

UNIVERSIDADE GAMA FILHO
DOUTORADO EM DIREITO

PROVA PERICIAL

Em busca de um novo paradigma

Flávio Mirza Maduro

Tese apresentada como requisito para a
obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Greco

Rio de Janeiro

Fevereiro 2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Dedico esta tese a meus pais, Carlos e Nilza, a meus irmãos, Rafael e André, e a minhas tias, Atina, Assy e Dircy (in memoriam), que sempre me apoiaram em todos os momentos da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao mestre e amigo Professor Dr. Leonardo Greco. Sua aceitação como meu orientador encheu-me de orgulho, mas aumentou minha responsabilidade, pois trata-se, senão do melhor, de um dos melhores processualistas de nosso tempo. O jeito paternal, firme nas horas em que esmorecia e afetuoso na hora das dificuldades e angústias, foi determinante em minha formação, tanto jurídica, quanto pessoal. A ele, devo muito mais do que posso retribuir. São dele muitas das idéias que julgo serem minhas, pois, ao longo de nossa convivência, estou sempre aprendendo. Com paciência, generosidade e, principalmente, humildade guiou-me na vida em diversos momentos. O grande mestre é, com certeza, muito mais do que um orientador, fazendo com que eu me considere muito mais que aluno, pois sou tratado como filho.

Agradeço também a meu tio Wilson Mirza, mais que um tio, pelo carinho e, sobretudo, paciência em razão de minhas ausências no escritório. Agradeço ainda a Patrícia, advogada e amiga inseparável no escritório, que sempre me ajudou.

Agradeço aos professores Humberto Dalla, Afrânio Silva Jardim, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e José Ribas Vieira pelo exemplo transmitido.

Agradeço, ainda a meus amigos, Guilherme Raposo, Carlos Bruno e Antonio Cabral, pela convivência enriquecedora. Sendo certo que os dois últimos foram fundamentais na elaboração do trabalho. Muito obrigado.

Finalmente, porém não menos importante, agradeço aos meus alunos e a todos que contribuíram de alguma forma para que a tese fosse concluída. Dentre elas Neuza, Adriana e Fabiana que, com atenção especial, muito me ajudaram, desde o mestrado.

“Um problema da nossa sociedade atual é que temos uma atitude diante da educação como se ela existisse apenas para tornar as pessoas mais inteligentes, para torná-las mais criativas. Às vezes chega mesmo a parecer que aqueles que não receberam grande instrução, aqueles que são menos sofisticados em termos de formação acadêmica, são mais inocentes e honestos. Muito embora nossa sociedade não dê ênfase a esse aspecto, a aplicação mais valiosa do conhecimento e da instrução é a de nos ajudar a entender a importância da dedicação a atos mais salutares e da implantação da disciplina na nossa mente. A utilização correta da nossa inteligência e do conhecimento consiste em provocar mudanças de dentro para fora, para desenvolver um bom coração.”

Dalai Lama

RESUMO

O presente trabalho visa estudar a prova pericial, no que tange à sua elaboração e conseqüente valoração pelo magistrado, tendo em vista a busca da verdade e o contraditório. Com efeito, sendo a prova o cerne do processo, de sua análise dependerá o atendimento, ou não, da pretensão deduzida em Juízo. A questão ganha colorido especial quando se trata da prova pericial, ou científica, pois a mesma é elaborada por peritos, detentores de um saber específico, inacessível ao juiz, bem como à maioria leiga. Inicialmente, procuramos demonstrar que a verdade do processo é única, sem necessitar de adjetivações, pois fruto da melhor reconstrução possível que o Direito pode fazer em função de limitações extrínsecas e intrínsecas, inclusive com o auxílio da prova pericial. Após, estudamos a prova em seu aspecto geral, para, só então, ingressar na prova pericial. Dentro do estudo da prova pericial, identificamos dois fatores, um de ordem objetiva e outro de ordem subjetiva, que são, respectivamente, os critérios norteadores do saber científico exarado pelo perito (aspecto objetivo) e a vinculação do perito a órgãos estatais, com presunção de veracidade e legitimidade de seus atos (aspecto subjetivo). Revisitamos a questão, chegando, por meio de pesquisa ao direito comparado, a soluções que melhor se compatibilizam com as garantias fundamentais do processo, notadamente o contraditório. Assim, a prova pericial, oriunda de conhecimentos científicos, deve nortear-se na perspectiva da sociabilidade desse conhecimento, visando não ser um saber mitológico, conhecido só pelo perito que não pode, de modo algum, tornar-se o juiz da causa. Assim propusemos um novo modo de encarar seu aspecto objetivo. Vislumbramos, outrossim, a possibilidade do perito ser confrontado, em igualdade de armas, por assistentes técnicos das partes. Isso haveria de permitir uma decisão com motivação mais consistente por parte do magistrado. Tudo, obviamente, permeado pelo contraditório, visando chegar à verdade e, conseqüentemente, à justiça.

ABSTRACT

This work aims at studying the forensic evidence, in what concerns its buildup and consequent appraisal by the magistrate, keeping in mind the contest and the search for the truth. In effect, as the evidence is the heart of the trial, the fulfillment of the claim presented in court will depend on its analysis. The matter takes special hues when one is concerned with forensic or scientific evidence, since such evidence is built up by experts, holders of a special knowledge which is inaccessible to both the judge and the lay majority. Firstly, we attempt to demonstrate that the truth of the lawsuit is unique, not requiring qualifications, since it is a consequence of the best possible reconstruction, something the Law can carry out in accordance with extrinsic and intrinsic limitations, and even more so with the help of forensic evidence. After that, we will study the evidence in itself in order to then examine the forensic evidence. Within the study of the forensic evidence, we identify two factors, one of an objective order and the other of a subjective order, namely the guiding criteria for the scientific knowledge produced by the expert (objective factor) and the attachment of the expert to state-owned institutions, with the presumption of truthfulness and legitimacy in their acts (subjective factor). We then revisit the question and by means of comparative law research, we reach solutions that are better compatible with fundamental lawsuit guarantees, notably the contest. Thus, the forensic evidence, originating from scientific knowledge, ought to be guided under the perspective of the accessibility of such knowledge, aiming at not being a mythological knowledge, held only by the expert, who cannot in anyway become the judge of the cause. We have therefore proposed a new way of facing its objective aspect. Moreover, we contemplate the possibility of the expert being confronted, on equal terms, by technical assistants to the parts. This should allow for a decision with a more consistent motivation by the magistrate. All of these procedures are clearly to be permeated by the contest, aiming at reaching the truth, and therefore, justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A QUESTÃO DA BUSCA DA VERDADE.....	13
2.1 A verdade no nascimento da filosofia	18
2.2 A verdade no conceito de ciência moderna.....	23
2.3 A crítica ao conhecimento da verdade	26
2.4 A fenomenologia e o problema da historicidade.....	30
2.5 A hermenêutica e as ciências do espírito: o diálogo entre a verdade e o método.....	34
2.6 A verdade e o consenso possível	41
2.7 A questão da verdade no Direito Processual.....	45
3 TEORIA DA PROVA – BREVES APONTAMENTOS	59
3.1 Introdução	59
3.2 Conceito de prova	60
3.3 Objeto da prova	65
3.4 Fontes e meios de prova.....	68
3.5 Prova e instrução.....	72
3.6 Procedimento probatório.....	75
3.7 Valoração da prova – sistemas de apreciação	78
4 PERÍCIA.....	91
4.1 Natureza jurídica da perícia e do perito.....	95
4.2 Procedimento da prova pericial na lei processual penal brasileira.....	101
4.3 Força probante e valoração da perícia	106
4.4 Prova pericial: causalidade, probabilidade e estatística.....	113
4.5 O paradigma nacional: nas pegadas da solução.....	117

5 PROPOSTA DE SOLUÇÃO	120
5.1 Aspecto objetivo: A jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana	120
5.1.1 A denominada relevant evidence	120
5.1.2 Estudo dos principais casos	122
5.1.2.1 <i>Frye v. United States</i>	125
5.1.2.2 <i>Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals</i>	126
5.1.2.3 <i>General Eletric v. Joiner</i>	129
5.1.2.4 <i>Kumho Tire v. Carmichael</i>	131
5.1.3 Síntese do aspecto objetivo	132
5.2 O aspecto subjetivo: perito e assistente técnico	136
5.3 O contraditório na perícia e o direito à prova	145
5.3.1 A questão no inquérito policial	152
5.4 Sistematizando os vetores	160
6 CONCLUSÕES	164
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	167

1 INTRODUÇÃO

Século XXI. Pós-modernidade, tempo de incertezas.

Esse admirável mundo novo, apropriando-me do título do excelente livro de Aldous Huxley, não pára de evoluir. O incremento dos conhecimentos científicos traz inúmeros benefícios, mas também nos deixa perplexos diante da velocidade das mudanças. O que era verdade absoluta ontem, hoje não é mais. No campo da medicina, por exemplo, operam-se bebês na barriga das mães, sendo possível saber, por meio de mapeamento genético, se crianças terão a doença x ou y.

A própria ciência não é mais vista como algo absoluto, senão pelo aspecto falsificacionista de Popper.

