "um número expressivo de cortes em diversos casos de substâncias tóxicas tem aceitado este raciocínio", qual seja, "de que o limiar para concluir que um agente é mais provavelmente que não a causa de uma doença é 2.0. Um risco relativo de 2.0 implica uma probabilidade de 50% que o agente causou a doença. Riscos maiores do que 2.0 permitem uma inferência de que a doença do autor foi mais provavelmente que não causada pelo agente". Uma aplicação desse preceito, aliás, foi feita justamente no rejuízo do caso *Daubert* pelo Circuito Federal (43 F3d 1311 (9th Cir. 1995)). Nessa oportunidade, o juiz Kozinski escreveu que "em termos de prova estatística, isto significa que o autor deve estabelecer não apenas que o risco de má-formação aumentou pela ingestão, por sua mãe, de Bendectin, mas, também, que ele dobrou – apenas então pode ser dito que mais provavelmente que não o Bendectin é a fonte do dano". Ainda assim, não se pode afirmar que essa regra é definitiva, porque várias cortes resistem em sua aplicação quantitativa e automática (ibidem, p. 282), razão pela qual, em sua edição de 2011, o Federal Judicial Center também relativizou sua assertiva, assentando, agora, que "enquanto esse raciocínio tem certa lógica tanto quanto possível, há um número significativo de *caveats* e pressuposições que requerem explicação".
238. Conforme Liliana Damaris Pabón Giraldo, "frente ao tema, Taruffo indicou que é necessário diferenciar a boa ciência da má ciência ou pseudociência, porque afirma que dentro da ciência se fala de ciências duras, como a genética, a bioquímica, a epidemiologia, a toxicologia, entre outras; mas, também, de ciências *soft*, como a psicologia, a sociologia, a psiquiatria, a economia, entre outras; nas quais é importante verificar segundo o autor a qualidade e a fiabilidade dos informes científicos que apresentam: porque dentro de muitas delas há má ciência, ciência *junk* ou pseudociência ou ciências não científicas, nas quais se apresentam erros, mal-entendidos, utilização de dados falsos, pouco fiáveis que pretendem ser cientificamente corretos, mas que realmente não são. Além de não utilizar um método ou técnica científica, que carecer de validade e portanto não são provas fiáveis. A maneira de exemplo menciona a grafologia, a análise de impressões digitais e o uso de máquinas de verdade, que são ciências forenses que não podem ser consideradas como ciência de acordo com os *standards* geralmente aceitos" (GIRALDO, Liliana Damaris Pabón. De la prueba científica: un problema contemporáneo del derecho probatorio. *Dereito probatório*: temas atuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 26).

econômicas – v.g., no julgamento de atos de concentração pelo CADE²³⁹, contábeis²⁴⁰ e antropológicas²⁴¹, que também reclamam métodos adequados de valoração pelo juiz²⁴², sob pena de desviar o processo, estatal ou arbitral, de uma resolução justa.

Exemplificativamente, o TRF da 5ª Região analisou hipótese em que se atribuiu a sociólogo realizar "perícia antropológica, sem limitações à atuação do perito, determinando que a pesquisa aborde aspectos antropológicos, históricos, sociais

