

A AUTORIDADE CIENTÍFICA DA PROVA PERICIAL NA PERSECUÇÃO PENAL: O LAUDO CONVENCE PORQUE TEM AUTORIDADE, OU SÓ TEM AUTORIDADE PORQUE CONVENCE?

MURILO STRÄTZ*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Contornos legais da prova pericial no Brasil e em Portugal; 3. A suposta autonomia da prova pericial face à dimensão jurídica do processo; 4. O prestígio jurídico de que a ciência passou a desfrutar a partir de *Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals*; 5. Para refutar a fundo uma conclusão pericial, os juízes precisam ser peritos?; 6. Como valorar conclusões periciais?; 7. Conclusão.

RESUMO: Trata-se de um estudo acerca do papel, da autoridade e dos graus de autonomia e de persuasão racional que a prova científica ostenta na persecução penal, tanto na fase pré-processual (inquérito policial) quanto na ação penal propriamente dita.

PALAVRAS-CHAVE: prova científica; perícia; independência; valoração.

ABSTRACT: This is a study about the role, authority and degrees of autonomy and rational persuasion that a scientific evidence plays in criminal prosecution, both in the police investigation phase and in the criminal process course.

KEYWORDS: scientific evidence; expertise; independence; valuation.

* Advogado da União (membro efetivo da Advocacia-Geral da União – AGU), pós-graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB), Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Minho (Portugal) e em Direito Público pela Universidade de Bordeaux (França), Coordenador acadêmico, na Escola da Advocacia-Geral da União no Rio de Janeiro (EAGU/RJ), de Direito Processual e Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, Revisor (parecerista) *Ad Hoc* da Revista Eletrônica de Direito Processual da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Revista Brasileira de Arbitragem (RBA), professor da Escola da AGU e dos Cursos de Pós-Graduação *lato sensu* da UERJ em Direito Processual Civil e em Advocacia Pública. Pesquisador junto ao “Laboratório de Justiça – JusLab”, vinculado ao Centro de Investigação em Justiça e Governança (JusGov).

1. INTRODUÇÃO

O trabalho principia por delinear os contornos legais e dogmáticos da prova pericial no Brasil e em Portugal, encerrando uma breve microcomparação.

A partir daí, aborda-se a fundamentação de um artigo que defende a plena autonomia da prova pericial em face da opinião dos operadores do Direito (e, em especial, do delegado de polícia, nos inquéritos presididos por essa autoridade), como se a obra de autoria do perito constituísse um contributo pronto e acabado à persecução penal.

Relata-se, em seguida, o prestígio jurídico de que a ciência passou a desfrutar a partir do caso “Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals”, concluído pela Suprema Corte dos Estados Unidos no ano de 1993, para demonstrar que este foi o ponto de inflexão na valorização e na sistematização das provas científicas.

Na sequência, passa-se a demonstrar que os juízes não precisam ser peritos para adentrarem o mérito dos trabalhos periciais, aquilatando-se, inclusive, os seus critérios científicos, fundamentos técnicos e métodos epistêmicos.

Ao final, tendo em mente as considerações desenvolvidas ao longo do trabalho, defende-se que os juízes passem a valorar os trabalhos periciais não só a partir de uma tradicional e reverente perspectiva *externa* (enquanto leigos), mas também sob um prisma *interno*, a fim de que afirmem a qualidade intrínseca ao laudo e não sejam induzidos em erro (*defence attorney's fallacy*) por laudos pouco rigorosos ou argumentos falaciosos.

2. CONTORNOS LEGAIS DA PROVA PERICIAL NO BRASIL E EM PORTUGAL

No Direito Processual Penal brasileiro, é obrigatória a realização de perícia sempre que a infração penal deixar vestígios, sob pena de nulidade processual, na forma do que estabelece o artigo 564, III, “b”¹, combinado com o artigo

1 “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

(...)

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

(...)

b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167.”

158, *caput*², ambos do Código de Processo Penal (CPP) vigente no Brasil. Outrossim, a queixa ou a denúncia não será recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito, caso o crime tenha deixado vestígio, de acordo com o art. 525³ daquele CPP.

Na forma dos artigos 6, VII⁴, e 184⁵ do CPP brasileiro, é discricionária a realização de perícia, de modo que caberá à autoridade policial, no inquérito, ou ao juiz, no processo criminal, determiná-la para esclarecimento de eventuais dúvidas, salvo se se tratar de infração penal que deixe vestígios, situação em que a prova pericial é obrigatória. Também é obrigatória a realização de perícia quando for impugnada a autenticidade da letra e firma de documentos particulares, conforme dispõe o art. 235⁶ do CPP.

Já o Código de Processo Penal de Portugal prevê, em seu art. 151⁷, a realização de perícia “quando a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”.

Como se vê, a legislação portuguesa parece ser um pouco menos rígida que a brasileira no que tange à obrigatoriedade de produção de prova pericial.

Mas, quanto ao grau de vinculação que a prova pericial deve gerar no convencimento judicial, o Direito Processual Penal português estabelece uma presunção legal em favor do exame técnico feito pelo perito, a qual pode, no entanto, ser afastada de modo fundamentado pelo juiz, *verbis*:

2 “Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”

3 “Art. 525. No caso de haver o crime deixado vestígio, a queixa ou a denúncia não será recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito.”

4 “Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:
(...)
VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias.”

5 “Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.”

6 “Art. 235. A letra e firma dos documentos particulares serão submetidas a exame pericial, quando contestada a sua autenticidade.”

