ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Revista Direito e Liberdade

A MISTIFICAÇÃO DA PROVA PERICIAL COMO FORMA DE BUSCA DA VERDADE

THE MYSTIFICATION OF THE FORENSICS EVIDENCES AS A FORM OF SEARCHING FOR THE TRUTH

Rogério Barros Sganzerla *

RESUMO: A prova pericial possui um caráter mitológico no processo penal, cujo teor, muitas vezes, parece indiscutível pelas partes e pelo juiz. A proposta deste trabalho é discutir esse cientificismo e questionar as práticas processuais como forma de busca da verdade. Para isso, será elaborada uma breve exposição da busca da verdade no processo penal como forma de embasamento para a finalidade da prova pericial. Com isso, conclui-se que a forma atual de atuação do perito no procedimento é semelhante àquela mitológica, tendo como incontestável o seu caráter de verdade. Portanto, retoma-se uma ideia mais procedimental e garantista, de modo a dar amplitude à atuação do perito, legitimando sua operação não como único dono do saber, mas como aquele que possui informações importantes para o caso.
Palavras-chave: Prova pericial. Verdade. Processo penal.

ABSTRACT: The expert evidence has a mythological character in criminal proceedings, in which the contents often seems undisputed by the parties and the judge. The purpose of this paper is to discuss this scientism and procedural practices questions as a way to the searching for the truth. For this, it will elaborated a brief of the searching for the truth in criminal proceedings as a way of grounding for the purpose of the forensics evidence. The conclusion is that the current operation form of the expert in the procedure is similar to that myth, in which its character for truth was undeniable. Therefore, taken up a more procedural and garantismo, to give a breadth to the role of expert, legitimizing their operation is not the sole owner of the known, but who possesses an important knowledge to the case.
Keywords: Forensics evidence. Truth. Criminal Proceeding.

* Mestrando em Direito da Universidade Estácio de Sá – UNESA. Bacharel em Direito pela Escola de Direito da Faculdade Getúlio Vargas – FGV/RJ. Graduando em Filosofia da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Advogado da Secretaria de Direitos Humanos no Programa Rio Sem Homofobia. Rio de Janeiro – Rio de Janeiro – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

A prova pericial, no processo penal, é um ótimo instrumento de auxílio do juízo no suporte técnico à determinada questão cujo conhecimento não é de especialidade do magistrado. Há diversas formas de atuação do perito no direito material, indo da simples subordinação e auxílio, podendo culminar na decisão final, sendo, pois, a única forma de verdade possível.

Hoje, a situação não se encontra em nenhum dos dois opostos, mas num liame intermediário e inconclusivo. O juiz e as partes, reféns do laudo técnico elaborado pelo *expert*, podem questionar as suas conclusões, mas contestá-las se torna um trabalho árduo e quase impossível. Diz-se isso porque o juiz, na possibilidade de contestar o laudo, terá de fazê-lo com base em outras provas. Tendo em vista a necessidade do laudo em um processo no qual não foi possível chegar a um convencimento satisfatório com as provas já admitidas, indaga-se: como será possível questionar uma prova suficientemente conclusiva com base em outras provas sem o mesmo poder de convencimento?

Por isso, a prova pericial moldou-se de um caráter cientificista, cuja teoria se discute ferozmente. Sabe-se que a ciência, por várias vezes, enganou-se em diversas áreas e questões, tanto que em algumas delas ainda não possui respostas. Como, então, aceitar esse laudo como fundamento inquestionável para a formação da verdade? Mais ainda: o perito, como ser racional, por mais que tenda a ser objetivo, é ser humano e possui subjetividade. Não se pode falar que a atuação do *expert* é imaculada de qualquer opinião, pois o caráter subjetivo do homem interfere até mesmo no procedimento escolhido para a verificação da hipótese científica. Portanto, colocar nas mãos do perito uma posição incontestável no processo penal é quebrar certas garantias fundamentais presentes na Constituição.

A proposta aqui analisada baseia-se na reestruturação desse procedimento, a saber, a perícia, de forma a dar mais contraditório e discussão ao caso. Isso abrirá maior possibilidade ao juiz, como destinatário final da prova, de discutir e rever questões técnicas acerca da matéria, no intuito de enriquecer o seu livre convencimento. A seguir, será feita uma breve exposição

da busca da verdade como forma de dar embasamento para a finalidade da prova pericial, qual seja, dar informações técnicas ao juiz.

2 A QUESTÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

Para início de trabalho, é preciso deixar claro que "tipo de verdade" se visa no processo penal.