Nesse contexto, a ciência do Direito não haveria de passar incólume, ou seja, sem ser atingida por esse verdadeiro turbilhão. E, com o direito processual não seria diferente.

Com efeito, na seara processual penal, onde se equilibram o direito de punir e o direito de liberdade, sempre tensionados, o processo penal surge como elemento de garantia do réu. Nesse cenário dialético, que cria uma relação inter-subjetiva entre as partes, acusação e defesa tentarão convencer o Estado-juiz, terceiro imparcial, da veracidade de suas afirmações. Para isso, valer-se-ão das provas. É com elas que o magistrado vai trabalhar. É por meio delas que formará seu convencimento, que chegará à verdade. Note-se, pois, que a prova é o cerne do processo.

Nesse contexto, avulta em importância a prova pericial, baseada em conhecimentos científicos, e que, portanto, não poderia estar em desalinho com o moderno conceito (popperiano) de ciência acima referido.

Entretanto, no Direito, vivenciamos inquestionável paradoxo. Isso, pois a prova pericial (ou científica) ainda é encarada tendo em vista arcaico paradigma de ciência. Ou seja, como um saber quase divino, inacessível às partes e ao juiz, não permitindo que se chegue à verdade no processo.

Iniciaremos a tese analisando a questão da verdade, principalmente no direito processual. Aos interessados numa perspectiva de cunho filosófico, a leitura será prazerosa e servirá para nortear as premissas teóricas do trabalho, notadamente quando da explanação da verdade no atual conceito de ciência. No que concerne ao processo, procuraremos estabelecer que a verdade seja construída valendo-se o Direito de todos os saberes à sua disposição. Isso porque o processo possui limitações intrínsecas enquanto instrumento de reconstrução de um fato histórico. Assim, não é possível imaginar uma verdade absoluta (certa), tão ao gosto dos iluministas, cumprindo adiantar que não adjetivamos essa verdade de “processual”.

No âmbito do processo, e mais particularmente das provas, a chamada prova científica surge, como afirmamos acima, com importância ímpar. Suas peculiaridades reclamam tratamento diferenciado. Com efeito, o juiz dela se utiliza, por não ter capacidade de examinar o fato que se apresenta. Logo, ao valorá-la, se não for bem esclarecido, é provável que não tenha elementos para discordar da conclusão do perito. Isso levará, inexoravelmente, a uma deficiente fundamentação de sua decisão.¹ Aliás, no Brasil, ainda que com previsão legal (artigo 182 do Código de Processo Penal), dificilmente o magistrado consegue fazê-lo. O modelo de prova científica adotado em nosso ordenamento engessa a figura do julgador, transferindo poderes de verdadeiro juiz ao perito. A chamada perícia oficial, muitas vezes com contraditório diferido, contribui para sepultar qualquer esperança.

Visando situar o leitor, estudamos, no terceiro capítulo, a teoria geral da prova. Como se perceberá, ainda que prevaleça o viés jurídico, entendemos a

¹ Michele Taruffo afirma que a motivação da decisão deve ser justificativa e não simplesmente demonstrativa do raciocínio do juiz. Cf. TARUFFO, Michele. **La Motivazione Della Sentenza Civile**. Padova: Cedam, 1975. p. 107-148.

prova como categoria mais ampla, tomada emprestada da realidade da vida pelo Direito.

No quarto capítulo, detivemo-nos sob a perícia. Enfocamos um aspecto que nos parece extremamente importante, qual seja, o da prova pericial como prova estatística. Não há dúvida quanto à relevância de conhecimentos matemáticos (estatísticos/probabilísticos) na ciência do Direito². Entretanto, concluímos que tais não se prestam a fazer prova da causalidade. No mesmo capítulo, identificados os problemas no trato da prova pericial, desmembramos a questão em dois aspectos. O primeiro de ordem objetiva (que diz respeito à adoção de critérios científicos compatíveis com a visão de ciência esposada no capítulo 2) e o segundo de ordem subjetiva (atinente à pessoa do perito, bem como à presunção de veracidade e legitimidade de suas conclusões). Como importante elemento de ligação, incorporamos o contraditório.

No quinto capítulo da tese, propusemos soluções visando contribuir para o aprimoramento desse importante meio de prova. Assim, no aspecto objetivo, trabalhamos com o *Daubert case*, e com a pertinente jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, verdadeiro marco de mudança paradigmática no que respeita ao tema. No aspecto subjetivo, apontamos saídas para que o laudo, mormente numa perícia tida por oficial, não goze das aludidas prerrogativas que, inclusive, não mais se coadunam com um Estado que se proclame Democrático de Direito.

Ainda no quinto capítulo, destacamos o contraditório, verdadeira ligadura entre os dois aspectos, que deve permear, enquanto direito de influência, qualquer procedimento estatal. Nesse sentido, deve ser observado desde a formação da prova (pericial). Assim, como consequência inexorável, sua inobservância, mesmo no inquérito policial, leva à imprestabilidade da prova pericial realizada sem seus auspícios.

² Taruffo chama atenção para uma “tendenza alla scientificizzazione del ragionamento sui fatti” com base na matemática e na lógica. Cf. TARUFFO, Michele. Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica. In: _____. **Sui Confini**. Bologna: Società editrice il Mulino, 2002. p. 341-342

Finalmente, no sexto capítulo, apresentamos nossas conclusões, pugnando por uma perícia mais democrática.

A metodologia utilizada foi a de consulta bibliográfica específica, de fontes (livros, periódicos *etc*) nacionais e estrangeiras, sobre a matéria. Salvo no que toca ao ordenamento norte-americano, não nos utilizamos da jurisprudência, mormente a nacional. Pareceu-nos desnecessário, dado o tratamento pouco profundo dispensado ao tema por parte de nossos tribunais, inclusive os de superposição (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça).³ Assim, eventuais citações jurisprudenciais são ilustrativas, ainda que não destoem do trato geral destinado à matéria.

Cumpre esclarecer, outrossim, que não fizemos um estudo aprofundado das famílias da *civil law* e da *common law*, pois fugiria ao escopo primordial do trabalho e, a rigor, exigiria tese (sede) própria.⁴ Sendo assim, quando pertinente, fizemos alusões, e esclarecimentos, pontuais a ambas.

³ A expressão é usada por ilustres processualistas paulistas. Cf. ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 178.

⁴ Damaska fornece importantes elementos para compreender algumas diferenças entre as duas famílias. Cf. DAMASKA, Mirjan R. **I volti della giustizia e del potere**. Tradução de Andrea Giussani e Fabio Rota. Bologna: Società editrice il Mulino. 1991.

2 A QUESTÃO DA BUSCA DA VERDADE

As ciências do espírito⁵, também chamadas de ciências sociais, objetivam o domínio do universo humano-histórico, ou seja, do homem e da sociedade.⁶ Já as ciências da natureza, ou exatas, têm em vista, tão-somente, o domínio desta. É imperioso ressaltar que, hodiernamente, o papel das ciências do espírito vem se tornando tão ou mais importante que o papel das ciências naturais, na medida em que o crescente domínio da natureza tem aumentado o mal-estar da cultura, em vez de diminuí-lo.⁷

Indubitavelmente, nos dias de hoje, os avanços científicos, mormente na área tecnológica, têm se mostrado um campo fecundo e de profundas transformações. A tecnologia avança e invade a vida de todos sem pedir licença, fazendo crer que estamos diante de um verdadeiro salto de qualidade, que tudo será mais rápido e fácil. Não obstante, os papéis do homem, do Estado e da sociedade nunca estiveram tão confusos. Para alguns autores, é a chamada pós-modernidade que designa um momento de profundo vazio⁸, ou, como sustenta Luís Roberto Barroso, é “uma época aparentemente pós-tudo: pós-marxista, pós-Kelseniana, pós-freudiana.”⁹ Lênio Streck, falando em modernidade tardia, denuncia, em obra crítica e de leitura obrigatória, mazelas nacionais advindas desse período, sustentado que, no Brasil, “a modernidade é tardia e arcaica.”¹⁰

⁵ A expressão foi cunhada por Schleimarcher e difundida por Wilhelm Dilthey. Cf. DILTHEY, Wilhelm. **Historia de la Filosofía**. 2. ed. México: Efe – Fondo de Cultura Económica, 1996. Na doutrina pátria consulte-se o trabalho de REIS, José Carlos. **Wilhelm Dilthey e a autonomia das ciências histórico-sociais**. Londrina: Eudel, 2003.

⁶ O que, em nosso sentir, coloca o Direito como uma ciência do espírito.

⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 49.

⁸ “(Pós-modernidade) é uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais.” Cf. MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. **Cidadania e Justiça**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 6, p. 237-248, 1999. p. 239-240.

⁹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 358, p. 91-114, nov./dez. 2001. p. 91-92.

¹⁰ Cf. STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 25.

É preciso que se mencione, no atual contexto de uma sociedade plural, cosmopolita e de massa, a constante dificuldade da opinião pública em compreender as ciências do espírito, uma vez que as mesmas nem sempre se traduzem em obras de visibilidade, como as obras de arte. Ao contrário, apresentam-se, não raro, apenas como discursos – em especial, enunciados, que se pretendem verdadeiros – e, por vezes, têm o mero intuito de fazer pensar e ponderar.