7 “Artigo 151. Quando tem lugar
A prova pericial tem lugar quando a percepção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos.”

“Artigo 163.º Valor da prova pericial

1 - O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador.

2 - Sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência.”

O art. 182 do Código de Processo Penal brasileiro, por sua vez, estabelece que o “juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”.⁸

Mas, embora não prevista expressamente, é indiscutível, no Brasil, a necessidade de fundamentação da decisão judicial que se afaste do laudo pericial, vez que haurida do próprio texto constitucional brasileiro, cujo art. 93, IX, exige do Poder Judiciário que sejam “fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.⁹

Assim, malgrado o CPP de Portugal seja explícito nesse ponto, pode-se dizer que os ordenamentos português e brasileiro comungam semelhante opção legal sobre o grau de vinculação gerado pelo pronunciamento pericial no resultado do processo penal. Nesse sentido se manifesta a jurisprudência lusitana¹⁰, ao atestar que a presunção contida no inciso I do artigo 163 do Código de Processo Penal de Portugal é exatamente aquilo que se lê: uma mera presunção, por natureza sempre passível, portanto, de ser afastada pelo juiz, desde que o faça de modo fundamentado, obviamente. E tal presunção, conforme ensina Rosa Vieira Neves¹¹, pode ser ilidida não apenas por razões

8 “Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.”

9 “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

10 Maria João Lourenço cita, como representativo dessa jurisprudência, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05 de maio de 1993, no qual se reafirma a necessidade de fundamentação da recusa judicial em acatar a opinião do experto (Maria João Lourenço, “Prova pericial científica: análise comparada dos regimes jurídicos de Portugal e dos EUA.” *In Scientia Iuridica*: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LXVII, n.º 348, Setembro/Dezembro 2018, pp. 347-368, p. 350, nota 7).

11 Rosa Vieira Neves, *A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)*. (Coimbra: Coimbra Ed., 2011), 93-94.

formais, mas também por motivos de ordem substancial, vale dizer, relativos ao mérito propriamente dito sobre a qualidade, menor ou maior, dos trabalhos realizados pelo perito.

O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em acórdão proferido em 21 de janeiro de 2016, reafirma sua jurisprudência no sentido de que a prova pericial possui um valor reforçado por lei em comparação aos demais meios de prova, o que não a torna, porém, detentora de caráter persuasivo absoluto. Afirma tratar-se de “prova vinculada, tarifada, pré-constituída” e que, por essa razão, conferir-lhe o mesmo peso atribuído aos demais tipos de prova equivaleria a “contornar a imposição legal, que se apresenta como corolário de que o julgador, contra o pensamento positivista, não é portador de um saber enciclopédico e universalista”.¹²

Quanto à metodologia utilizada pelos expertos, também o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em acórdão extenso (só a emenda contém 38 parágrafos) e mais recente (datado de 03 de abril de 2019), bem esclarece que nem toda opinião de especialista pode ser considerada prova pericial, já que, *verbis*:

“Não podem valer como prova pericial, e revestir o valor reforçado que lhe é próprio, as diligências que não tenham observado os formalismos prescritos pelos arts. 151.º e seguintes do CPP, não podendo, em especial, ser consideradas perícias, no sentido jurídico-processual do termo, as declarações subscritas por profissionais de determinadas áreas, como seja a medicina, que frequentemente são juntas aos processos pelos sujeitos processuais particulares, tendo em vista a demonstração de factos que lhes aproveitam, elaborados por pessoas da sua escolha.”¹³

Feitas essas considerações dogmáticas de ordem *formal* sobre a necessidade e o impacto da prova pericial para a persecução penal em Portugal e no Brasil,

12 Proc. n.º 1008/08.3GCSTS, Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, Rel. Exmo. Sr. Cons. Armindo Monteiro, j. 21-01-2016. Disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/criminal2016.pdf> Acesso em 13-12-2021.

13 Proc. n.º 38/17.9JAFAR.E1.S1, Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, Rel. Exmo. Sr. Cons. Manuel Augusto de Matos, j. 03-04-2019. Disponível em: https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2020/04/criminal_sumarios_2019.pdf Acesso em 13-12-2021.

passa-se agora a examinar a autoridade científica e a dimensão *material* ou *substancial* desse meio probatório no convencimento dos atores jurídicos, em especial, dos magistrados responsáveis pela decisão judicial.

3. A SUPOSTA AUTONOMIA DA PROVA PERICIAL FACE À DIMENSÃO JURÍDICA DO PROCESSO

Sabe-se que o Direito, em geral, e o processo judicial, em particular, são pontos de passagem obrigatórios para o que se denomina de “ciência forense”, já que esta, diferentemente das demais formas de aplicação do conhecimento científico, só se realiza por meio do fenômeno jurídico, nele instituindo tanto o seu ponto de partida (premissas) quanto o de chegada (inferências). Sob a perspectiva da ciência forense, a produção da prova pericial dá-se no ambiente do discurso jurídico, devendo assim observar suas premissas e seus condicionantes; e a realização da justiça, em contrapartida, dá-se no ambiente do discurso científico, devendo assim observar sua metodologia.