Por meio de uma cultura inquisitiva, propôs-se a *verdade real*. Na sua busca, práticas probatórias das mais diversas foram autorizadas pela nobreza de seus propósitos, ou seja, na mesma lógica de que "os fins justificam os meios", nasceu a inquisição para justificar atos abusivos do Estado. Logo, legitimar-se-ia a *verdade formal* ou *processual*. Trata-se de uma verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação e que só pode ser alcançada mediante o respeito às regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias considerados penalmente relevantes (LOPES JUNIOR, 2010). Dessa forma, faz-se uma distinção entre a "verdade" construída no processo e aquela histórica e científica. A primeira tem o juiz como investigador exclusivo, ao passo que as demais não. A competência para investigar esse fato histórico e julgá-lo está fixada em lei e, com exclusividade, é do juiz.

A problemática da matéria reside na presunção de veracidade de que goza a perícia, muitas vezes considerada uma teoria científica. Assim, faz-se necessária a existência de diversas garantias que assegurem as partes e minimizem os danos gerados quando da adoção de tal sistema.

Ferrajoli (1997) estipula quatro sentidos para limitar a busca pela verdade formal, a qual, por mais que não seja atingida, é condicionada pelo respeito aos procedimentos e garantias de defesa. Vejamos:

> a) a tese acusatória deve ser formulada segundo e conforme a norma;
> b) a acusação deve ser corroborada pela prova colhida por meio das técnicas normativamente preestabelecidas;
> c) deve ser sempre uma verdade passível de prova e oposição;
> d) a dúvida e a falta de acusação ou de provas ritualmente formadas impõem a prevalência da presunção de inocência

> e a atribuição de *falsidade formal* ou *processual* às hipóteses acusatórias (FERRAJOLI, 1997, p. 272).

Com isso, a verdade processual é aproximativa, limitada por aquilo que sabemos e temos conhecimento, sendo, assim, contingente e relativa. Desse modo, conforme Taruffo (2002) sintetiza, há três grandes linhas na discussão entre a *verdade* e a *função da prova.*

A *primeira posição* sustenta que as provas são uma espécie *nonsense* ou algo que, na realidade, não existe, tampouco são meios para determinar a verdade dos fatos, sendo impossível considerar que tal verdade é realmente estabelecida no processo de um modo racional. Logo, as provas não serviriam para determinar os fatos, mas seus procedimentos constituiriam ritos destinados a reforçar na opinião pública o convencimento de que o sistema processual implementa e respeita valores positivos, como a igualdade de armas, a correção do litígio e a vitória de quem tem razão. Assim, a prova e seus respectivos procedimentos de obtenção seriam meios não orientados aos fins racionais internos ao processo, mas, sim, para dar aparência de legitimidade racional a um mecanismo teatral, cuja função seria dissimular a realidade irracional e, muitas vezes, injusta das decisões judiciais.

A *segunda posição* sustenta que o processo é uma situação na qual se desenvolvem diálogos e se narram fatos. Não existe uma determinação de veracidade, ou melhor, não é a verdade o elemento fundante. Cada prova é tomada como um fragmento da história, um pedaço da narrativa conduzido pela dimensão linguística e simbiótica do procedimento. É apenas uma das tantas ocorrências do debate. As provas são utilizadas pelas partes para dar suporte à história do caso que cada advogado propõe ao juiz. A decisão final é a adoção de uma ou outra narrativa. Em resumo, é uma *função persuasiva* da prova.

A *terceira posição* adere ao discurso racionalista de impossibilidade de determinar a verdade no curso do processo, sendo ela relativizada por buscar abrigo no que chamamos verdade *judicial*. Defende-se existir um nexo instrumental entre a prova e a realidade dos fatos, constituindo nisso a base da concepção jurídica tradicional da prova. Na tentativa de salvar a

"verdade judicial", afirma-se que há diferentes versões em função da variação dos sistemas processuais e das opções epistemológicas.

No entanto, numa "quarta posição", surge Heidegger, inspirando Carnelutti (1965): a verdade é inalcançável, até porque *está no todo*, não na parte; como o todo é excessivo, jamais pode ser alcançado pelo homem. Conforme propõe Lopes Junior (2010), tendo em vista que o juiz exerce uma *atividade recognitiva* sobre o ocorrido, deturpada e contaminada pela sua ignorância em saber o que realmente ocorreu naquele determinado local ou como se deu aquele fato, o que se tem é um emaranhado de verdades. Qual seria a mais admissível? Pode ser hipótese de mais ou de menos, o que nos leva a crer que, se "tudo" é verdade, então, nada é. Logo, chegar a essa verdade na sentença é um mito, cujo ser, o juiz, por meio de procedimentos, busca nos seus poderes instrutórios aquilo que possa conduzi-lo à revelação do que se procura. Como consequência, funda-se, em nome dessa ideia de verdade, um processo penal inquisitório, reforçando a estrutura de um procedimento que dá ao juiz a gestão da prova, para que atue ativamente em seu mister. No procedimento acusatório, a realidade nua e crua não é elemento fundante, cabendo às partes o convencimento do julgador, sem que este tenha a missão de revelar o ocorrido (CARNELUTTI, 1965).