O conceito de ciência moderna, ancorado na idéia de método, como será abordado mais adiante, foi cunhado pelo desenvolvimento das ciências da natureza a partir do século XVII. As ciências do espírito também tentaram haurir sua legitimidade aproximando-se dessa concepção científica, porém enfrentaram a perplexidade quando perceberam o quão freqüentemente se desenvolvem sem consideração ao método.

Segundo Gadamer, é preciso trabalhar a singularidade das ciências do espírito e não seus pontos de contato com as ciências da natureza. Aduz o pensador tedesco que a fecundidade do conhecimento nas ciências do espírito parece mais próxima à intuição do artista do que ao espírito metodológico de investigação.¹¹

Demais disso, o método nas ciências da natureza não apreende tudo que é digno de se saber, nem sequer o mais digno, i.e., os fins últimos do domínio dos recursos naturais e humanos. É preciso que se diga, desde logo, que as ciências do espírito não refutam a utilização de métodos, porém lançam mão de seus próprios, o que, em nosso sentir, também as caracteriza como ciências na acepção moderna da palavra.

Segundo Ferraz Júnior, para aqueles que fazem distinção entre ciências humanas e ciências da natureza, enquanto o método destas busca apenas explicar o seu objeto (constatando as ligações constantes entre fatos), o método daquelas visa ainda compreendê-lo.¹² Assim, o cientista busca, intuitivamente, valorar e dar sentido ao objeto das ciências do espírito.

¹¹ *Ibid.*, p. 50.

¹² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 11.

Como o comportamento humano não tem só o sentido que o cientista lhe atribui, tendo também o sentido que ele próprio se dá, exige-se um método próprio para as ciências do espírito, distinto do método das ciências naturais, que faça repousar a validade do conhecimento científico na consistência das valorações que revelam o sentido dado ao objeto do estudo.¹³

No entanto, apesar de conhecermos o método próprio das ciências do espírito, freqüentemente buscamos impor nossa opinião sem poder demonstrá-la segundo o ideal de verificabilidade metodológica. Nas ciências do espírito, raramente alcançamos esse ideal e, quando o alcançamos, dificilmente tratamos das coisas realmente importantes.¹⁴

Percebe-se, pois, que, muitas vezes, entende-se ter alcançado a verdade nas ciências do espírito, mas tal verdade não pode ser verificada pelo seu método. Essa afirmação reforça nossa idéia de buscar critérios verificáveis, com a maior precisão possível e dentro das condições técnicas atuais, de legitimidade e validade da prova científica.

Nesse sentido, o método se opõe à criação; aquilo que possibilita a ciência pode impedir a fecundidade do conhecimento científico. Em vista disso, diversamente das ciências naturais, ocorre às ciências do espírito que seu investigador “[...] pode aprender muito mais lendo um livro de um diletante do que lendo livros de outros investigadores.”¹⁵

Consoante Boaventura de Souza Santos, o elemento pessoal do conhecimento científico se manifesta, em geral, no *quantum* de liberdade com que o cientista manipula suas pesquisas. Quando centra suas preocupações no autoconvencimento, tentando afastar ao máximo as pressões externas, tende à transformação do conhecimento e à inovação científica. Distintamente, se privilegia o

¹³ *Ibid.*, p. 13: “Assim, por exemplo, não bastaria constatar as ligações entre a proclamação da Independência brasileira por D. Pedro e a situação política européia; é preciso, para captar o fenômeno, uma determinação do seu sentido (na vida brasileira, no concerto americano e europeu etc.), o que ocorre mediante valorações capazes de perceber o significado positivo ou negativo dos fatos num contexto”.

¹⁴ GADAMER, *op. cit.*, p. 65: “Temos de confessar, ao contrário, que as maiores e mais fecundas produções das ciências do espírito estão muito distantes do ideal de verificabilidade”.

¹⁵ *Ibid.*, p. 64.

convencimento da comunidade científica, prendendo-se à metodologia, propende à consolidação do conhecimento adquirido e seu aprofundamento.¹⁶

Assim, Novitz alega que a imaginação fantástica ou livre imaginação seria o que nos permite avançar no conhecimento¹⁷, levando-nos a formular hipóteses que venham a ser confirmadas.¹⁸ Não se deveria desprezar o valor da arte e da intuição do artista para o conhecimento, pois, freqüentemente, as obras de arte nos são cognoscitivamente valiosas, tornando inteligíveis o meio que nos cerca.

A falta de fecundidade na investigação metodológica do conhecimento acarreta uma certa “burocratização das ciências”, vez que o investigador está sempre preso a seus preconceitos. Se todo enunciado é uma resposta a uma pergunta, toda pergunta também consiste numa resposta, tendo uma motivação. O perigo da ciência está propriamente na dificuldade de ser original ao perguntar.¹⁹

Essa motivação para “o perguntar” diz respeito a uma particular situação hermenêutica em que se encontra o investigador. Traz-se à baila a questão do sentido histórico das ciências do espírito. O historicismo, que vê em todo conhecimento um condicionamento histórico, enfraqueceu a crença no conhecimento teórico.

A condicionalidade histórica, ademais, reforça a pressão dos poderes sociais e históricos sobre o espírito, colocando ao serviço daqueles as ciências do espírito. Menciona Gadamer “[...] uma convivência real de nosso conhecimento com relação aos poderes da época.” Acrescenta que “[...] as ciências do espírito são

¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989. p. 108.

¹⁷ SUCAR, Germán. Verdad y ficción. In: BERGALLI, Roberto; MARTYNIK, Claudio (Comp.). **Filosofía, política, derecho**: homenaje a Enrique Marí. Buenos Aires: Prometeo, 2003. p. 81: “Por otra parte, Novitz admite que la imaginación constructiva juega un papel en el conocimiento, particularmente en la inducción, pero aduce que el avance o crecimiento del conocimiento no sería posible exclusivamente con la imaginación constructiva, sino que para que éste sea posible debería intervenir la imaginación fantástica o libre imaginación. La imaginación constructiva sólo nos permitiría recordar nuestro conocimiento”.

¹⁸ O elemento romântico, em Novitz, é temperado pelo realismo. Admite-se que a ficção poderia produzir conhecimento, mas limitada pela confrontação com a realidade.

¹⁹ GADAMER, *op. cit.*, p. 67.

colocadas a serviço dessas tendências, são avaliadas pelo significado que seus conhecimentos sociais, políticos, religiosos prestam ao poder vigente.”²⁰

É importante notar que essas pressões não são só externas, empolgando-se o próprio investigador a curvar-se ao poder vigente. Almejando a confirmação e aceitação do público, ele mesmo já busca adaptar seu trabalho à opinião pública. Essa é uma situação dramática na era das massas em que vivemos, cujo sistema de domínio e poder forma nossa opinião.²¹

Souza Santos trata de uma “duplicidade” nas ciências em geral, uma vez que o cientista tanto tem a necessidade de convencer a si mesmo, quanto de convencer a comunidade científica, de tal maneira que, antecipando-se à reação desta, utiliza expedientes para persuadi-la, ainda que não sejam os mesmos que o convenceram inicialmente. Assim, justifica o produto de seus estudos publicamente, dando-lhes uma aparência palatável. Cuida-se de um oportunismo metodológico.²²

Nada obstante, em Gadamer, as ciências do espírito têm uma especial possibilidade de fazer frente à sedução do poder e à corrupção de sua razão. Isso porque sua tarefa se equilibra entre a elaboração científica da própria finitude e do condicionamento histórico do pesquisador, de um lado; e a resistência à auto-apoteose do Iluminismo, do outro.²³ Cuida-se da consciência do pensador a respeito das implicações de sua própria existência histórica e, além disso, da consideração do objeto de seu conhecimento, único critério de verdade. São pressupostos para um saber lúcido, para a verdade lúcida.

²⁰ *Ibid.*, p. 51.

²¹ Observa Nicola Matteucci que hoje vivemos uma crise da opinião pública, que nasceu na modernidade como consequência da separação entre o Estado – detentor de poder – e a sociedade civil – articulada em torno de uma burguesia corporativa que não queria deixar nas mãos dos políticos a gestão dos interesses públicos. Contemporaneamente, assiste-se à falta de clara distinção entre o Estado e a sociedade civil, no âmbito da qual se formou uma classe dirigente, que, ávida pelo poder, passou a manipular a opinião pública. Viabilizando essa tarefa, observa-se o desmantelamento dos espaços públicos associativos, propícios à formação da opinião pública pelo diálogo, em prol dos espaços administrados por potentes oligarquias, como os meios de comunicação massificada e a indústria cultural (MATTEUCCI, Nicola. *Opinião pública*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 842-845).

²² SANTOS, *op. cit.*, p. 106: “Para se convencer a si próprio dos seus resultados e dos vários trâmites pra os atingir, o cientista sabe que tem de pôr constantemente o carro à frente dos bois, mas sabe também que, para convencer a face pública da comunidade científica, tem de constantemente passar o carro para trás dos bois”.