Como resultado dessa interação, tem-se o que Boaventura de Sousa Santos já havia há décadas diagnosticado, de maneira crítica, como um *isomorfismo* entre Direito e ciência, dada a relação a cada dia mais estreita de dominação que se observa entre a racionalidade cognitivo-instrumental desta e a racionalidade moral-prática daquele, de modo a apresentar afirmações normativas como se fossem científicas, e afirmações científicas como se fossem normativas. Deveras, o catedrático português, criticando o que chama de “veredicto científico-legal”, ensina que a relação entre Direito e ciência é “fruto de uma transformação isomórfica do primeiro num *alter ego* da segunda”.¹⁴

Na interação entre o caráter universal do conhecimento científico e as particularidades de cada sistema jurídico, com suas especificidades nacionais e por vezes até regionais, observa-se uma constante necessidade de adaptação dos pretensiosos postulados da ciência a contextos normativos peculiares.

14 E completa seu raciocínio afirmando que “[E]ste isomorfismo e a consequente circulação de sentido dão lugar a processos sociais que funcionam como experiências simbólicas de fusão, configurações de sentido que combinam de modo complexo elementos da ciência e do direito” (Boaventura de Sousa Santos, *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4.^a ed. (São Paulo: Cortez, 2002), 53.

Com efeito, inúmeros aspectos limitadores – tais como, por exemplo, a “integridade da cadeia de custódia”¹⁵ – impõem sérias restrições à aplicação pura e simples de procedimentos científicos que costumam ser regularmente realizados em laboratórios sob condições epistemológicas ideais.

A discussão maior enceta-se, porém, quanto ao grau de autonomia que deve ser atribuído à prova científica produzida em âmbitos regidos pelo Direito, vale dizer, nos estritos limites de um processo judicial e de uma investigação policial ou ministerial.

Em recente artigo intitulado “Laudos periciais na fase pré-processual da persecução penal”, os peritos criminais federais Marcos Camargo e Levi Costa afirmam que os laudos periciais “desenvolvem as provas em sua plenitude e instruem, de forma autônoma e independente, o processo penal, zelando para que esteja alicerçado em elementos objetivos, dotados de robustez científica e apartados de linhas investigativas”.¹⁶

Como fundamento dessa afirmação, aduzem que não deve haver relação de dependência¹⁷ entre o laudo pericial e o inquérito policial, tampouco subordinação dos trabalhos periciais às linhas de investigação definidas pela autoridade que preside ao inquérito, pois o laudo inserido no processo poderá servir tanto em favor da acusação quanto da defesa, em homenagem à busca da verdade real, ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal.

15 Para que uma prova possa ser aceite judicialmente, deve ser demonstrada a integridade da sua cadeia de custódia, isto é, a comprovação documentada de sua trajetória desde o momento da recolha dos vestígios no local do crime, ou de amostras em laboratório, até a sua apresentação final perante a autoridade competente, com a identificação dos responsáveis pela salvaguarda do material em cada uma das fases dessa trajetória. O modo pelo qual certas evidências são recolhidas na cena do crime ou fornecidas pela vítima, bem como a forma com que são posteriormente acondicionadas e tratadas, interferem definitivamente no valor probatório que o laudo pericial ostentará [Susana Costa, Helena Machado, Filipe Santos, “A base de dados de perfis de DNA em Portugal. Questões sobre a sua operacionalização”, In *A Ciência na Luta contra o Crime – Potencialidades e Limites* (organizada por Susana Costa e Helena Machado), (Lisboa: Húmus, 2013), 99-118, p. 108].

16 Marcos Camargo e Levi Costa, “Laudos periciais na fase pré-processual da persecução penal”. Publicado em 20/01/2020 no *Consultor Jurídico*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-20/marcos-camargo-laudos-periciais-fase-pre-processual>. Acesso em 20/10/2021.

17 “Tanto no âmbito pré-processual, quanto na seara processual, não é difícil perceber, por todo o exposto, que a característica absolutamente independente do laudo pericial em relação ao inquérito policial – e, como decorrência, a autonomia técnico-científica das conclusões neles erigidas – previne a possibilidade de abusos de autoridade, configurando, antes de tudo, garantia à sociedade que repercute, ao fim e ao cabo, no robustecimento da justiça criminal no país.” (Ibidem).

Na visão desses autores, a independência e a imparcialidade¹⁸, que a legislação brasileira lhes rigorosamente impõe, militam no sentido de que não apenas o delegado, mas também todos os demais profissionais do direito envolvidos no processo (defensores, acusadores e magistrados) tenham acesso ao conteúdo das conclusões científicas às quais o laudo pericial chegou. Assim, ainda que o delegado de polícia discorde da realização de perícia e da inclusão do seu respectivo laudo nos autos do inquérito policial, tal laudo deve ser realizado sempre que a infração penal deixar vestígios, bem como deve ficar à disposição de todos os sujeitos processuais que atuam ou atuarão no feito. A razão para isso seria a necessidade de que a utilidade da prova pericial, produzida que é por profissional independente e experto no assunto, não ficasse a depender apenas da vontade ou capricho da autoridade que preside a investigação, o que poderia prejudicar a defesa do investigado e até mesmo a acusação.

Os próximos tópicos passam a questionar se os trabalhos periciais são mesmo tão independentes assim do procedimento jurídico no bojo do qual se produzem.