Portanto, a verdade é algo contingencial e não fundante. O juiz, na sentença, constrói a "sua" história do delito, elegendo os significados que lhe pareçam válidos, dando uma demonstração inequívoca de fé. O resultado nem sempre é fiel ao fato, mas demonstra o convencimento do julgador. As provas são os materiais que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de persuadir o juiz, tendo este como seu destinatário final.

Em suma, o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, pretendendo criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado. As partes buscam sua captura psíquica, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença, ou seja, o poder do juiz não precisa da "verdade" para se legitimar, até porque, sendo ela contingencial, caso a sentença não a corresponda, o

poder seria ilegítimo. Isso não ocorre porque a legitimidade da decisão é dada pela estrita observância das regras do devido processo legal ao longo do procedimento e não em nome de uma verdade que nem sempre é possível ser obtida. Assim, o que importa é o convencimento formado a partir daquilo que está e ingressou legalmente no processo, regido pelo sistema acusatório, devidamente evidenciado pela motivação da sentença. Esse respeito às regras do jogo cria condições de possibilidade para o equilíbrio entre o relativismo cético e a mitologia da verdade real. A verdade, portanto, é contingencial e a legitimação da decisão se dá por meio da estrita observância das regras processuais. São essas regras que devem proteger do decisionismo e do processo inquisitório.

3 A PROVA E SUA FINALIDADE NO PROCESSO PENAL

Sabendo que a prova, no seu intuito persuasivo de convicção, possui algo a demonstrar durante o processo, é necessário saber qual seria sua real *função* dentro de sua atividade. Como explica Cordero, as provas são os materiais que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz (CORDERO, 2000). Os resultados dependem de variáveis relacionadas aos aspectos subjetivos e emocionais do ato de julgar. Por esse motivo, a *fé* é um elemento importante. Ademais, como explica Taruffo (2002), além da função persuasiva em relação ao julgado, as provas servem para "*fazer crer*" que o processo penal determina a "verdade" dos fatos, porque é útil que os cidadãos assim pensem, ainda que, na realidade, isso não se suceda. Para tanto, além de ter fé e fazer crer que a prova terá seu efeito no processo, é preciso convencer o juiz, este resumido no termo *sentire*. O próprio termo 'sentença' exprime a emoção, uma intuição emocional. Mais que isso, ele sente e declara o que sente. O juiz elege a versão em qual vai acreditar. Esse eleger é inerente ao *sentire* por parte do julgador e se expressa na valoração da prova (crença) e na própria axiologia, incluindo a carga ideológica, que faz da norma aplicável ao caso. A prova, assim, deve ser valorada, ato cuja função é exclusivamente entregue ao juiz, pois é a sua avaliação que prevalece, no

primeiro momento, em razão de seu poder decisório. De qualquer forma, como todo poder, é preciso fundamentá-lo.

Conforme apresenta Nicolitt (2009), sobre a valoração da prova, historicamente, são conhecidos três sistemas: sistema legal ou tarifado, sistema da íntima convicção (ou da certeza moral do juiz) e sistema da livre convicção motivada (ou da persuasão racional).

O *sistema legal ou tarifado* tem sua base no legislador, que fixa preceitos e estabelece valor às provas, criando hierarquia entre elas. O juiz fica preso a esse regramento legal, não possuindo, praticamente, nenhuma liberdade para valorar as provas. Já o *sistema da íntima convicção* permite que o juiz forme sua convicção por meio de sua certeza moral, sem qualquer limite legal balizador. Age segundo sua consciência, guiado por conhecimentos e impressões pessoais e, até mesmo, por informações extraprocessuais, não tendo a obrigação de motivar as razões de sua decisão. Hoje em dia, de certa forma, há uma presença de tal sistema no julgamento do júri, na medida em que os jurados, juízes exclusivamente do fato, não necessitam fundamentar suas decisões, que são secretas. Por fim, o *sistema do livre convencimento motivado* veio a dar liberdade para o juiz valorar a prova, associando-a à responsabilidade e ao dever de motivar as razões de sua convicção, o que limita a possibilidade de arbitrariedade judicial.

Esse sistema do livre convencimento motivado veio justamente para quebrar o entendimento anterior à Constituição de 1988. Como a verdade real e a função da prova eram intimamente ligadas, chegava-se a algumas situações absurdas. Como ela deveria ser alcançada a todo custo, pouco importava se a prova era repetida ou não durante o processo penal. Diferentemente de hoje, não havia necessidade de contraditório e do devido processo penal, o que fazia de uma determinada prova intocável, dependendo da circunstância. Como havia hierarquia entre os meios de prova, era possível que determinado fato fosse julgado exclusivamente por meio de uma prova de valor hierárquico maior que contradissesse diversas outras.