²³ GADAMER, *op. cit.*, p. 55.

Essa colocação do mencionado autor está muito ligada aos seus estudos de hermenêutica, de que trataremos a seguir. Antes, porém, é importante discorrer sobre a idéia de verdade no pensamento filosófico grego, que cunhou nossa civilização, abordando sua pertinência no conceito de ciência moderna e sua crítica, que terá desdobramentos na hermenêutica filosófica. Por fim, abordaremos a necessidade da evocação de um consenso possível, tornando viável o diálogo entre a existência e a acumulação de conhecimentos.

2.1 A verdade no nascimento da filosofia

As ciências desenvolvem-se rumo à ampliação dos conhecimentos do homem. A ligação entre os conceitos de ciência e verdade é íntima e evidente, podendo-se dizer que aquela se pretende um instrumento de busca desta última. No entanto, a história da civilização ocidental demonstra que o desenvolvimento do conceito de ciência, dos antigos aos modernos, distanciou-a do conceito de verdade, pelos menos no que tange aos moldes do pensamento grego clássico.

Forte nos ensinamentos de Gadamer, foi a ciência que cunhou a civilização ocidental no seu modo de ser peculiar e em sua unicidade.²⁴ Suas raízes históricas remontam à Grécia antiga, em seu período clássico, quando nasce o saber filosófico, caracterizado pela busca incessante do conhecimento, em contraposição ao saber mitológico. Veremos mais adiante, que o tratamento dispensado à prova científica no processo penal brasileiro, além de revelar indisfarçável caráter autoritário²⁵, possui um quê de divindade para as partes e para

²⁴ *Ibid.*, p. 59.

²⁵ Nem poderia ser diferente, pois o nosso Código de Processo Penal é inspirado no Código Rocco, de 1930. Sabidamente, tal diploma legal italiano rompeu com a tradição do Código Finocchiaro, de 1913, de caráter marcadamente liberal. O Código Rocco, de indisfarçável feição inquisitiva, caiu como uma luva no cenário brasileiro. Com efeito, vivia-se o Estado Novo, a Era Vargas, cuja lógica autoritária e repressiva não encontrou dificuldades em incorporar um código facista. Assim, nosso plágio não foi um mero acaso, pois nunca é demais lembrar que o processo penal (e também o direito penal) é um dos braços (talvez seja melhor falar em tentáculos, numa referência direta ao Leviatã) do sistema de controle social do Estado. O golpe de Estado de 1937 pautou-se, pretensamente, no respeito à ordem pública, na legalidade, na manutenção das instituições sociais e, finalmente, na

o próprio juiz, pois, não raro, ficam sem saber como se chegou às conclusões apresentadas.

A filosofia também se distingue do conhecimento científico, sendo este um saber específico e fragmentado, voltado para o domínio do real, e aquele um saber geral e reflexivo, voltado a entender os princípios que tornam possível a própria aquisição do saber.

Entretanto, essa concepção de que a filosofia se volta para o todo e a ciência para o conhecimento fragmentado tem sido enfraquecida.²⁶ Até mesmo as teorias recentemente elaboradas no âmbito das ciências da natureza, como a Teoria Quântica e a Teoria da Relatividade, empreenderam investigações que tocam o conhecimento do todo, da idéia do absoluto.²⁷

Pode-se dizer, contudo, que a filosofia se distingue da ciência, por ser a sua consciência crítica. Não seria adequado, destarte, tratar a filosofia como uma ciência geral, em contraposição às ciências especiais, porque a distinção entre as mesmas é essencial e não gradual.²⁸

autoridade governamental. Sobre o momento histórico vivido pelo Brasil, consulte-se FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 6. ed. São Paulo: EDUSP, 1999.

²⁶ Hodiernamente, percebe-se um interesse da ciência pelas questões que tratam do Todo. “Hoje, porém, cada vez mais a ciência se volta para uma visão mais global, concebendo uma razão que admite uma interface entre o todo e o fractal” (RIBEIRO, Cláudio da Silva. **Psicologia histórica: interdisciplinaridade e aspectos metodológicos**. Disponível em: <www.psicologia.com.pt>. Acesso em: 11 fev. 2005).

²⁷ Para a Física Quântica, a natureza obedece ao princípio da incerteza, reagindo à intenção do homem os objetos de sua observação, o que coloca por terra a anterior concepção mecanicista e previsível do mundo. Nesse diapasão, Bohm especula a existência de um campo (chamado de “onda piloto”) que comunica as coisas, de maneira que elas possam sentir imediatamente as suas intenções, reciprocamente. Segundo José Pedro Andreeta e Maria de Lourdes Andreeta, levada a cabo, essa idéia nos faz concluir que a “onda piloto” coloca um elétron em contato com todas as partículas do universo. “Ela interliga as partes do universo constituindo o Todo!” (ANDREETA, José Pedro; ANDREETA, Maria de Lourdes. **Quem se atreve a ter certeza? A realidade quântica e a filosofia**. São Paulo: Mercury, 2004. p. 204).

De acordo com a Teoria da Relatividade, de Einstein, as noções de tempo e espaço variam de acordo com a velocidade do observador, de sorte que o elemento que possa viajar na velocidade da luz adquire propriedades semelhantes às do Absoluto. Os nossos conceitos de tempo, espaço e universo são relativos, efeitos ilusórios decorrentes de nosso distanciamento das condições desse Absoluto científico (*Ibid.*, p. 189: “Na velocidade da luz, portanto, tudo se reduz a um inseparável uno em um eterno presente”).

²⁸ HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução de António Correia. 7. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p. 16: “A filosofia distingue-se de toda a ciência, não só gradual mas essencialmente, pelo seu objecto. A totalidade do existente é mais do que uma adição das diferentes parcelas da realidade, que constituem o objecto das ciências especiais”.

Tratar do nascimento da ciência junto ao da filosofia não só faz sentido em razão de tais saberes serem chamados eventualmente um pelo outro, como também pela ausência de distinção entre eles pelos antigos. Deve-se, outrossim, ao fato de ambas serem uma atitude intelectual do pensamento, pretendendo-se universalmente válidas e acessíveis pela razão. Essa é uma atitude que os gregos nos legaram e que cunhou a nossa ciência.

A palavra filosofia significa “amizade ao saber”, definição atribuída a Pitágoras.²⁹ O pensamento filosófico, porém, distinto do mitológico, caracteriza-se pela inquietação com o saber corrente, que é dado, transmitido. O saber religioso, animado pelo mito, ao revés, busca subjugar o pensamento humano às crenças oriundas dos antepassados³⁰, bem como à vivência pessoal dos valores religiosos.³¹

O saber religioso, alimentado pelo mito, tem seus fundamentos no sentimento vivo entre os homens, no sentido de que seu agir está por toda parte oprimido por ordens superiores. A liberdade de agir é esmagada pelo temor de colocar os deuses contra si. Os gregos, em especial os atenienses, eram assim. Segundo Coulanges, “[...] os oradores, para fazer prevalecer a sua opinião repetem a cada instante: Assim o ordena a deusa.”³²

A filosofia também se contrapõe ao senso comum, que tem por finalidade reconciliar a consciência comum consigo mesma, conformando-a a uma dada realidade.³³ A filosofia, diversamente, avança pela inquietação diante do saber dado. Como assenta Gadamer, o ímpeto por esse novo saber, filosófico,

²⁹ JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990. p. 99-100, verbete “filosofia”.

³⁰ Salienta Fustel de Coulanges que a própria religião, nas populações indo-arianas, surge da idéia de que os antepassados, ao morrer, invariavelmente se transformam em deuses, a quem se deveria tributo, por temor e em troca da proteção ancestral (COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 25). Assim, não só a religião se transmite pela tradição, de geração a geração, como nasce, nas populações indo-européias, do respeito aos antepassados, a quem se deveria honrar e agradar, para que não se tornassem almas errantes e malfazejas. “Antes de conceber ou de adorar Indra ou Zeus, o homem adorou os seus mortos; teve medo deles e dirigiu-lhes preces.” (*Ibid.*, p. 26)

³¹ HESSEN, *op. cit.*, p. 17: “O acesso a ela [concepção religiosa] não está no conhecimento universalmente válido, mas sim na experiência pessoal, nas vivências religiosas.”

³² COULANGES, *op. cit.*, p. 246.

³³ SANTOS, *op. cit.*, p. 32: “O senso comum é um ‘conhecimento’ evidente que pensa o que existe tal como existe e cuja função é a de reconciliar a todo custo a consciência comum consigo mesma. É, pois, um pensamento necessariamente conservador e fixista”.

acompanha-se de um espírito cético, contra tudo o que se conta e tem como verdadeiro.³⁴

Sem embargo da própria transformação do pensamento religioso, ainda na Grécia antiga, pensadores como Pitágoras e Anaxágoras começam a conceber um Ser supremo ou um Deus-Inteligência, reinante sobre todos os homens e seres, rejeitando os deuses locais dos quais advinha a própria organização política das cidades-Estados³⁵.