239. Ian Ramalho Guerriero assinala a dificuldade dos julgamentos do CADE, diante da necessidade de lidar com projeções e dados cobertos de incerteza. Trata-se de um terreno fértil para a aplicação da doutrina Daubert, atribuindo ao julgador a função de guardião da prova pericial, de modo a evitar que o *junk science* acabe orientando o julgamento (GUERRIERO, Ian Ramalho. Modelos e simulação na análise antitruste: teoria e aplicação nos casos Nestlé-Garoto e CVRD. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. v. 15, jan. 2007. p. 163).
240. Pense-se, por exemplo, na verificação da consistência e efetividade de programas de integridade (*compliance*), previstos na Lei 12.846/2013, para fins de aplicação das penalidades da Lei Anticorrupção.
241. Decidiu o Superior Tribunal de Justiça no âmbito de processos infracionais: "*Habeas corpus*. Estupro. Menores indígenas. Ausência de laudo antropológico e social. Dúvidas quanto ao nível de integração. Nulidade. Somente é dispensável o laudo de exame antropológico e social para aferir a imputabilidade dos indígenas quando há nos autos provas inequívocas de sua integração à sociedade. No caso, há indícios de que os menores indígenas, ora pacientes, não estão totalmente integrados à sociedade, sendo indispensável a realização dos exames periciais. É necessária a realização do estudo psicossocial para se aferir qual a medida sócio-educativa mais adequada para cada um dos pacientes. Ordem concedida para anular a decisão que determinou a internação dos menores sem a realização do exame antropológico e psicossocial" (HC 40.884/PR, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. 07.04.2005, DJ 09.05.2005, p. 445). No âmbito cível, igualmente, a perícia antropológica tem sido utilizada: "Processual civil. Indenização. Ibulho possessório. Prejuízos decorrentes de ocupação de terras por grupo indígena. Legitimidade passiva da União e da Funai. Sentença extintiva do feito. Necessidade de perícia antropológica. Sentença anulada. 1. A jurisprudência tem sinalizado, em diversas oportunidades, que a perícia antropológica constitui o elemento técnico de convicção do juízo, no tocante à aferição da integração do indígena à civilização e, portanto, de sua capacidade para responder por danos causados por seus indivíduos. Precedentes: Superior Tribunal de Justiça, HC 40.884/PR, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. 07.04.2005, DJ 09.05.2005, p. 445; Superior Tribunal de Justiça, HC 30.113/MA, Rel. Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma, j. 05.10.2004, DJ 16.11.2004, p. 305; TF 1ª Região, AC 0017283-28.2006.4.01.3600/MT, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Rel. Conv. Juiz Federal Avio Mozar Jose Ferraz de Novaes, 5ª Turma, e-DJF1 p. 314 de 31.07.2008. 2. Sentença anulada. 3. Apelação parcialmente provida para anular a sentença e determinar a produção da perícia antropológica, a fim de apurar o grau de aculturação do grupo indígena causador dos danos à propriedade dos apelantes" (AC 200933100006050, Rel. Juiz Marcelo Dolzany da Costa, 6ª Turma do TRF1, pub. e-DJF1 17.12.2012, p. 530).
242. Entenda-se, ao juiz estatal, arbitral e, de forma geral, administrativo.

e econômicos" de determinada comunidade, "dentre outros que o perito considere importantes", considerando a Corte Federal, nesse caso, que "o perito nomeado não tem nenhuma relação com a antropologia", isso porque sua dissertação de mestrado e tese de doutorado não guardariam estreita conexão com a questão indigena, tampouco as disciplinas por ele ministradas como docente²⁴³.

Ao abarcar sob o conceito de prova científica perícias dessa natureza, dificuldades adicionais somam-se à tarefa do julgador, pois "é evidente que não lhe são aplicáveis os mesmos controles de verificação empírica, de cálculo e de verificação quantitativa comuns às ciências naturais", recorrendo-se, não por acaso, à "distinção entre ciências da explicação e ciências da compreensão", daí porque "quando se utilizam no processo provas científicas que pertencem à área das ciências humanas, são requeridos critérios adequados para valorar a fiabilidade dos conhecimentos que o juiz deveria utilizar para determinar a verdade dos fatos"²⁴⁴.

Institutos novos no direito processual brasileiro tornam, pois, imperiosa a reflexão a respeito do tratamento a ser dado a esses elementos científicos. Exemplo paradigmático está na chamada audiência pública, prevista tanto em sede administrativa²⁴⁵ quanto judicial²⁴⁶, encontrando inclusive previsão no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal²⁴⁷, penetrando, assim, na cognição do magistrado inúmeros elementos provindos das mais variadas áreas do conhecimento²⁴⁸.