Atualmente, as provas do inquérito policial são "elementos informativos". De certa forma, é correta essa afirmação, uma vez que tal peça não pertence ao processo penal, sendo apenas um conteúdo informativo que

baseia o Ministério Público no oferecimento da denúncia. Contudo, é possível admitir a prova contida no inquérito policial, desde que ela seja corroborada pelo contraditório durante o processo penal. O juiz deve motivar sua sentença com base em prova produzida no processo confirmada pela prova do inquérito.

Por isso, nesse sistema de valoração da prova, pode o juiz valorar livremente a prova constante dos autos, devendo, entretanto, pautar-se em critérios aferíveis para que esse livre convencimento motivado não vire arbitrário. As provas possuem hierarquias equivalentes, podendo ser sopesadas umas com as outras, independentemente do fator hierárquico ou valorativo. Além disso, são admitidos todos os meios de prova, tendo o juiz inteira liberdade na sua valoração, não podendo julgar com os conhecimentos que possa ter fora dos autos.

4 O MITO DA CIÊNCIA

Paralelamente a essa discussão, há outra igualmente importante: o papel da ciência nessa busca pela prova como formadora da "verdade". O que se sustenta com muita naturalidade é que a prova, seja ela testemunhal, pericial ou documental, é dotada de um método científico a fim de ser testada e comprovada como fonte legítima de uma veracidade dentro de uma determinada situação. Contudo, elevar isso a um patamar místico é irrazoável. O principal problema reside na sua neutralidade.

Conseguiria um cientista olhar para a ciência com total "neutralidade"? A definição de seu próprio surgimento é uma incógnita para os estudiosos. Alguns afirmam que a ciência não pode ser definida por conter um "espírito" de mutação, variado de acordo com o tempo e o meio inserido. Outros acreditam e afirmam que a ciência não é apenas algo que foi criado, degenerado ou montado por um ser, ou seja, artificial. A ciência é algo metafísico, que não está ao alcance de nós, não em sua forma completa e plena, mas num mundo ininteligível. Ainda, alguns afirmam e entendem que a ciência é um ideal que está além de tudo isso, que existe e é objetivo. Outros cientistas

afirmam, por sua vez, que é uma ferramenta criada a dispor da sabedoria humana em prol da verdade e da busca da evolução, seja do ser ou de seu intelectual. O mesmo assunto se tem quando se julgam a impessoalidade e sua neutralidade na arte da formação da ciência. Um cientista deve ser dotado da neutralidade total para não tender sua ação ou sua descoberta a nenhum aspecto, seja social ou econômico.

Todo esse pensamento escoa no chamado cientificismo, a fusão da técnica teórica com a prática, gerando uma ilusão de neutralidade. Por sua vez, foca-se numa ideologia que coloca a ciência como fundadora das leis para que se constitua uma verdade única, sendo essa verdade a detentora da razão e do conhecimento total, com todas as respostas buscadas, menosprezando até os grandes obstáculos em que os cientistas se encontram retidos por enigmas ou questões sem solução, fundamentalmente epistemológicos.

Todos esses aspectos acabaram criando duas ramificações do cientificismo: a ideologia cientificista e a mitologia cientificista, as quais se fundam em aspectos parecidos. A primeira acredita na evolução das pesquisas nas quais os homens cientistas se dedicam para uma melhor compreensão de como dominar essa natureza, ampliando o saber do homem para deixá-lo sem limites para manipular o futuro. A mitologia, por sua vez, eleva a ciência a uma religião, ao patamar de uma divindade, dando dogmas e comportamentos modelos a todos, que seriam imensuráveis à população, como milagres e inegáveis.

A ideologia e a mitologia trabalham analisando não o campo teórico da ciência, mas os seus resultados, tendo-os como feitos milagrosos e esplêndidos. Sobretudo, focam um poder social, dando patamares diferentes a quem retém a sabedoria. Aqueles que obtêm a sabedoria pela ciência são determinados a governar os outros, que, por sua falta, devem ser designados e apenas obedecer à função que lhes cabe, isto é, toda essa doutrina suportada pela mitologia e ideologia reforça o pensamento de competência e hierarquia, uma visão de superioridade científica. Dessa forma, é necessário perceber a ilusão em que se enquadra a neutralidade total do cientista em seu trabalho. Os cientistas podem realmente se separar de emoções e isso

faz com que muitos achem que sua impessoalidade é perceptível e, acima de tudo, verídica.

Exemplificando, o racismo possui uma análise biológica em que se percebe o clareamento da pele de alguns indivíduos em relação a outros, fazendo com que pensem que esses indivíduos que têm pele branca são superiores aos outros, dando direito de explorá-los e governá-los. A natureza da visão desse problema emerge em vários ramos de estudo, seja no direito por meio das leis, na psicologia com a análise do pensamento humano ou na sociologia e antropologia com a verificação do que originou o comportamento humano a adotar essa prática.