Essas primeiras escolas gregas, entretanto, concentraram sua atenção em torno dos problemas da natureza³⁶. Mais a fundo foram os sofistas, combatendo os preconceitos decorrentes das velhas crenças, opondo a natureza à lei e aos costumes locais. Assim, “[...] substituíam o conhecimento dos antigos costumes pela arte de raciocinar e de falar, pela dialética e pela retórica.³⁷” Destronavam a tradição, em prol da eloquência e do saber.

Nada obstante, entre os sofistas, essa busca do saber desenvolveu-se num clima de ceticismo e subjetivismo gnoseológico. Famoso é o aforismo de Protágoras, segundo o qual “[...] o homem é a medida de todas as coisas: das que existem como existentes, das que não existem como inexistentes.” Na sua opinião, nada existe em si e para si, dizia ele: “[...] minha sensação é verdadeira para mim; tua sensação é verdadeira para ti.”³⁸

Sócrates confirma o culto à reflexão, já proposto pelos sofistas, mas distingue-se por se opor ao abuso do direito de duvidar, perpetrado pela sofística, indiferente ao que era justo ou injusto, verdadeiro ou não. Sustenta que as regras de conduta, a moral e o senso do justo, estavam todos na consciência humana e que o

³⁴ GADAMER, *op. cit.*, p. 59.

³⁵ Segundo Coulanges, Anaxágoras tanto se afastou das velhas crenças, que deixou de cumprir seus deveres de cidadão, fugindo das assembleias e recusando-se a ser magistrado. Em vista de sua doutrina agressiva à organização política da época, em muito alicerçada nos cultos da cidade, seu destino foi a condenação à morte (COULANGES, *op. cit.*, p. 379).

³⁶ CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. **Introdução ao direito** (filosofia, história e ciência do direito). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. v. II, p. 492: “[...] as primeiras filosofias foram cosmologias e nada mais do que isso”.

³⁷ COULANGES, *op. cit.*, p. 379.

³⁸ PROTÁGORAS apud CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. **Introdução ao direito** (filosofia, história e ciência do direito). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. v. II, p. 497.

pensamento deveria perseguir essa concepção do justo, ainda que em detrimento da autoridade da tradição.

Em sua defesa, no julgamento que o condenou à morte, Sócrates alegou possuir uma ciência humana e não aquela “sobre-humana” que possuíam seus detratores.³⁹ Sua ciência partia do pressuposto de que ele era mais sábio que outros por não supor saber coisa alguma. Nisso já havia mais sapiência do que na opinião de quem se julgava sábio, nada sabendo.⁴⁰ O discurso de Sócrates funda-se na inquietação por não saber e na curiosidade em saber, bem assim numa concepção ideal do justo e do verdadeiro. Nesse sentido evoluiu a filosofia grega.

Essa visão da verdade, cuja descoberta torna-se um imperativo para o pensar e o agir, é marcante no pensamento grego clássico, sendo o pensamento socrático um divisor de águas. Variaram as percepções sobre onde descobri-la, observando-se, *v.g.*, em Sócrates e Platão um culto à auto-reflexão, à descoberta da verdade do agir humano e das coisas no próprio espírito humano, enquanto em Aristóteles, a verdade das coisas deveria ser buscada nas próprias coisas, em sua essência extraída dos dados da experiência.⁴¹

Sem embargo dessas distinções, a concepção clássica de ciência tem como uma constante a noção de que a natureza esconde a verdade a ser arrebatada pelo homem, por meio da razão. Heidegger leciona que a palavra grega *aletheia*, usualmente traduzida como verdade, significa, propriamente, desvelamento.⁴²

O pensamento filosófico, evidentemente, sofreu evoluções que não nos interessam tratar neste momento, por fugirem ao escopo da tese. Porém, desde a escola socrática, o pensamento filosófico ateve-se à idéia de investigação da

³⁹ PLATÃO. Defesa de Sócrates. Tradução de Jaime Bruna. In: _____. **Os pensadores**. II. São Paulo: Abril Cultural, 1972. p.14, n. 20d.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 15, n. 21d.

⁴¹ HESSEN, *op. cit.*, p. 11: “Se a filosofia socrático-platônica pode caracterizar-se como uma concepção do espírito, deverá dizer-se de Aristóteles que a sua filosofia se apresenta, antes de tudo, como uma concepção do universo”. No mesmo sentido, CAMPOS BATALHA, *op. cit.*, p. 503-505; RIBEIRO, *op. cit.*, p. 10.

⁴² HEIDEGGER, Martin. Sobre a essência da verdade. Tradução de Ernildo Stein. In: _____. **Os Pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p.161.

verdade, seja na razão divina (fideísmo), na razão humana (racionalismo) ou nos dados da experiência sensível (empirismo).⁴³

A busca do conhecimento, expressada no discurso filosófico a partir de então desenvolvido, consiste, dessa maneira, na busca de uma verdade do ser, uma adequação do discurso à coisa (objeto de conhecimento). Tal discurso (*logos*, razão), que se pretende exclusivamente verdadeiro, é o enunciado ou juízo, sendo certo que o mesmo mede-se por sua aptidão em revelar alguma coisa tal qual ela é.⁴⁴

2.2 A verdade no conceito de ciência moderna

Essa concepção de verdade enquanto adequação mantém-se até os dias atuais no discurso científico, apesar da maneira como a ciência é concebida modernamente. Desde as formulações de Descartes, o que caracteriza a ciência é a existência do método, que pode variar em espécies, mas cujo conceito é unitário. “Sem método não há ciência[...]”, nas palavras de Reale.⁴⁵

Método (do grego *methodos*, de *meta*: por, através de; e *hodos*: caminho) pode ser definido como conjunto de procedimentos racionais, baseados em regras que visam atingir um objetivo determinado.⁴⁶ O proceder da ciência moderna (método) permite que se possa sempre seguir de novo o caminho cognitivo já trilhado, de forma consciente.⁴⁷

⁴³ A idéia de verdade, porém, sofrerá investidas, destacando-se os pensadores irracionistas dos séculos XIX, como Schopenhauer e Nietzsche. Adiante, trataremos dessa contestação e seus desdobramentos.

⁴⁴ GADAMER, *op. cit.*, p. 60.

⁴⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 10.

⁴⁶ JAPIASSU; MARCONDES, *op. cit.*, p. 166, verbete “método”; REALE, *op. cit.*, p. 10: “Método é o caminho que deve ser percorrido para a aquisição da verdade, ou, por outras palavras, de um resultado exato ou rigorosamente verificado”.

⁴⁷ GADAMER, *op. cit.*, p. 61: “Metódico é poder-seguir sempre de novo o caminho já trilhado e é isto que caracteriza o proceder da ciência”.

Assim sendo, a ciência moderna permite a verificação da verdade pelo método, pela possibilidade de seguir, tantas vezes quanto for desejado (ou necessário), o mesmo caminho cognitivo já trilhado. Dessa maneira, a medida do conhecimento não é mais a verdade, mas sim a verificação e a certeza⁴⁸ que dela advém. Esse é o *ethos* da ciência moderna.

A certeza distingue-se da verdade, sendo aquela um critério de verdade, mas não a verdade mesma. A verdade consiste na concordância entre a coisa e o juízo formado a seu respeito pelo sujeito cognoscente. A certeza, diversamente, nada mais é que o estado de ânimo seguro da verdade de uma proposição formada sobre a coisa.⁴⁹

Segundo Gadamer, o ideal de verificação, a restrição do saber ao que é verificável, realiza-se na imitação, de tal maneira que a própria ciência tornou-se técnica.⁵⁰ Rompe-se, dessa forma, uma rígida separação entre o conhecimento e sua aplicação prática. Inobstante, a ciência manteve a concepção grega sobre o ser, enquanto aquilo que é estável na coisa – apesar de suas mudanças ao longo do tempo – e deve ser desvelado pelo conhecimento humano.

A dificuldade nessa relação entre a ciência e a verdade coloca a epistemologia diante de um problema, qual seja, conciliar a clássica concepção de verdade, ainda presente na ciência, com o reducionismo do método, que confunde o saber com a verificação.

Especialmente nas ciências do espírito, como visto, o método inibe a fecundidade e a originalidade do conhecimento científico. A dificuldade de convivência entre verdade e método está em que, freqüentemente, nos

⁴⁸ *Ibid.*, p. 62: “Por isso, desde a formulação clássica dos princípios de Descartes, o verdadeiro *ethos* da ciência moderna passou a ser o fato de que ela só admite como condição satisfatória de verdade aquilo que satisfaz o ideal de certeza”.

⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 25-26.

⁵⁰ GADAMER, *op. cit.*, p. 61.

convencemos de uma verdade e queremos impô-la aos demais, sem podermos demonstrá-la de acordo com um método científico.⁵¹

Demais disso, apesar das ciências em geral manterem-se fiéis à idéia de verdade, esta já sofreu ataques incisivos dos filósofos. O pensamento filosófico cético, contestador dessa busca da verdade, terminou por contribuir para uma revisão epistemológica, na qual se tenta adaptar os princípios do saber científico a uma relativização da idéia de verdade.