4. O PRESTÍGIO JURÍDICO DE QUE A CIÊNCIA PASSOU A DESFRUTAR A PARTIR DE *DAUBERT VS MERRELL DOW PHARMACEUTICALS*

No ano de 1993, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América concluiu o julgamento de um *writ of certiorari* impetrado em favor de duas crianças que nasceram com graves malformações ocasionadas pela ingestão pela progenitora, durante a gestação, do medicamento *Bendectin*, comercializado pela parte ré do processo (*Merrell Dow Pharmaceuticals*), empresa beneficiada por decisões do tribunal distrital e da corte de apelação, cujo fundamento era no sentido de que as provas periciais produzidas pelas autoras não

18 Michele Taruffo anota que, no *common law*, o perito recebe um tratamento similar ao dispensado à testemunha, sendo contratado pelas partes e por isso considerado um *expert witness*, diferentemente do que ocorre nos sistemas de *civil law*, em que o perito é nomeado pelo juiz e atua como um agente de sua estrita confiança, e não como alguém indicado pelas partes. Mas observa que na Inglaterra houve drástica reforma processual em 1999, que passou a exigir imparcialidade dos peritos, com expreso compromisso de dizerem a verdade [Michele Taruffo, *A prova*, (São Paulo: Marcial Pons, 2014), 88-91].

gozavam de “aceitação geral” na comunidade científica, conforme consta do relatório do julgamento daquele *writ*.¹⁹

Discordando do veredicto das instâncias ordinárias, a *SCOTUS*²⁰ afastou a exigência de “aceitação geral” das provas científicas, para entender que uma prova pericial, para ser aceite, precisa apenas estar fundada em bases “confiáveis” e “relevantes” para a apreciação do tema objeto da controvérsia probatória: “*an expert’s testimony both rests on a reliable foundation and is relevant to the task at hand*”.²¹

Com fulcro neste entendimento, o *writ of certiorari* foi acolhido para que o caso fosse devolvido ao tribunal de apelação e por este reexaminado a partir da *ratio decidendi* firmada pela Suprema Corte.

Para David L. Faigman, esse importante precedente passou a instar que juízes examinassem o valor probatório de um laudo pericial a partir dos critérios definidos pela Suprema Corte, dos quais se destacam a “confiabilidade” e a “relevância” do conhecimento científico ali utilizado, em lugar da sua “aceitação geral”.²²

19 Extrai-se do relatório produzido pela Suprema Corte estadunidense que, *verbis*: “*Petitioners, two minor children and their parents, alleged in their suit against respondent that the children’s serious birth defects had been caused by the mothers’ prenatal ingestion of Bendectin, a prescription drug marketed by respondent. The District Court granted respondent summary judgment based on a well-credentialed expert’s affidavit concluding, upon reviewing the extensive published scientific literature on the subject, that maternal use of Bendectin has not been shown to be a risk factor for human birth defects. Although petitioners had responded with the testimony of eight other well-credentialed experts, who based their conclusion that Bendectin can cause birth defects on animal studies, chemical structure analyses, and the unpublished “reanalysis” of previously published human statistical studies, the court determined that this evidence did not meet the applicable “general acceptance” standard for the admission of expert testimony. The Court of Appeals agreed and affirmed, citing Frye v. United States, 54 App. D. C. 46, 47, 293 F. 1013, 1014, for the rule that expert opinion based on a scientific technique is inadmissible unless the technique is “generally accepted” as reliable in the relevant scientific community*” (Trecho extraído do sítio eletrônico da Suprema Corte dos EUA. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/case.pdf> Pág. 579. Acesso em 20/10/2021).

20 Sigla pela qual é internacionalmente conhecida a *Supreme Court of the United States*.

21 O entendimento da Suprema Corte é assim sintetizado, *verbis*: “*General acceptance*” is not a necessary precondition to the admissibility of scientific evidence under the Federal Rules of Evidence, but the Rules of Evidence — especially Rule 702 — do assign to the trial judge the task of ensuring that an expert’s testimony both rests on a reliable foundation and is relevant to the task at hand. Pertinent evidence based on scientifically valid principles will satisfy those demands” (Ibidem, 597).

22 “*The Daubert Court held that trial court judges are the keepers of the gate through which expert testimony must pass. As gatekeepers, judges must evaluate the basis for proffered expert testimony and determine whether it is relevant and reliable*” [David L. Faigman, “The tipping point in the law’s use of science: the epidemic of scientific sophistication that began with DNA profiling and toxic torts”. HeinOnline - 67 Brook. L. Rev. 111, (2001-2002), 111-125, p. 111].

Segundo Lirieka Meintjes-Van Der Walt, tamanha foi a repercussão dessas teses, que cinco anos depois a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, em *Kumho Tire Go vs Carmichael* (1998), que o precedente firmado em *Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals* (1993) deveria ser seguido pelas demais cortes estadunidenses.²³

Em *Daubert*, a Suprema Corte também havia ressaltado que um método só pode ser considerado científico se permitir que os conhecimentos por ele alcançados possam ser contestados. Sem essa aptidão para testes, o conhecimento não pode ser aferido, o que afasta o seu valor científico.

Em *obiter dictum*, a Corte na verdade esclareceu, a partir da clássica lição doutrinária extraída de Benjamin N. Cardozo, que a necessidade de submissão a testes não seria exclusividade do conhecimento científico para apuração/reconstituição de fatos, pois também serviria para a interpretação judicial, já que um determinado paradigma interpretativo só subsiste ao longo do tempo na medida em que vai sendo lapidado, pois o contínuo processo de testes permite que se depurem as falhas do raciocínio jurídico.²⁴

Também para David L. Faigman, maior será o grau de cientificidade de uma proposição quanto maior tenha sido sua exposição a testes. É que, por mais coerente que uma teoria científica possa parecer, sua eficácia sempre dependerá de ensaios empíricos. Esse autor exemplifica o fato de Einstein ter sido agraciado com o prêmio Nobel de Física somente no ano de 1921, embora sua teoria da relatividade geral tenha sido formulada em 1906, já que teria sido comprovada no eclipse solar ocorrido em 1919.²⁵

23 “*Kumho Tire Go v Carmichael* 23 March 1999 131 F 3d 1433 (1998) (revised) where the Supreme Court of the United States held that, in determining the admissibility of expert testimony based on technical or other specialized knowledge, courts should, just as with scientific evidence, use the factors set out in *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals Inc*” (Lirieka Meintjes-Van Der Walt. “Decision-makers’ Dilemma: Evaluating Expert Evidence”. HeinOnline - 13 S. Afr. J. Crim. Just. 315, (2000), p. 327, NR 44).