Tanto na visão antiga quanto na moderna, pode-se perceber que os populares cientificistas observam os cientistas como algo deslocado da sociedade, não havendo interesse ou sentimento, apenas uma pessoa que procura uma verdade sem razão do seu interesse e desgrudada totalmente da sua realidade ou âmbito social.

Portanto, é impossível dizer que a ciência é a dona da única forma de se chegar à verdade. Mais ainda, como a verdade é constituída como aqueles procedimentos mínimos necessários para a garantia de um processo justo, seria contestável, então, dizer que há apenas uma verdade possível e compreensível. Mesmo que se afirme isso, o ponto fundamental é não entender a ciência como único fundamento de alcançá-la, mas, sim, um meio. Por isso, é preciso desmistificar essa utopia que circula em torno dos fundamentos científicos e também trazer a ela – ciência – novos meios para alcançar o que possa se entender como justo.

5 A MISTIFICAÇÃO DA PROVA PERICIAL

A prova pericial, segundo Moacyr Amaral Santos (1985), dá-se quando o fato não é suscetível de ser provado por declarações (das partes ou de testemunhas) ou, ainda, por documentos. Como o juiz, não raro, se vale de conhecimentos necessários para a inspeção judicial, é necessário recorrer a um *expert* de determinado assunto, que transmita ao julgador as suas observações. O processo no qual o perito verifica os fatos é chamado perícia.

O Código de Processo Penal caracteriza a perícia como um meio de prova. Contudo, segundo Camargo Aranha (1999), o perito não se contenta apenas em transmitir um fato, como a testemunha, mas faz conjecturas e emite um juízo de valor sobre o fato. Daí dizer que, enquanto todas as provas são objetivas, a perícia é eminentemente subjetiva.

O mesmo autor conclui que a perícia não é, portanto, um meio de prova, mas um meio instrumental, técnico-opinativo e alicerçador da sentença. É instrumental, como todo o processo, como meio de composição do litígio, cujo escopo é a declaração de existência ou não de um direito; é meio técnico-opinativo porque é uma pesquisa técnica, científica ou artística transformada em juízo de valor; e é um alicerce da sentença porque, salvo em caso de erro ou dolo, o juiz não pode afastar suas conclusões, dado que seria desnecessário caso pudesse o magistrado chegar às suas próprias conclusões (ARANHA, 1999).

Já para Malatesta (2001), o perito é uma testemunha. Tal posição reflete-se, inclusive, na própria definição de perícia dada pelo autor, a saber: "[...] a perícia, como veremos em seu lugar, é o testemunho de fatos científicos, técnicos ou de suas relações" (p. 332). Interessante notar que, nos países filiados à *Common Law*, o perito é tratado como testemunha (*expert witness*) possuidora de conhecimentos especiais. Cumpre acrescentar que a doutrina o diferencia da testemunha comum (*ordinary witness*), que deve apenas testemunhar sobre o que viu.

Por fim, o autor aduz que a perícia não deve ser confundida com a inspeção judicial, salientando que até podem ser realizadas concomitantemente, tendo o mesmo objeto, mas as opiniões do juiz e do perito se mantêm separadas. Pode até haver uma convergência, quando o juiz e o perito constatam, por exemplo, que a vítima sofreu cinco ferimentos, mas a convergência não confunde a perícia com a inspeção. Para o perito, diversamente do juiz, tal fato é apenas o ponto de partida de seu trabalho, no qual empregará seus conhecimentos especiais (MALATESTA, 2001).

De qualquer forma, em meio aos diversos meios de prova existentes no direito processual penal, a prova pericial se distingue das demais por se tratar

de uma espécie que tem carga valorativa por si própria. Fala-se isso pois tanto a prova testemunhal quanto a prova documental não geram no processo as consequências fáticas que a prova pericial propicia. Explica-se: ao apresentar uma prova testemunhal, a primeira impressão psicológica é questionar a veracidade da afirmação. Ao aparecer outra testemunha que afirme o contrário, as versões contraditórias serão sopesadas de maneiras iguais. Contudo, por mais que o Código de Processo Penal e os princípios constitucionais digam o contrário, quando se trata de uma prova pericial, ao colidir com uma prova testemunhal, aquela será sopesada inconscientemente de forma superior a esta, tendo em vista que o especialista no assunto, fazendo uso de técnicas científicas, terá uma presunção de verdade muito maior que a versão de uma testemunha. Isso se dá porque o embasamento dessa prova pericial é de teor científico, parecido com aquele que se tinha pela mistificação dos deuses.

Dessa forma, o cenário passou a mistificar a prática da perícia criminal como forma de busca da verdade. Além de diversos seriados, filmes e meios informativos, o uso da perícia foi colocado como o pedestal da incontestável verdade.