Modernamente, parece-nos que Karl Popper fornece, em verdadeiro corte epistemológico, uma nova visão de ciência. Sustenta que a cientificidade de uma determinada teoria está diretamente ligada à possibilidade de se provar, por meio de testes, sua falsidade. Ou seja, de se testá-la e refutá-la⁵², mostrando, por meio de vários exemplos, o acerto de seu posicionamento.⁵³ Sem dúvida alguma, uma importante contribuição de Popper está em separar o conhecimento científico dos demais tipos de conhecimento humano. Entretanto, suas idéias serviram, também, para separar a ciência da chamada *junk science*.⁵⁴ Percebe-se, pois, que o método falsificacionista está intimamente ligado ao critério de demarcação entre o que é científico e o resto.⁵⁵

⁵¹ Essa talvez seja a maior crítica que se pode fazer ao chamado livre convencimento motivado. O juiz, ao decidir, deve pautar-se em critérios verificáveis e não em motivações abstratas e, portanto, inidôneas para subsidiar suas conclusões. Ocorre que, no paradigma atual, o juiz é “escravo” do perito. Tal questão será melhor examinada no decorrer da tese.

⁵² “[...] (5) Every genuine test of a theory is an attempt to falsify it, or to refute it. Testability is falsifiability; but there are degrees of testability: some theories are more testable, more exposed to refutation, than others; they take, as it were, greater risks.” E arremata seu pensamento da seguinte forma: “One can sum up all this by saying that the criterion of the scientific status of a theory is its falsifiability, or refutability, or testability.” POPPER, Karl. **Conjectures and Refutations**. Londres: Routledge & Kegan, 2000. p.36-37.

⁵³ Para ele, a teoria da gravitação de Einstein satisfaz o critério falsificacionista e, portanto, é científica. Já a astrologia não, pois suas proposições não se baseiam em provas refutáveis e são vagas. *Ibid.*, p.37.

⁵⁴ No sentido do texto, Kenneth R. Foster e Peter W. Huber: “Thus, Popper’s criterion was intended to separate empirical science from other domains of human knowledge. But it also helped to distinguish good science from bad.” FOSTER, Kenneth R.; HUBER, Peter W. **Judging science: scientific knowledge and federal courts**. Londres: MIT Press, 1999. p.39.

⁵⁵ “Thus the problem which I tried to solve by proposing the criterion of falsifiability was neither a problem of meaningfulness or significance, nor a problem of truth or acceptability. It was the problem of drawing a line (as well as this can be done) between the statements, or systems of statements, of the empirical sciences, and all other statements – whether they are of a religious or of a metaphysical character, or simple pseudo-scientific. Years later – it must have been in 1928 or 1929 – I called this first problem of mine the ‘problem of demarcation’. The criterion of falsifiability is a solution to this problem of demarcation, for it says that statements or systems of statements, in order to be ranked

Diante desse paradigma, ou seja, de que a ciência é limitada, incompleta e falível, sem que isso represente um demérito, é preciso revisitar diversos conceitos, como o que interessa à tese: a prova pericial.⁵⁶ No desenvolver da tese, as idéias de Popper serão retomadas quando da discussão, com base do *Daubert case*, sobre a prova pericial a fim de que não se ache que a ciência é baseada em algo (saber) absoluto que só o perito conhece. A própria idéia de verdade no processo será revisitada.

Cumprir ainda estudar, no próximo tópico, uma crítica feita ao ideal de verdade e à racionalidade que opera a ciência, antes de retomarmos as soluções encontradas no âmbito da teoria do conhecimento, para a complexa relação entre a ciência, em especial as ciências do espírito, e a verdade.

2.3 A crítica ao conhecimento da verdade

Schopenhauer entende que as coisas existem apenas para o pensamento, como representação ditada pela vontade. Assim, ataca o racionalismo, vendo na razão uma faculdade vazia que recebe seu conteúdo da intuição. Conhecendo a si mesmo, como vontade, o homem compreende todas as coisas, enquanto sua vontade é tornada representação.⁵⁷

Não se pode perder de vista o pessimismo presente na obra do filósofo em tela. Para ele, a vida do homem é dominada pela dor e pelo tédio, sendo as alegrias sempre sentidas aquém do imaginado.⁵⁸ Schopenhauer observa que “[...]

as scientific, must be capable of conflicting with possible, or conceivable, observations.” POPPER, *op. cit.*, p. 39.

⁵⁶ Paolo Tonini, amparado em Popper, consigna que: “Oggi è mutata la nozione di scienza. Come si è accennato, il post-positivismo ci insegna che la scienza è limitata, incompleta e falibile; ne deriva che ciascuna parte del processo penale ha un nuovo diritto: quello di mettere in dubbio l’ipotesi che è stata formulata da un’ altra parte o dal perito nominato dal giudice.” TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, 2006. p.289-290.

⁵⁷ CAMPOS BATALHA, *op. cit.*, p. 710.

⁵⁸ Esse fatalismo fica claro na afirmação de que “os esforços sem tréguas para banir o sofrimento só têm o resultado de o fazer mudar de figura” (SCHOPENHAUER, Arthur. **Dores do mundo**. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, s/ d. p. 35).

aquele que penetra a essência das coisas, que domina o conjunto, chega ao repouso de todo o desejo e de todo o querer.”⁵⁹

A vontade, então, desvia-se da vida, chegando o homem ao estado de renúncia voluntária, da resignação, da tranqüilidade verdadeira, até a ausência absoluta de vontade. A vida verdadeira e pura do claustro, e do ascetismo em geral, torna-se um reforço à convicção do desprezo dos gozos vãos deste mundo. A morte é a libertação das dores do mundo.⁶⁰

Alicerçando sua obra na crítica à razão, Nietzsche segue caminho oposto ao pessimismo de Schopenhauer. Ao invés de pregar a negação da vida, escreve uma obra de exaltação e afirmação da mesma, num furor dionisíaco, em oposição às limitações impostas pela razão.

Nietzsche salienta o caráter inibitório da consciência humana, lançando seu descrédito sobre a sua civilização (ocidental), que abandonara o mito e o impulso que conduz às sublimes criações humanas, em proveito da explicação racional do mundo. Enquanto o pensamento socrático, guiado pela auto-reflexão do espírito, torna a consciência criadora e o instinto crítico, Nietzsche tem no instinto a “força criadora-afirmativa”, ao passo que a consciência é “crítica e dissuasiva”.⁶¹

É preciso que se diga que Nietzsche não nega a existência de um mundo verdadeiro. Porém, em ataque a concepções idealistas que apartam o mundo aparente (sensível) do mundo verdadeiro (inteligível), aduz que “[...] há somente um mundo, e este é falso, cruel, contraditório, enganoso, sem sentido [...]”.⁶² O que se contesta é o conhecimento humano desse mundo pela elaboração de uma verdade conceitual, mediada pela linguagem. Para ele, nossa linguagem é antropomórfica, não guardando qualquer relação de causa e efeito com as coisas que designa. Por tal motivo, existem inúmeras línguas.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 164.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 173.

⁶¹ NIETZSCHE, Friedrich. O nascimento da tragédia no espírito da música. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. In: _____. **Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 35.

⁶² NIETZSCHE, Friedrich. A arte em “o nascimento da tragédia”. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. In: _____. **Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 49.

Percebe-se, assim, que toda palavra se transforma em conceito, que será resgatado a cada uso da mesma palavra. Mas, “[...] todo conceito nasce por igualação do não-igual”. Assim, por exemplo, o conceito de folha tem de abstrair as diferenças existentes entre as mesmas, visto que, na natureza, nunca uma folha é igual à outra. Enquanto a desconsideração do individual e efetivo nos dá o conceito e a forma, a natureza desconhece formas e conceitos, não conhecendo, portanto, espécies.⁶³

Mais do que isso, ele ataca qualquer possibilidade de investigação da verdade, em vista do vezo natural do homem de mentir, de fugir da verdade. Alega que o homem não evita propriamente o engano, mas apenas os prejuízos decorrentes do engano. Outrossim, não quer a verdade, mas apenas “[...] deseja as conseqüências agradáveis e que preservam a vida: diante do conhecimento puro, sem conseqüências, ele é indiferente, diante das verdades talvez perniciosas e destrutivas ele tem disposição até mesmo hostil.”⁶⁴

Sua filosofia caracteriza-se por certo pragmatismo.⁶⁵ Assim, não só a verdade é inacessível, pela impropriedade da linguagem, e indefinível, pela falta de espécies – tipos – na natureza, como também é, freqüentemente, indesejada pelo homem, quando não fomenta a vida e não lhe traz utilidade.

Diz Nietzsche que a verdade são metáforas gastas, ilusões já esquecidas. Ele descreve a formação da linguagem por metáforas formadas no intelecto do ser cognoscente, que nunca consegue captar a essência das coisas, a “*coisa em si*”. A linguagem não designa as coisas, mas apenas as suas relações com os homens, por meio de metáforas: a primeira, um estímulo nervoso transposto em uma imagem; a segunda, a imagem modelada em um som. Não sabemos algo das coisas, mas apenas possuímos metáforas das mesmas, que não correspondem às entidades de origem.⁶⁶

⁶³ NIETZSCHE, Friedrich. Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. In: _____. **Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 56.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 55.