243. AI 103148/CE, Rel. Des. Federal Manuel Maia, 2ª Turma do TRF5, j. 09.03.2010.

244. TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 242.

245. Lei 9.784/1999, art. 32: "antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo".

246. Art. 983, § 1º, do CPC.

247. Segundo o art. 21, XVII, do RISTF, compete ao Relator do processo "convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante", debatidas no âmbito do Tribunal. Nesse sentido, no julgamento da ADPF 54/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 12.04.2012, DJe 29.04.2013, o Supremo Tribunal Federal ouviu vários especialistas na questão da anencefalia, tanto sob a perspectiva médica quanto moral, ética, religiosa e sociológica, cujos elementos tiveram de ser valorados por ocasião do julgamento. Consignou o Ministro Marco Aurélio que "numa democracia não é legítimo excluir qualquer ator da arena da definição do sentido da Constituição". Sobre o debate público na determinação de significado do texto constitucional, HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

248. É o que sucede em setores de elevada judicialização, como na dispensação de medicamentos (sobre a judicialização da saúde, ver PETRYNA, Adriana. *When experiments travel: clinical trials and the global search for human subjects*. United Kingdom: Prince-

Segundo assinala Goodwin, as divergências já principiam na própria terminologia empregada pelas ciências sociais ou humanas. Tornam-se bastante comuns referências a "síndromes" e "perfis", para indicar, de um lado, um conjunto de sintomas sofrido por alguém, e, de outro, características atribuídas a uma pessoa. Exemplos da primeira categoria são "síndrome da criança abusada", "síndrome da vítima de sequestro", ao passo que exemplos de perfis seriam "perfil do abusador sexual"²⁴⁹. A questão que se põe, evidentemente, diz respeito à pertinência da aplicação dos dogmas estabelecidos em *Daubert*.

Shelton afirma que "existe uma questão subjacente quanto a saber se *Daubert* ou até mesmo *Frye* se aplicam às ciências do comportamento como um todo (...)"²⁵⁰. De fato, muitos cientistas defenderam durante décadas que o método por eles adotado era idêntico ao das chamadas ciências duras, "mas agora alguns cientistas do comportamento estão lutando ativamente para escapar dos critérios de *Frye* ou *Daubert*, sob o argumento de que alguns princípios da aceitação geral ou da validade e confiabilidade científica não seriam aplicáveis"²⁵¹.

Pois bem, segundo Goodwin, "nas cortes federais – nas quais *Daubert* é utilizado – a questão sobre a aplicabilidade de *Daubert* para as ciências humanas foi decidida pela Suprema Corte em *Kumho Tire Co. v. Carmichael*²⁵². *Kumho* decidiu que *Daubert* deveria aplicar-se para determinar a confiabilidade e a admissibilidade de todas as provas científicas, incluindo perícias baseadas em pesquisas psicológicas ou em ciências sociais".²⁵³ A questão, pois, transfere-se para a qualificação de uma

ton University Press, 2009, p. 150 e ss.). Uma tentativa de explicar as controvérsias sobre direitos constitucionais (como o direito à saúde) pelo que denomina marco histórico, marco filosófico e marco teórico, em defesa do neoconstitucionalismo, BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito* (o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil). Disponível em: [www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf]. Acesso em: 03.07.2017. Em sentido oposto, criticando o neoconstitucionalismo e suas premissas, ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan.-mar. 2009. Disponível em: [www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf]. Acesso em: 03.07.2017.

249. Goodwin, Robert J.; GURULÉ, Jimmy. *Criminal and scientific evidence: cases, materials, problems*. 2. ed. New York: LexisNexis, 2002. p. 400.

250. SHELTON, Donald E. *Forensic science in court: challenges in the twenty-first century*. USA: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2001. p. 107.

251. SHELTON, Donald E. *Forensic science in court: challenges in the twenty-first century*. USA: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2001. p. 107.

252. 526 US 137 (1999).

253. Goodwin, Robert J.; GURULÉ, Jimmy. *Criminal and scientific evidence: cases, materials, problems*. 2. ed. New York: LexisNexis, 2002. p. 409.

perícia como científica ou não, a partir dos critérios exemplificativos identificados em *Daubert*.

Nesse sentido, Goodwin exemplifica com *US v. Rincon*, 28 F.3d 921 (9th Cir. 1994), em que o acusado pretendia ouvir um professor de psicologia para demonstrar as falhas a que estava sujeita a memória daqueles que haviam procedido ao reconhecimento do acusado²⁵⁴. O Tribunal concluiu, aplicando *Daubert*, que "Rincon não logrou produzir prova suficiente seja de que o depoimento está baseado em conhecimento científico, seja de que iria auxiliar o julgador de fato no caso particular"²⁵⁵, excluindo a prova.