6 A DESMISTIFICAÇÃO DA PROVA PERICIAL

O que será contestado a seguir é que, independentemente de a prova pericial ter um embasamento científico, deve haver uma igualdade e sopesagem entre provas. Isso significa que a prova pericial não é e nunca será a única prova para se chegar à verdade do processo, podendo, inclusive, outras provas complementar ou suprir a sua falta, caso necessário. Mais ainda, deve haver um meio de contestar essa prova pericial, haja vista que não é somente essa versão a verdadeira, pois, se assim fosse, traria ao processo o endeusamento do perito como o dono do saber, o que não é verdade. Por fim, também é possível a sopesagem da prova pericial quando ela se mostra inconclusiva, o que é mais que comum. Por isso, pergunta-se: se, na maioria dos casos, a ciência se mostra inconclusiva quando não consegue chegar a um resultado, porque a mesma ciência deve ser elevada ao extremo quando há um resultado conclusivo?

Destarte, o primeiro ponto a tratar é que a prova pericial, como elemento de prova, pode ser complementada e suprida em caso de falta. Não raro, exames de corpo de delito e averiguações sobre causa da morte ou acidentes são inconclusivos; é o que faz das testemunhas elementos essenciais ao processo. Não que elas não aparecessem como tal, mas, como há a obrigatoriedade da perícia quando a infração deixa vestígios (art. 158 do Código de Processo Penal), ela é posta como o carro-chefe das provas. Caso não consiga demonstrar o que aconteceu, outras provas podem suprir-lhe a falta (art. 167 do Código de Processo Penal).

O ponto se mostra bastante claro: como a prova pericial nem sempre chega a um resultado, o próprio Código fez a ressalva da sua complementação por meio da prova testemunhal. Além disso, mesmo quando se chega a uma conclusão, o juiz não estará restrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo (art. 182 do Código de Processo Penal). O problema disso é que a elaboração teórica permite essas brechas de modo a sopesar esse poder científico, mas a praticidade do cotidiano demonstra que a mistificação da prova pericial não admite um contraditório elaborado, adotando a ciência como incontestável e infalível. O denominado livre convencimento motivado deve permitir que o juiz profira sua decisão usando argumentos passíveis de controle e aferição. Da maneira como vemos hoje, o juiz é refém do perito.

Certo é que as chances atuais de alguns métodos científicos estarem errados são muito baixas, como exame de DNA, exame de paternidade, entre outros. No entanto, perícias que necessitam de averiguação de *causa mortis*, reconstituição de cena, análise de mercado econômico e assim por diante podem (e vão) gerar um cerceamento de defesa ao acusado, com uma consequente adoção de "verdade" como sendo única e incontestável. Como os primeiros exemplos (DNA e afins) constituem exclusivamente perícias realizadas com base na ciência, o erro é baixo, apesar de sempre possível, haja vista as descobertas diárias de novos processos e análises. Já nos segundos (reconstituição), além da base científica e teórica para a explanação do caso, há o caráter subjetivo do perito influenciando o resultado. Logo, o juiz se baseará na visão do perito para a prolação da sentença. Como essa perícia não pode ser contestada, mas somente questionada, a versão do perito torna-se

a principal dentro do processo. Tal entendimento não pode prevalecer e se perpetuar. Conforme Flavio Mirza Maduro (2008) expõe em sua tese de doutorado, é preciso haver um contraditório da perícia e um questionamento do laudo exposto pelo perito. Seu entendimento deriva de decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos.

O primeiro caso-paradigma foi *Frye v. United States.* Datado de 1923, tratou da admissão de teste de pressão sanguínea (*systolic blood pressure*), um tosco precursor do detector de mentiras, como prova científica a ser admitida na causa. A Corte decidiu que, se a metodologia (ou técnica) empregada fosse tida como *generally accepted* (aceita de forma majoritária) por relevante e significativa parcela da comunidade científica, deveria ser aceita pelo direito. A regra de *general acceptability*, nascida nesse caso, perdurou por 70 anos, até que o *Daubert case* (1993) mudou o paradigma das questões atinentes à prova científica, ou melhor, à sua cega admissibilidade.

Esse caso, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, trouxe novos paradigmas ao assunto. O médico epidemiologista, com larga experiência no que concerne à exposição de variegadas substâncias químicas, afirmou que, após rever todas as 30 publicações, envolvendo mais de 130 mil pacientes, o medicamento (Bendectin) não seria capaz de gerar deformações fetais. O *expert* foi mais além e afirmou que o uso do remédio nos três primeiros meses de gestação não representava risco ao feto, não ocasionando qualquer defeito quando do nascimento. Os autores não contestaram a literatura médica acerca da matéria, mas opuseram o testemunho de oito peritos (*experts*). Todos apontaram no sentido de que o Bendectin poderia causar defeitos nas crianças, sendo suas conclusões baseadas em testes laboratoriais (*in vitro*) e com animais. Os *experts*, por meio de estudos farmacológicos, constataram a existência de estruturas na composição química do medicamento similares à de outras substâncias conhecidas, sendo certo que estas causavam defeitos em crianças. A Suprema Corte, nesse caso, concluiu que o *standard* oriundo do *Frye test* foi substituído pelas *Rules of Evidence*, salientando que não se tratava de uma exclusão de critérios para admissão da chamada *scientific evidence* e que o juiz continuava com poder de "peneirar" qualquer prova proposta.