⁶⁵ Segundo o pragmatismo, “[...] o intelecto é dado ao homem, não para investigar e conhecer a verdade, mas sim para poder orientar-se na realidade” (HESSEN, *op. cit.*, p. 51).

⁶⁶ NIETZSCHE, Sobre verdade e mentira ..., *op. cit.*, p. 56.

As idéias esposadas por Nietzsche na defesa do intelecto livre, guiado pela intuição, em detrimento do intelecto escravo, preso aos conceitos e à racionalidade, podem não ter larga acolhida, porém forneceram substancial contribuição à percepção da inviabilidade de se alcançar uma verdade absoluta.

A rejeição às idéias do pensador alemão é fruto da eterna contradição em que mergulham os absolutamente céticos da possibilidade de se conhecer a verdade. O problema do ceticismo absoluto é que ele acaba anulando a si mesmo. Aquele que é totalmente cético da descoberta da verdade não pode explicar por que seu ceticismo é mais correto (“verdadeiro”) que o pensamento daquele que crê na investigação da verdade.⁶⁷

Nietzsche, entretanto, responde que não pretendeu estabelecer uma nova verdade. Alega que, se o niilismo é tomado por ele como a “verdade”, a verdade não é tida como critério de mais alto valor nem de mais alta potência.⁶⁸

A crítica de Nietzsche ecoa nos ouvidos da filosofia contemporânea. A contribuição do seu irracionalismo está na perspectiva atual do problema da verdade. Entretanto, ainda que não se pretenda negar a possibilidade de se conhecer a verdade racionalmente, o ceticismo refundou a própria concepção de verdade. Como Hessen nos lembra, “[...] por mais errado que o cepticismo seja, não se lhe pode negar certa importância para o desenvolvimento espiritual do indivíduo e da Humanidade.”⁶⁹

⁶⁷ HESSEN, *op. cit.*, p. 43 “É evidente que o cepticismo radical ou absoluto se anula a si próprio. Afirma que o conhecimento é impossível. Mas com isto exprime um conhecimento”.

⁶⁸ NIETZSCHE, A arte em “o nascimento da tragédia”..., *op. cit.*, p. 50.

⁶⁹ HESSEN, *op. cit.*, p. 45. Acrescenta ainda (*Ibid.*, p. 46): “O cepticismo espeta o aguilhão da dúvida no peito do filósofo, de modo que este não se conforma com as soluções dadas aos problemas, mas luta continuamente por novas e mais satisfatórias soluções”.

2.4 A fenomenologia e o problema da historicidade

Outra crítica à busca da verdade absoluta e incondicional foi lançada pelo historicismo, que recusa qualquer concepção de mundo, fazendo recair na história uma das condições de inteligibilidade do real. Assim, a verdade é a verdade de um homem histórico; a verdade de uma época.⁷⁰

O problema do historicismo, pelo qual se busca analisar todo o progresso da consciência humana pela evolução histórica, consiste em tentar explicar o caráter histórico da existência humana e seu conhecimento pela especulação da essência e do sentido da história.⁷¹ Na linha dessa crítica, Gadamer alega que a questão da história não é um problema de conhecimento científico, mas um problema da consciência de vida, da historicidade. Em nossa história de vida, buscamos o sentido de nosso ser e é esta relação do homem com o tempo que condiciona o seu conhecimento.⁷²

A historicidade ganhou clarividência na obra de Dilthey⁷³, historiógrafo preocupado em conciliar teoricamente a “consciência histórica” com a pretensão de verdade da ciência. Buscou ele refundar as ciências do espírito com base numa psicologia descritiva e analítica, traçando uma tipologia de concepções de mundo, que se pretendia constante atrás de toda relatividade.

Seus trabalhos significaram certa superação do historicismo, pois fazem repousar a consciência histórica na idéia de concepção de mundo, “[...] uma atitude de consciência que não se reduz a nada além de si mesma, uma postura só passível de ser descrita e comparada com outras concepções de mundo.”⁷⁴ No entanto, essa tipologia acabou adquirindo uma rigidez que se transformou em dogmatismo.

⁷⁰ CAMPOS BATALHA, *op. cit.*, p. 714.

⁷¹ GADAMER, *op. cit.*, p. 37.

⁷² *Ibid.*, p. 39: “O poder do tempo, que nos dilacera, desperta em nós a consciência de uma força própria sobre o tempo, pela qual configuramos nosso destino. Mesmo na finitude, perguntamos por um sentido. Este é o problema da historicidade que afeta a filosofia”.

⁷³ Vide nota 1

⁷⁴ *Ibid.*, p. 122.

Nada obstante, a hermenêutica de Dilthey, que busca entender o hermeneuta em relação ao texto a que se volta, vem a refletir-se na fenomenologia, tal qual desenvolvida por Husserl, no que diz respeito à capacidade humana e sua intencionalidade⁷⁵.

A fenomenologia busca fundamentar a ciência e a filosofia, voltando-se aos fenômenos, isto é, àquilo que aparece à consciência de maneira intencional. A intencionalidade é o fato de a consciência ser sempre voltada para um objeto. A consciência se define a partir de sua relação com o objeto, com o mundo que a precede.⁷⁶

Por outro lado, esse mundo só ganha sentido enquanto objeto da consciência. Na vivência interior do sujeito cognoscente surgem imagens, que advêm do objeto.⁷⁷ O conhecimento ocorre pela transferência das propriedades essenciais do objeto ao sujeito.⁷⁸

A fenomenologia propõe um encontro intencional direto, situado na apresentação da experiência imagética elaborada pelo ser cognoscente no tempo da experiência entre ele e o objeto cognoscível, tentando alcançar um estado que Husserl denomina de “*coisas mesmas*”.⁷⁹ Este é a essência de todo fenômeno, um proceder universal do conhecimento.

Assim, enquanto a hermenêutica de Dilthey busca a compreensão universal da essência da natureza humana, a fenomenologia husserliana visa

⁷⁵ RIBEIRO, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁶ JAPIASSU; MARCONDES, *op. cit.*, p. 97 e 135, verbetes “fenomenologia” e “intencionalidade”. A uma só vez, a fenomenologia combate o empirismo, voltado para a obtenção da verdade exclusivamente da experiência das coisas observadas, e o psicologismo, fechado para a compreensão do sujeito cognoscente, alheio aos objetos do conhecimento. Outrossim, supera a dicotomia entre o idealismo e o realismo, localizando o objeto da experiência do conhecimento na relação sujeito-objeto.

⁷⁷ Mesmo as ciências naturais têm admitido tal estado de coisas. Tendo-se descoberto que o cérebro humano emite sinais elétricos (captados pelo eletroencefalógrafo) dentro de certas frequências, já se diz que “[...] a realidade de cada um é constituída do que cada um percebe, das coisas com as quais cada um está em sintonia. Tudo o que não se harmoniza com as frequências que utilizamos para reconhecer a realidade nos é transparente. Esses aspectos não são notados e, portanto, não fazem parte do nosso universo” (ANDREETA; ANDREETA, *op. cit.*, p. 123).

⁷⁸ HESSEN, *op. cit.*, p. 27: “No sujeito nasce algo que contém as propriedades do objecto, surge uma ‘imagem’ do objecto.” RIBEIRO, *op. cit.*, p. 14.

⁷⁹ RIBEIRO, *op. cit.*, p. 15.

compreender essa relação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível⁸⁰ (por vezes também um sujeito cognoscente, quando se tratar de intersubjetividade), sem desconsiderar a transcendência do objeto sobre o sujeito, que é precedido por aquele, e sem reduzir o sujeito a um ser cognoscente.⁸¹

Para o método fenomenológico, o conhecimento verdadeiro é aquele que se assenta na concordância da “imagem” com o objeto. Cuida-se a verdade de um conceito relacional, pois advém dessa relação entre o pensamento (“imagem”) e o objeto. E, transcendente, na medida em que pressupõe a transcendência do objeto, que é independente, da consciência cognoscente.⁸²

Aprofundando essas idéias acerca da fenomenologia, Heidegger desenvolve sua filosofia voltada para o homem, sujeito cognoscente, enquanto ser que questiona o próprio ser.⁸³ O homem pensa e se questiona a partir de sua condição de ser no tempo, sendo o ponto de partida de sua própria reflexão.

Em Heidegger, o conhecimento da verdade é deslocado para a subjetividade humana, mas não como um psicologismo que esqueça o próprio mistério fundamental, a ocultação do ente em sua totalidade, a angústia com o mundo como um todo. Assim, “[...] a dissimulação do ente em sua totalidade, ela mesma velada, se afirma no desvelamento do ente particular que, como esquecimento da dissimulação, constitui a errância.”⁸⁴

⁸⁰ É interessante notar que o próprio Nietzsche, ao descrever a formação da linguagem, enquanto metáforas antropomórficas formadas na mente humana, já concluíra sua incapacidade de explicar algo além da *relação* entre o sujeito cognoscente e o objeto de seu conhecimento (NIETZSCHE, Sobre verdade e mentira... *op. cit.*, p. 55). Entretanto, nem por isso, a fenomenologia nega a possibilidade de apreensão da verdade, pela compreensão universal do fenômeno. Nietzsche, ao revés, alega ser a multiplicidade das línguas uma prova de que o conhecimento humano é arbitrário e, portanto, impassível de ser abordado de maneira universal.