24 “*This is not to say that judicial interpretation, as opposed to adjudicative factfinding, does not share basic characteristics of the scientific endeavor: ‘The work of a judge is in one sense enduring and in another ephemeral. In the endless process of testing and retesting, there is a constant rejection of the dross and a constant retention of whatever is pure and sound and fine.’ B. Cardozo, The Nature of the Judicial Process 178–179 (1921)*” (Trecho extraído do sítio eletrônico da Suprema Corte dos EUA. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/case.pdf> Pág. 579, NR 13. Acesso em 20/10/2021).

25 David L. Faigman, “To Have and Have Not: Assessing the Value of Social Science to the Law as Science and Policy”. San Francisco: 38 *Emory Law Journal*, (1989), 1005-1095, pp. 1017-1019. Disponível em https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1139&context=faculty_scholarship Acesso em 20/10/2021.

Outro ponto interessante dessa temática é que hipóteses científicas jamais podem ser provadas como absolutamente verdadeiras, senão apenas como falsas ou como algo cuja falsidade ainda não foi comprovada, já que estão sempre na pendência de serem refutadas.²⁶ Quanto maior for a demora para uma hipótese ser descomprovada e mais numerosos os testes a que se submeteu, maior será a sua credibilidade científica.

Com efeito, praticamente todo conhecimento científico é precário e, por conseguinte, transitório, uma vez que só é válido até o momento em que seja rejeitado por um teste. Assim, pode-se dizer que um enunciado científico nunca é plena e peremptoriamente verdadeiro, senão apenas condicional e provisoriamente válido.

Daí a importância de se examinar o valor da prova pericial *cum grano salis*, a fim de que não seja tida como uma verdade científica tecnicamente inalcançável pelo juiz e, portanto, de cunho absoluto. É disso que o próximo tópico cuidará.

5. PARA REFUTAR A FUNDO UMA CONCLUSÃO PERICIAL, OS JUÍZES PRECISAM SER PERITOS?

Não, os juízes não precisam ser cientistas nem versados na área para poderem refutar, com argumentos científicos, uma proposição técnico-pericial.

Isso não significa, porém, que os juristas possam abdicar da tentativa de se aproximarem do conhecimento científico e de seus métodos.

É crescente o interesse dos juízes em conhecer os critérios que certificam cientificamente um conhecimento técnico ou especializado. E essa tendência é elogiável, pois, diante da crise do modelo positivista, não mais se espera dos juristas que continuem formalmente enclausurados em seus “castelos jurídicos”, como se a interdisciplinaridade não fosse uma séria exigência das complexas sociedades contemporâneas. Nas precisas

26 “A universal statement can never be proven true by virtue of the truth of particular statements, irrespective of their number. While falsification is possible, verification is not. Fact-finders should be aware of the fact that no hypotheses can ever be proven absolutely true” [Lirieka Meintjes-Van Der Walt, “Decision-makers’ Dilemma: Evaluating Expert Evidence”. HeinOnline - 13 S. Afr. J. Crim. Just. 315, (2000), 328].

palavras da Professora Maria Clara Calheiros, “é agora necessário abandonar o *solipsismo* com que o jurista tende a encarar a sua missão de ‘descoberta’ dos factos”.²⁷

E, à medida que os juízes adquirem maior familiaridade com outros temas, não lhes é mais possível destes se desprenderem, dado o carácter aderente do conhecimento, representado no idioma inglês pela expressão “*sticky*”, com a conotação de que a “ciência se torna muito pegajosa depois de assimilada”.²⁸ Isso significa que os juízes, uma vez versados em temas científicos, sempre se valerão desse saber para todos os casos afins.

E, uma vez que juízes e advogados começaram a pensar também como cientistas, e não apenas como juristas²⁹, os juízos de valor que passaram a fazer sobre os laudos periciais deixaram de ater-se só a aspectos formais, para adentrar no próprio mérito das conclusões técnicas a que chegam os peritos, em sua dimensão substancial.

Porém, não é isso o que prevê o Código de Processo Penal português, cujo art. 151, já referido acima, franqueia a realização de perícia “quando a percepção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”. Tal previsão legal não significa, no entanto, que os magistrados em Portugal estejam impedidos pela lei processual penal de valorar o mérito das apreciações periciais, mas tão-somente que deverão, ao fazê-lo, fundamentar sua eventual divergência em aspectos igualmente “técnicos, científicos ou artísticos”, e não apenas jurídicos, como bem observa Germano Marques da Silva³⁰, ao retratar o pensamento dominante na doutrina portuguesa em geral.