Porém, essa não é uma posição totalmente pacificada, porquanto em *People v. McDonald*²⁵⁶ decidiu-se de forma contrária, acentuando-se que "quando o depoimento se relaciona a fatores psicológicos que afetem a exatidão de um reconhecimento, os tribunais têm mostrado relutância em admiti-la (...). Nós nos perguntamos se essa relutância permanece justificada". Segundo esse mesmo precedente, "é importante distinguir entre depoimento de um *expert* e prova científica. Quando uma testemunha dá a sua opinião pessoal – mesmo que ela se qualifique como um perito –, os jurados podem temperar a aceitação do seu testemunho com um saudável ceticismo, nascido do seu conhecimento de que todos os seres humanos são falíveis. Mas o contrário pode ser verdadeiro quando a prova é produzida por uma máquina: como muitas pessoas leigas, jurados tendem a atribuir um excepcional grau elevado de certeza à prova derivada de um mecanismo aparentemente científico, instrumento ou procedimento. Ainda, a aura de infalibilidade que normalmente circunda a prova científica pode obscurecer o fato de que ela seja experimental"²⁵⁷. Aqui, portanto,

254. No caso, "se permitido, Dr. Pezdek explicaria aos jurados, entre outras coisas, as três fases do reconhecimento, identificação, incluindo percepção e codificação, armazenamento, retenção e elaboração da informação. Dr. Pezdek também testemunharia quanto ao efeito dos vários fatores psicológicos de cada fase, incluindo *stress*, o estado de espírito do observador, instantaneidade, sugestionabilidade e identificações étnicas cruzadas. Ele também testemunharia no sentido de que pesquisas empíricas contradizem inúmeras noções gerais a respeito de reconhecimentos".

255. 526 US 137 (1999).

256. *People v. McDonald*, 690 P.2d 709 (Cal. 1984).

257. Cf. Donald E. Shelton, os Tribunais são relutantes em admitir esse tipo de prova, tendo alguns inclusive criado uma regra proibitiva *per se* (SHELTON, Donald E. *Forensic science in court: challenges in the twenty-first century*. USA: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2001. p. 109). Conforme assinala esse autor, "nos Estados que adotam *Daubert*, presumivelmente, haverá poucas dúvidas depois de *Kumho* e *Joiner* que suas prescrições aplicam-se às ciências sociais. No voto de *Daubert*, o Juiz Blackmun citou, com aprovação, várias vezes, a decisão em *US v. Downing*, no qual o assunto foi a admissibilidade do depoimento de um psicólogo em relação à confiabilidade de um reconhecimento visual". V. *US v. Downing*, 753 F.2d 1224 (1985).

como a decisão expressamente afirma, não seria de aplicar-se o referencial *Frye* ou *Daubert*.

Na verdade, como já foi visto, *Daubert* é uma regra vinculativa na jurisdição federal, sendo que muitos estados ainda adotam a regra *Frye*. No âmbito de *Daubert*, a maioria da doutrina entende que seus critérios são também aplicáveis às ciências sociais, a partir da decisão proferida em *Kumho*; já no âmbito da regra *Frye*, a questão não se coloca com idêntica clareza. Como anota Sheldon, "obviamente, nem *Daubert* nem *Kumho* controlam as cortes estaduais, perante as quais a maioria dos casos criminais é julgada. Alguns Estados, que ainda utilizam um teste tipo *Frye*, decidiram que ele simplesmente não se aplica às ciências comportamentais. Em *People v. Beckley*, 434 Mich. 691 (1990), a Suprema Corte de Michigan entendeu que a versão estadual de *Frye*, conhecida como *Davis/Frye*, simplesmente não se aplica à ciência do comportamento. É obscuro se outros Estados que adotaram *Frye* seguirão a linha de raciocínio de *Beckley*. Michigan, mais recentemente, tornou-se Estado que adota a regra *Daubert*"²⁵⁸.