De acordo com as *Federal Rules of Evidence*, mormente a de número 702, qualquer prova ou testemunho dito científico, para ser admitido, não deve ser tão somente relevante, mas, sobretudo, confiável, seguro (*reliable*).

Assim, quando requerida a prova científica, caberá à Corte determinar sobre a questão a ser examinada pelo perito, bem como a qualificação do seu saber científico. Além disso, deve-se verificar se o saber é adequado para o fato a ser examinado. *Além disso, outras considerações foram feitas. É preciso averiguar se: i) há publicações (artigos, livros etc.) sobre a matéria; ii) o método usado é ensinado nas universidades ou discutido em congressos; iii) pode tal método ser posto à prova visando a testar sua exatidão; iv) há margem de erro; v) o método é aceito por considerável parcela da comunidade científica (*general acceptance*), sendo conceitos similares estudados e usados.*

Portanto, baseado no paradigma fornecido pelo *Daubert case*, é de se extrair que a prova científica deve pautar-se em critérios aferíveis, ou seja, o perito não é um ser dotado de um saber divino que ilumina a prova. Suas premissas e conclusões devem ser postas à prova. No *Daubert case*, ficou assentado que a aceitação geral da comunidade científica (*general acceptance*) era mais um critério a ser levado em consideração. O conhecimento científico deve ser submetido à comunidade científica, ou melhor, deve ser filtrado e debatido por ela. Trata-se de procedimento que visa a legitimá-lo. Ficou assentado, no caso, que a submissão à crítica dessa comunidade era importante, ou seja, era um componente a mais da chamada *good science*. Essa filtragem, aliada à publicação em local especializado (periódicos ou livros), conferiria credibilidade ao estudo usado como prova científica.

Desse modo, não é possível dizer que, no Código de Processo Penal Brasileiro, os poderes conferidos aos sujeitos do processo de formular quesitos (art. 176) e ao juiz de rejeitar o laudo (art. 182) resolvem o problema. A necessidade de uma perícia mais acessível ao juiz e às partes não se satisfaz dessa forma. Além disso, é preciso atentar que as alterações feitas em 2008 no Código de Processo Penal sequer chegam perto dessa linha de pensamento, restringindo a atuação do assistente técnico e supervalorizando a manifestação do perito. Diz-se isso porque o assistente atuará somente se admitido pelo juiz e *após* a conclusão dos exames e elaboração do laudo dos

peritos oficiais (art. 159, §4º). Por mais que o material probatório seja disponibilizado para exame posterior dos assistentes (art. 159, §6º) e a formulação de quesitos extras possa ser feita de forma prévia (art. 159, §3º), o que é um imenso avanço, os procedimentos contestatórios ainda são mínimos, podendo as partes somente requerer o esclarecimento da prova ou a resposta de quesitos (art. 159, §5º, I). O principal problema disso é que, por mais que o perito esteja obrigado formalmente a descrever minuciosamente o que examinou (art. 160), a ênfase principal do seu trabalho é sobre a sua conclusão (prova) e não sobre o meio (procedimento), que é o real trabalho do perito: o método científico. Atuar de modo lógico e concatenado, adotando métodos que sejam aceitos pela academia e que não sejam ortodoxos, é a base da sua atuação. Assim como a verdade real, o mais importante não é chegar a ela, mas, sim, estabelecer regras procedimentais para que não haja o restabelecimento de uma inquisição dentro de uma democracia. Este é o principal problema.

Assim, a defesa que se pretende ao modelo exposto por Flavio Mirza Maduro (2008) se faz necessária. O contraditório é a base para esse entendimento, pois pressupõe espectro largo, abrangente, como expressão da garantia de um processo justo. Com efeito, numa perspectiva moderna, as decisões estatais, aptas a influir na esfera de direitos individuais, devem ser precedidas de comunicação efetiva e real às partes, a fim de que proponham alegações, requeiram a produção de provas ou de diligências, enfim, possam, querendo, impugnar substancialmente os atos dos demais atores do processo. Nesse sentido, cumpre ressaltar que contraditório efetivo é contraditório prévio. Assim, as partes devem ser instadas a se manifestar antes de qualquer decisão, ou seja, o chamado contraditório postergado ou diferido precisa ser realmente visto como exceção, para que não haja redução de seu alcance.