A lei portuguesa limita-se a prever que a “prova pericial tem lugar” naquelas hipóteses, sem, no entanto, torná-la obrigatória. E, assim como a lei brasileira, também não prevê a hipótese de o juiz eventualmente possuir aqueles

27 Maria Clara Calheiros, *Para uma teoria da prova*, (Coimbra: Coimbra Ed., 2015), 22.

28 “*Was it not possible to learn some science, without going all the way? It turns out that the answer is no. Science is just too sticky once it is understood*” [Faigman, “The tipping point in the law’s use of science,” 123].

29 “*Finally, as judges began thinking not just like lawyers but also like scientists, they began to exercise this new-found vision across the spectrum of experts vying to testify. Knowledge of the scientific method proved sticky, and lawyers and judges have begun sticking it to all sorts of experts ever since*” (Ibidem, 125).

30 Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. II, 4.ª ed. (Lisboa: Verbo, 2008), 217-219.

“conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”, por ser, por exemplo, bacharel em medicina, além de juiz.

Em suma, enquanto o CPP português não traz hipóteses nas quais o magistrado seja obrigado a determinar a realização de perícia, o CPP brasileiro a impõe em caso de infração que deixe vestígio, sob pena de nulidade processual.

E se a infração deixar vestígios e o juiz brasileiro tiver formação superior na área objeto da perícia? Por exemplo, num processo penal por crime de lesão corporal decorrente de iatrogenia cirúrgica, a exigir perícia médico-pericial, poderia o próprio juiz funcionar como perito, caso porventura possuísse habilitação médica em cirurgia? Ou poderia dispensar tal perícia, por considerá-la desnecessária, já que temas médico-cirúrgicos não lhe seriam estranhos?

A pergunta que se faz então é a seguinte: poderia o juiz cumular as funções de perito (fonte de prova) e de magistrado no mesmo processo? Se árbitros³¹ costumam ser designados para decidir determinados conflitos por serem notoriamente expertos (peritos) em certos temas, poderiam os juízes também ser peritos dos seus próprios processos?

A resposta que o presente trabalho fornece é negativa, sob pena de grave violação à cláusula geral do devido processo legal e seus corolários, notadamente os postulados do contraditório, da imparcialidade judicial e da ampla defesa, pois não cabe à mesma entidade ser fonte de prova e, ao mesmo tempo, a destinatária desta fonte probatória. Haveria afronta à separação das funções que cabem a cada ator processual em um sistema processual penal acusatório.

Em qualquer contexto adversarial, as partes processualmente envolvidas se valem das conclusões periciais para robustecer, cada qual à sua maneira e dentro do possível, as teses autorais ou defensivas, uma vez que cada lado da controvérsia tenta acomodar, na sua própria linha argumentativa, os

31 O juiz que atua no processo penal não pode ser equiparado ao árbitro que decide matéria cível, pois a atuação deste circunscreve-se a direitos disponíveis e decorre da autonomia da vontade privada das partes que o elegeram, enquanto a atuação daquele exige investidura estatal e volta-se a assegurar que a persecução penal não se converta em instrumento arbitrário de privação da liberdade humana. Em sistemas acusatórios, a separação entre as funções do perito e do agente decisório é imprescindível para que o juiz não contamine a sua imparcialidade, que restaria infalivelmente abalada se ele se prontificasse a produzir a prova que depois será avaliada na sentença pela mesma autoridade.

elementos científicos fornecidos pelo perito.³² O mesmo não se espera do juiz, obviamente.

Como o juiz poderia ser imparcial ao valorar a prova que ele mesmo produziu?! Haveria aqui uma aglutinação indevida de papéis processuais diversos em uma mesma pessoa. Sabe-se que há diversas acepções acerca do termo “prova”, mas a maioria delas converge em considerá-la como um elemento de ligação, ou inferência, entre um fato e uma conclusão.³³ Mas se ela pode, em termos genéricos, ser definida como “uma quantidade e qualidade de evidências ou dados suficientes para embasar uma conclusão”³⁴, então parece curial que aquele que fornece os dados para uma conclusão não possa ser o mesmo agente que deles extrairá a avaliação conclusiva, que no caso de um processo judicial é a própria sentença.

O mesmo se poderia dizer de um juiz que funcione, no mesmo processo, como testemunha e agente responsável pela sentença vindoura. Como a parte prejudicada poderia impugnar esse depoimento testemunhal, se foi prestado pelo próprio juiz que depois apreciará tal impugnação?! Por óbvio que as funções processuais não podem baralhar-se, cabendo a cada ator exercer sem confusão o seu respectivo papel no processo.

Nesse caso, também não se poderia simplesmente deixar de realizar perícia.

No ponto, a lei brasileira talvez seja mais cautelosa que a portuguesa, ao exigir perícia nas infrações que deixem vestígio, como seria o exemplo dado de uma cirurgia mal-sucedida. Mas, apesar da breve comparação, vale registrar que o presente trabalho não se propõe a fazer um estudo comparatístico entre o direito probatório em Portugal e no Brasil, até porque isso

32 “*In the adversarial context, each side will endeavour to build a narrative which incorporates or can accommodate elements of the scientific evidence. Expert evidence is invariably incorporated into trial narratives as a buttress to their plausibility*” [Lirieka Meintjes-Van Der Walt, “Decision-makers’ Dilemma: Evaluating Expert Evidence”, *HeinOnline* - 13 S. Afr. J. Crim. Just. 315, (2000), 338].