Fato é que, em vários domínios, a utilização de ciências sociais tem sido admitida pela jurisprudência, inclusive americana. Nesse sentido, no âmbito dos litígios envolvendo concorrência desleal, é frequente o uso de laudos analisando o requisito da confundibilidade dos consumidores, a partir de uma série de pesquisas empíricas, entrevistas e estatísticas. Entende-se, nesse sentido, que as "marcas constituem uma forma não usual de propriedade, na qual a validade da propriedade depende da reação de terceiros pessoas (isto é, consumidores) mais do que nos índices tradicionais de propriedade como posse", sendo uma questão sempre presente a caracterização da "confusão dos consumidores", quando se alega concorrência desleal.

Monahan e Walker, reconhecidos autores na matéria, tem sido cada vez mais comum a utilização de pesquisas de opinião, a fim de verificar se a marca de um concorrente pode ou não induzir em erro o consumidor²⁵⁹. Igualmente, "o uso das ciências sociais no direito da propriedade intelectual não é, de forma alguma, limitado à determinação da confusão dos consumidores. A Lei *Lanham* também

258. Conforme assinala Donald E. SHELTON, "nos Estados que adotam *Daubert*, presumivelmente, haverá poucas dúvidas depois de *Kumho* e *Joiner* que suas prescrições aplicam-se às ciências sociais. No voto de *Daubert*, o Juiz Blackmun citou, com aprovação, várias vezes, a decisão em *US v. Downing*, no qual o assunto foi a admissibilidade do depoimento de um psicólogo em relação à confiabilidade de um reconhecimento visual" (SHELTON, Donald E. *Forensic science in court: challenges in the twenty-first century*. USA: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2001, p. 108). V., *US v. Downing*, 753 F.2d 1224 (1985).

259. MONAHAN, John et al. *Social science in law: cases and materials*. 5. ed. New York: Clarendon University Press, 2002. p. 95.

proíbe a concessão de uma marca que seja excessivamente genérica e permite o cancelamento de uma marca válida de um termo que se torne genérico. (...) Exemplos de termos que se tornaram genéricos são aspirina, celofane, thermos. Exemplos de termos que foram apontados como genéricos mas foram mantidos pelas cortes são Coke, Levi's, Polaroid e Teflon. A prova através da ciência social é normalmente utilizada para determinar se um termo é uma designação comum para um tipo de produto feito por várias companhias ou se é associado pelo público com um tipo particular de fabricante ou produtos. Outro campo de aplicação diz respeito à análise das mensagens subliminares e às percepções dos consumidores²⁶⁰.

Entre os vários casos, merece destaque o acórdão *Zippo*, que teria marcado a introdução da prova de pesquisa como método normal de provar confusão entre consumidores²⁶¹. A questão deslocou-se para a aceitação ou não da metodologia empregada nessas pesquisas, o que corresponde já à segunda camada de análise. A propósito, em interessante caso envolvendo a pizzeria *Domino*, o 5º Circuito Federal entendeu que "existem vários defeitos na pesquisa, que reduzem seu valor probatório. Primeiro, o mais importante fator ao estabelecer a validade de uma pesquisa de opinião é a adequação do universo entrevistado, isto é, as pessoas que foram entrevistadas devem representar as opiniões que são relevantes ao litígio"²⁶².

No caso *Bacardi v. New York Lighter*, a conhecida fabricante de rum *Bacardi* acusava o réu de haver reproduzido sua marca em isqueiro *Bacardi*, levando os consumidores a acreditarem que se tratava de idêntica marca. O juiz Seybert assentou a necessidade de que fossem observados os seguintes aspectos em se tratando de pesquisas de opinião: "1) que o universo seja definido adequadamente; 2) que uma amostra desse universo tenha sido selecionada; 3) que as questões a serem feitas tenham sido concebidas de maneira clara, precisa e sem induzir resposta; 4) que procedimentos corretos de entrevista tenham sido seguidos por entrevistadores competentes, que não tenham conhecimento do litígio ou da finalidade da pesquisa; 5) que a informação obtida tenha sido relatada com exatidão; 6) que a informação tenha sido analisada de acordo com preceitos estatísticos aceitáveis; 7) que a objetividade de todo o processo tenha sido assegurada"²⁶³.

260. MONAHAN, John et al. *Social science in law: cases and materials*. 5. ed. New York: Clarendon University Press, 2002. p. 124-125.

261. *Zippo Manufacturing Co v. Rogers Imports, Inc.*, 216 F Supp. 670 (1963).