Nessa dinâmica, eminentemente dialógica e dialética, a influência dos sujeitos do processo deve se fazer presente, de modo a legitimar a atuação estatal quando da prolação de suas decisões. Isso porque a esfera de direitos individuais será, inexoravelmente, afetada. Logo, o contraditório participativo impõe o direito de influenciá-las. É a sociedade, por meio do jurisdicionado, participando das decisões estatais. Visando a dar concretude ao que foi dito,

pode-se dizer que, por meio do procedimento processual, o Estado legitima sua atuação, garantindo a participação eficaz dos envolvidos no processo. Assim, o procedimento, sempre realizado em contraditório e conduzido por um juiz garantidor dos direitos constitucionais (e fundamentais), é essencial para a legitimação da atividade estatal.

Portanto, no que concerne ao segundo vetor (aspecto subjetivo), temos que a manutenção de uma perícia oficial não é óbice à melhora dos serviços. Além de investimentos em tecnologia e qualificação de pessoal, é imperioso que o perito, ao elaborar seu laudo, não goze de presunção absoluta de veracidade e legitimidade em tal ato. Isso porque suas conclusões, expressas no laudo (corporificação de um ato administrativo estatal), não podem ser vistas de forma absoluta. A adoção de assistentes técnicos o obrigará a esclarecer sua metodologia, critérios de pesquisa, margem de erro, aceitação da sua teoria pela comunidade científica etc., enfim, dará consistência à perícia, pois, na medida em que suas conclusões forem confrontadas com as de outros *experts*, desnudar-se-á eventual utilização de saber incompatível com a causa analisada. Já os juízes terão base para aceitar o laudo ou rejeitá-lo, em todo ou em parte.

O *expert* precisa explicar as margens de erro de seu trabalho, bem como outras teorias que se contrapõem à sua. Nesse contexto, o juiz, ao analisar a prova técnica, terá à sua disposição um arsenal maior que resultará em justificativa de motivação idônea. Cumpre observar que tais aspectos precisam estar atrelados a uma prova pericial realizada em contraditório, devendo este ser visto, sobretudo, como direito de influência. Logo, a prova, qualquer que seja ela, como verdadeiro direito da parte, necessita da batuta do contraditório desde a sua formação, sob pena de desafinar. E não seria diferente com a prova pericial em específico.

A prova pericial deve formar-se sob o crivo do contraditório, sendo certo que o contraditório diferido não atende à sua moderna concepção, qual seja, como direito de influência. Aliado à audiência bilateral, trata-se do direito de influir eficazmente numa decisão estatal que incidirá na esfera de direitos individuais do cidadão.

7 CONCLUSÃO

Como visto, a prova pericial está ligada à ciência e seu caráter técnico supõe uma alta carga de veracidade no laudo. Contudo, por mais que essa opinião se aproxime do fato ou da neutralidade, nunca se chegará à certeza ou à verdade absoluta, pois a subjetividade do perito e a ciência influenciam a posição adotada. Por isso, a proposta de um contraditório moderado com relação à prova pericial trazida pelo professor Flávio Mirza Maduro (2008) parece atraente, de modo a equalizar o que hoje parece tão distante: a possibilidade de contestar o laudo pericial com outra prova.

Deve-se olhar o procedimento probatório como um todo e não somente a prova pericial especificamente. Todas as provas possuem como teor um caráter vinculativo e devem ser levadas em consideração, estando em um mesmo patamar de importância, devendo ser sopesadas pelo juiz no momento do julgamento da causa.

Deve, sim, a prova pericial ser complementada, devendo ter como subsidiários outros meios de prova, para que não seja tratada pelo cientificismo como a fonte do saber. A desmistificação é necessária; todavia, por mais que se pense que, processualmente, as formas estão garantidas e há meios processuais para contestá-las (o que não se discute), a materialidade do processo penal informa as consequências diversas quando o juiz é refém do laudo e quando não há outras formas de contraditório.

Renovar é preciso, ainda mais se for para o bem da ciência.

REFERÊNCIAS

ARANHA, A. J. Q. T. C. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 26 mar. 2012.

CARNELUTTI, F. Verità, dúbio e certezza. **Revista di Diritto Processuale**, v. XX (II serie), 1965.

CORDERO, F. **Procedimiento penal**. Tradução de Kprge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. v. 2.

FERRAJOLI, L. **Derecho y razón**: teoria del garantismo Penal. 2. ed. Madri, Trotta, 1997.

LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

MADURO, F. M. **Prova pericial**: em busca de um novo paradigma. 2008. Tese (Doutoradoem Direito) – Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=92930>. Acesso em: 26 mar. 2012.

MALATESTA, N. F. D. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

NICOLITT, A. L. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 2.

TARUFFO, M. **La prueba de los hechos**. Madri: Trotta, 2002.

Correspondência | Correspondence:

Rogério Barros Sganzerla
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Unirio, Av. Pasteur, 296, Bairro da Urca, CEP 22.290-240. Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Fone: (22) 2542-1274.
Email: rsganzerla@hotmail.com

Recebido: 23/07/2012.
Aprovado: 20/12/2012.