33 “*The label ‘evidence’ has a number of different associations, depending on context. (...) I think that it is relatively easy to demonstrate that the common element is the idea of the evidential role of linking data to hypotheses or probanda through inferential reasoning*” (William Twining, “Evidence as a multi-disciplinary subject”, In *Law, Probability and Risk* (2003) 2. Oxford: Oxford University Press, (2003), 94].

34 “*Proof, in both science and law, is a quantum and quality of evidence or data sufficient to support a conclusion*” (Walt, “Decision-makers’ Dilemma,” 319).

exigiria a abordagem de métodos de Direito Comparado³⁵ cujo manuseio extrapolaria os limites dessa pesquisa.

6. COMO VALORAR CONCLUSÕES PERICIAIS?

Qual o problema de saber se a opinião de um perito é confiável? É que isso exige, por si só, expertise sobre o tema.

Peritos costumam dizer que a credibilidade de uma perícia é uma questão técnica que só pode ser respondida a partir de critérios científicos, isto é, só um perito ou experto no assunto poderá, com segurança, aferir a cientificidade de um laudo pericial.

Como então os tribunais poderão aferir tal cientificidade, se os magistrados não são expertos no tema científico em que se insere o objeto da perícia?

Para Ian Freckelton, a distância cognitiva entre leigos e expertos só aumenta com o desenvolvimento da ciência: “*the ‘knowledge gap’ between experts and laity widens*”.³⁶

Se por um lado isso confere ao convencimento judicial um suporte científico, de outro, tal hiato entre leigos e especialistas amplifica o risco de juízes basearem suas decisões em fundamentos técnicos não dominados pelos juristas, o que diminui o controle de mérito dessas decisões por parte da comunidade jurídica.

Liricka Meintjes-Van Der Walt afirma, entretanto, que manifestações técnico-periciais não falam por si mesmas,³⁷ uma vez que necessitam de intermediação pelo Direito, de acordo com as regras e fins ditados por este.

35 A propósito, Mark Van Hoecke ensina que os comparatistas valem-se basicamente de seis métodos comparativos, quais sejam: método funcionalista, método analítico, método estrutural, método histórico, método jurídico-contextual (*law-in-context method*) e método do núcleo-comum dos países desenvolvidos (*common-core method*) (Mark Van Hoecke, “Methodology of comparative legal research”, In *Law and Method*. London: Queen Mary University Press, (2015). Disponível em https://www.researchgate.net/publication/291373684_Methodology_of_Comparative_Legal_Research. Acesso em 20/10/2021).

36 Ian Freckelton, “Court experts, assessors and the public interest”, *International Journal of Law and Psychiatry*, Volume 2, Issue 2. New York: Elsevier Ltd., (1986), 161-188. Disponível em [https://doi.org/10.1016/0160-2527\(86\)90033-6](https://doi.org/10.1016/0160-2527(86)90033-6). Acesso em 20/10/2021.

37 Afirma-se textualmente que “*facts and opinions testified to by expert witnesses do not speak for themselves*” (Walt, “Decision-makers’ Dilemma,” 337).

No mesmo sentido é a posição de Gary Edmond, para quem a prova pericial não deve ser examinada isoladamente, como se fosse algo independente ou objectivo que pudesse ser analisado de modo autônomo e desconectado das regras jurídicas do sistema processual em que está inserida, *verbis*:

*“Rather than understand scientific evidence as some kind of objective or independent knowledge added to legal narratives and carefully tailored and responsive to legal requirements, the interweaving into a narrative of entire process of investigation, testing, and development of opinions should be understood to transpire in the shadow of litigation and the procedures and rules of the legal system.”*³⁸

Cada parte do processo costuma utilizar os elementos periciais de modo a deles favorecer-se, seja induzindo o juiz em erro (“*defence attorney’s fallacy*”)³⁹, seja negando por completo o valor persuasivo da perícia realizada.

Daí se verifica que o trabalho pericial não tem autoridade isolada, ou valor por si só, senão a carga persuasiva que no processo lhe é atribuída pelas partes por meio da argumentação racional, dado que o escopo da prova pericial é o de coadjuvar a resolução de uma lide, e não o de criar verdades científicas absolutas ou universalmente aceites.

Como se vê, argumentos jurídicos penetram nas ditas “constatações científicas” produzidas no bojo de um processo judicial, de modo que, passando a constituí-las, com elas formam um amálgama, de sorte que se torna difícil discernir os limites entre a argumentação jurídica e a argumentação científica.

38 Gary Edmond, “Science, Law and Narrative: Helping the ‘Facts’ to Speak for Themselves”, *Southern Illinois University Law Review*, (1999) 23: 555-583, p. 555.

39 “The ‘defence attorney’s fallacy’ consists of ignoring identification evidence involving a trait on the grounds that a large number of individuals share the trait. If a match probability is one in 100 000 and the national population is 60 million, an expert witness could point out that approximately 600 individuals in the nation will have the trait. This does not, however, justify the defence arguing that the evidence is therefore of negligible value. The likelihood ratio provided by the evidence should be considered in conjunction with prior odds in favour of the accused’s guilt. Courts should not be persuaded to consider such evidence in isolation from the remainder of the case” (Walt, “Decision-makers’ Dilemma,” 342).

O valor da prova pericial produzida no processo judicial é, portanto, mensurado tanto por critérios advindos da ciência do Direito⁴⁰ quanto por aqueles oriundos das ciências não-jurídicas.