262. *Amstar Co. v. Domino's Pizza*, 615 F.2d. 252 (1980). Essa ideia foi retomada, posteriormente, em *Exxon Corp. v. Texas Motor Exchange of Houston*, 628 2d. 500 (1980), na qual "o segundo fator a ser avaliado ao estabelecer a validade de uma pesquisa é a adequação do universo".

263. *Bacardi v. New York Lighter*, 54 U.S.P.Q. 2d 1335.

Monahan ainda cita como campo propício à introdução das ciências sociais a verificação ou não da ocorrência de danos, do que seria exemplo *Harolds Stores Inc v. Dillard Department Stores*²⁶⁴, bem como elementos normativos inerentes à própria responsabilidade civil, com ênfase para a previsibilidade dos danos. Nesse sentido, os cientistas sociais poderiam auxiliar os tribunais nos "casos de responsabilidade civil, quando um dano previsível não tenha sido prevenido", sendo *Tarasoff* o *leading case* normalmente citado²⁶⁵.

Outro campo em que as ciências sociais são normalmente convocadas consiste no estabelecimento dos perfis para a repressão do tráfico em aeroportos, o que pode apresentar sérias implicações constitucionais, caso não haja justa causa para uma abordagem²⁶⁶.

Por fim, Monahan examina os diversos casos em que se pretendeu introduzir em juízo prova de costumes e aspectos culturais dos envolvidos, com destaque para *State v. Kargar*. Tratava-se de um refugiado afgão processado por assédio sexual, sendo comprovado durante seu julgamento que o ato era não só aceitável, como comum perante sua cultura de origem²⁶⁷.

Torna-se assim francamente admissível a introdução de perícias atinentes às ciências sociais de uma forma geral, ponto no qual, aliás, o CPC não inovou. Tal

264. 82 F.3d. 1533, (1996). Basicamente, *Harolds* acusou *Dillard* de vender em suas lojas camisetas que infringiam criação da primeira, com preço inferior. Uma das alegações da *Harolds* consistia no fato de que o prejuízo também incidia sobre consumidores prospectivos, que deixaram de frequentar as lojas *Harolds*, o que fora feito com base em uma pesquisa de opinião. O Tribunal, no ponto, manteve nos autos tal prova, entendendo que "a pesquisa é probatória, relevante para o assunto da infração ao *copyright*. Os autos também refletem que *Harolds* apresenta uma fundamentação adequada para admitir a pesquisa", formulada a partir de "um adequado universo de respondentes".

265. *Tarasoff v. Regents of the University of California*, 17 Cal. 3d. 425, 131 Cal. Rptr. 14, 551 P.2d. 334 (1976). Tratava-se de analisar a responsabilidade de um terapeuta que não reportou a possibilidade de seu paciente vir a atentar contra a vida de um terceiro, sob enfoque de que seria previsível tal ocorrência não prevenida culposamente por aquele. Também em *Thompson v. County of Alameda*, 27 Cal. 3d. 741, 167 Cal. Rptr. 70, 614 P.2d. 728 (1980), discutiu-se a responsabilidade do município ao não notificar a vítima de que um preso estaria sendo liberado sob fiança, ocasião em que veio a matar a vítima.

266. A criação de perfis pode ser posta em discussão sob vários enfoques. Seja como for, as cortes analisam, na espécie, "a fundamentação empírica da decisão de selecionar certos motoristas para uma verificação mais profunda", ou a abordagem feita nos pontos de *check-in* de aeroportos, consoante *United States v. Martinez-Fuerte*, 428 US 543 (1976), 96 S.Ct. 3074, 49 L.Ed. 2d. 1116 e *State v. Ochoa*, 112 Ariz 582, 544 P. 2d. 1097 (1976).

267. 679 A. 2d 81 (1996).

qual a ideia que presidiu a decisão *Kumho*, o art. 156 autoriza a introdução da perícia não apenas quando um conhecimento científico *stricto sensu* seja necessário, mas, também, quando se trate de um conhecimento *técnico*, no que, folgadoamente, as ciências sociais ou *soft* se incluem, a elas aplicando-se, assim, as exigências emanadas dos critérios *Daubert*.