Assim, os argumentos “jurídicos” utilizados pelos advogados, promotores, juízes e delegados sempre contêm um grau de facticidade, de modo que a carga de “dever-ser” (*ought*, em inglês; *sollen*, em alemão) contida naqueles argumentos acaba por ser constituída, em grande medida, por dimensões do “ser” (*is*, em inglês; *sein*, em alemão), por mais que o discurso positivista tente esconder, na dimensão deontológica da linguagem, esse inevitável grau de facticidade.⁴¹ A dicotomia entre “dever-ser” e “ser” é atribuída a Kant, embora tenha sido retomada pelo positivismo normativista de Kelsen.⁴² Até mesmo a distinção, muito corrente nos tribunais, entre matéria de fato e matéria de direito foi já desmistificada na década de sessenta do século passado por Castanheira Neves, ao defender que, embora a lei seja um instrumento privilegiado para o Direito, haveria nela uma indeterminação intencional que só poderia ser suprida diante da facticidade do caso concreto.⁴³ É aí que a prova desempenha papel fundamental.

40 “A Ciência do Direito pretende distinguir-se, via de regra, pelo seu método e também pelo seu objeto. Ela é vista pelos juristas como uma atividade sistemática que se volta principalmente para as normas (positivas, vão dizer alguns). Ciência da norma, a Ciência do Direito desenvolveria, então, um método próprio que procuraria captá-la na sua situação concreta” [Tercio Sampaio Ferraz Jr., *A ciência do direito*. 3ª ed. (São Paulo: Atlas, 2014), 8].

41 “Because this pure ‘ought’ will also undertake a detour to the ‘is’, and so, even the ostensibly purest ‘ought’ of a legal system will contain traces of facticity. The positivist divide can therefore no longer be upheld.” (...) “In short – and in contrast to the idea of a pure ‘ought’ – legal norms also involve the court’s impure reasoning” (Thomas Coendet, *Legal Reasoning: Arguments from Comparison*. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 102, 2016/4, p. 482).

42 Kelsen retoma tal dicotomia para desenvolver a tese, hoje consagrada, de que os eventos da natureza, inatos a esta enquanto ontologia, dar-se-iam por uma relação de “causalidade”, ao passo que o Direito, enquanto deontologia provida de sanção estatal, seria regido por relações de “imputação”, de tal modo que fenômenos naturais e fenômenos jurídicos pertenceriam a ordens distintas e, portanto, inconfundíveis. Nas palavras do normativista de Viena: “A distinção entre causalidade e a imputação reside em que – como já notámos – a relação entre o pressuposto, como causa, e a consequência, como efeito, que é expressa na lei natural, não é produzida, tal como a relação entre pressuposto e consequência que se estabelece numa lei moral ou jurídica, através de uma norma posta pelos homens, mas é independente de toda a intervenção desta espécie. Visto que o sentido específico do ato através do qual é produzida a relação entre pressuposto e consequência numa lei moral ou jurídica é uma norma, pode falar-se de uma relação normativa – para a distinguir de uma relação causal. ‘Imputação’ designa uma relação normativa. É esta relação – e não qualquer outra – que é expressa na palavra ‘dever-ser’, sempre que esta é usada numa lei moral ou jurídica.” [Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 6.ª ed. (São Paulo: Martins Fontes, 1998), 64].

43 A. Castanheira Neves, *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica*. (Coimbra: Almedina, 1967), 212 e ss.

7. CONCLUSÃO

Conclui-se que a prova científica – notadamente a produzida por peritos oficiais – ostenta autoridade crescente no meio jurídico, sobretudo a partir da década de 1990, o que não impede os juristas, todavia, de questioná-la, inclusive do ponto de vista técnico.

É que, não obstante o prestígio que os laudos periciais passaram a angariar junto da comunidade forense, o valor científico deles deixa gradativamente de ser reverenciado como um campo do saber tecnicamente impenetrável aos leigos em geral e, em particular, aos juristas. Não há mais como sustentar, destarte, verdades científicas indisputáveis.

Enfim, se juízes passam a lastrear suas sentenças em aspectos científicos que juristas não costumam dominar, a comunidade jurídica tende a perder o controle de mérito dessas decisões, o que de certa forma retira do Direito um domínio importante sobre aquele substrato decisório, já que as principais questões do processo são resolvidas de acordo com a opinião do *expert*. Daí ser mister que o conhecimento científico subjacente às perícias passe também a ser objeto de exame mais aprofundado por parte dos juristas, e não visto como uma seara “estranha” ao purismo do Direito.

Porém, para tanto, cabe aos juristas (em especial, aos juízes e delegados de polícia) abandonarem sua tradicional postura de distanciamento em relação a temas não jurídicos e renderem-se, por conseguinte, a abordagens interdisciplinares, sem as quais permanecerão reféns das conclusões periciais (ainda que infundadas) e do uso retórico que delas fizerem os advogados mais persuasivos.

Deve-se ter em mente, por fim, que o trabalho pericial não possui autonomia em relação ao processo de que faz parte, mas é um produto deste. Portanto, o valor do respectivo laudo deve ser aferido a partir dos métodos científicos utilizados pelo perito e do cotejo das suas conclusões com os demais elementos dinâmicos do processo.

Em suma, a prova científica produzida no processo criminal deve ter a autoridade proporcionada por sua respectiva carga persuasiva, e não o contrário, já que o poder de convencimento de uma prova advém da sua densidade concreta, e não do fato de ter sido produzida por um perito.

Derradeiramente, em uma fórmula sintética, pode-se dizer que: a prova pericial não convence porque tem autoridade, mas tem autoridade porque convence, se, e somente se, convencer.