⁸¹ HESSEN, *op. cit.*, p. 29: “O sujeito e o objecto não se esgotam no seu ser de um para o outro, pois têm além disso um ser em si. Este consiste, para o objecto, naquilo que ainda existe de desconhecido nele. No sujeito encontra-se naquilo que ele é além de sujeito cognoscente. Pois, além de conhecer, o sujeito sente e quer”.

⁸² Essa transcendência do objeto sobre o que se conhece a seu respeito é exemplificada por Hessen, quando argumenta que, para a fenomenologia, “[...] uma representação inadequada pode ser, pelo contrário, absolutamente verdadeira. Pois, ainda que seja incompleta, pode ser exacta, se os aspectos que contém existem realmente no objecto” (*Ibid.*, p. 30).

⁸³ RIBEIRO, *op. cit.*, p. 15.

⁸⁴ HEIDEGGER, *op. cit.*, p. 167.

A errância referida consiste na prisão do homem à sua vida cotidiana, limitando-se a fazer cálculos e projetos para atender as suas necessidades e intenções recentes, sem se preocupar com o próprio fundamento desse projetar-se.⁸⁵ O mistério que domina o *ser-aí* (*Dasein*) do homem é a ocultação do ente total – tudo o que nos encontra, nos conduz, nos constrange, nos enfeitiça e nos preenche, nos exalta e nos decepciona.⁸⁶ Enquanto os entes particulares se fecham em seu universo, o *ser-aí* do homem é, graças à linguagem, aí onde vem o ser.⁸⁷ Sua existência é dotada de uma abertura do comportamento aos entes.

A medida da verdade, em Heidegger, não está no próprio ente ou no enunciado, mas nessa relação de abertura. A essência da adequação do enunciado à coisa⁸⁸ está no encontro entre o sujeito cognoscente e o ente (cognoscível), cobrindo um âmbito aberto para nosso encontro, mas permanecendo a coisa em si mesma (em sua estabilidade).⁸⁹

Assim, percebe-se como a investigação da essência da verdade passa pelo próprio autoquestionamento do sujeito cognoscente, uma vez que medir a verdade do discurso implica medir o âmbito de abertura do próprio ser cognoscente⁹⁰.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 166: “Assim abandonada, a humanidade completa ‘seu mundo’ a partir de suas necessidades e de suas intenções mais recentes e o enche de seus projetos e cálculos. Deles o homem retira então suas medidas, esquecido do ente em sua totalidade. Nestes projetos e cálculos o homem se fixa munindo-se constantemente com novas medidas, sem meditar o fundamento próprio desta tomada de medidas e a essência do que dá estas medidas”.

⁸⁶ JAPIASSU; MARCONDES, *op. cit.*, p. 81, verbete “ente”. Esse ente total, porém, não é o ser em si, o ser absoluto, mas tudo que nos toca em nossa vivência. Essa abordagem do ente total afasta Heidegger do idealismo. Indaga se a questão da essência da verdade não deve ser, ao mesmo tempo e primeiramente, a questão da verdade da essência. “[...] a essência da verdade não é absolutamente a ‘generalidade’ vazia de uma universalidade ‘abstrata’, mas, pelo contrário, o único dissimulado da única história do desvelamento do sentido daquilo que designamos ser e que, já há muito tempo, costumamos considerar como o ente em sua totalidade” (HEIDEGGER, *op. cit.*, p. 169).

⁸⁷ JAPIASSU; MARCONDES, *op. cit.*, p. 64-65, verbete “*Dasein*”.

⁸⁸ Esta é uma referência à máxima de que *veritas est adaequatio rei ad intellectum*.

⁸⁹ HEIDEGGER, *op. cit.*, p.158: “O que assim se opõe a nós deve, sob este modo de posição, cobrir um âmbito aberto para nosso encontro, mas permanecer, ao mesmo tempo, também a coisa em si mesma e se manifestar em sua estabilidade”.

⁹⁰ Distingue-se, porém, a filosofia de Heidegger do existencialismo, visto que enquanto este restringe sua reflexão aos próprios limites do homem, aquela parte da existência humana para o desvelamento do ser, objeto do conhecimento (CHAUÍ, Marilena de Souza. Vida e obra. In: **Os pensadores**. São Paulo, Nova Cultural, 1996. p. 7).

A existência autêntica consiste na inquietação do homem, enquanto ser inacabado (“*nunca é tudo aquilo que pode ser*”), e na consciência de sua temporalidade, que o leva a assumir seu passado e seu projeto de ser (futuro), libertando-se da errância da vida cotidiana e afirmando sua presença no mundo, transcendendo-se.⁹¹ Esse transcender-se, por evidente, guarda íntima relação com a historicidade, uma vez que o homem é no seu tempo, no seu caminho para a morte.

A filosofia de Heidegger, dessa maneira, não nega toda e qualquer possibilidade de verdade, mas busca apreendê-la, por meio da própria compreensão da existência humana, em sua historicidade. Esse pensamento modela a concepção hermenêutica de Gadamer, como será exposto a seguir.

2.5 A hermenêutica e as ciências do espírito: o diálogo entre a verdade e o método

A hermenêutica passou por uma evolução em seu significado e, contemporaneamente, “[...] constitui uma reflexão filosófica interpretativa ou compreensiva sobre os símbolos e os mitos, de uma maneira geral.”⁹²

Segundo Gadamer, “[...] dever-se-á reconhecer que a dimensão hermenêutica encontra-se à base de toda experiência de mundo, desempenhando por isso uma função também no trabalho das ciências naturais.”⁹³ Nas ciências sociais, porém, o seu próprio campo de objeto é presidido pela hermenêutica, vez que a sociedade tem, como bem salientou Lênio Streck, sua existência compreendida no campo da linguagem⁹⁴. Tal afirmação explica-se em vista dos primeiros significados atribuídos à hermenêutica, encarada como o esforço na

⁹¹ *Ibid.*, p. 9.

⁹² JAPIASSU; MARCONDES, *op. cit.*, p. 118, verbete “hermenêutica”.

⁹³ GADAMER, *op. cit.*, p. 138-139.

⁹⁴ Para uma abordagem completa da questão, enfocando, inclusive, os desdobramentos na dogmática jurídica vigente, consulte-se STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

interpretação de um texto. A compreensão da sociedade implica a compreensão da linguagem em que se desenvolve.

Entre os gregos – até o pensamento de Aristóteles – a *hermeneia* era a arte de transmitir a vontade do deus, paralela à arte de adivinhá-la e prever o futuro através de sinais. O hermeneuta tinha o papel de transferir de um mundo para o outro (dos deuses para os homens, da língua estrangeira para a pátria *etc*), traduzindo para uma linguagem acessível, o que era estranho e incompreensível.⁹⁵

A hermenêutica também teve grande desenvolvimento no campo da teologia, imbuída da tarefa de interpretar a sagrada escritura, conciliando a história específica do povo judeu com a universal mensagem de Cristo.⁹⁶

Por vezes, no pensamento teológico ou jurídico, a hermenêutica é encarada como uma técnica ou *ars* do compreender. A experiência da arte é aquela cujo postulado exige reconhecimento absoluto e não pode ficar em suspenso. É, assim, dogmática.⁹⁷ A arte é puramente objetivista no sentido de que o intérprete deve atingir a *mens auctoris* ou o fundamento das normas⁹⁸ (jurídicas ou divinas, por exemplo), pressuposta a neutralidade daquele. Lênio Streck mostra que essa concepção asséptica-objetiva de interpretação leva, não raro, à supressão de direitos sociais e individuais. Demonstra, outrossim, que, infelizmente, no Brasil, ainda é realizada.⁹⁹

Vale indagar se essa concepção de hermenêutica, como *ars*, é útil à ciência contemporânea e à hermenêutica em geral. A resposta está em que a tradição científica da modernidade e sua consciência metodológica não condizem com essa visão da arte. Não apenas podemos possuir a arte de interpretação como também devemos justificá-la teoricamente.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 112.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 113-114.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 131.

⁹⁸ Quanto à hermenêutica jurídica, Gadamer observa a sua evolução quando da recepção do direito romano (o direito comum europeu), que forçou os hermeneutas a superarem a idéia de que sua tarefa deveria ser concentrada no encontro com a *mens auctoris*. Já pouco importava o que os juristas romanos pensavam; cuidava-se de conhecer a dogmática do direito romano e o fundamento da lei no contexto cultural moderno (*Ibid.*, p. 129).

⁹⁹ Cf. Lênio Streck, *op.cit.*, p. 91-98.

Em vista dos estudos de Heidegger sobre a essência da verdade, a hermenêutica não pode ser reduzida a uma arte neutra. A consciência hermenêutica pressupõe uma receptividade ao texto, mas isso não significa neutralidade diante do mesmo, uma anulação do sujeito cognoscente.¹⁰⁰ Segundo Heidegger, o hermeneuta precisa ter consciência dos próprios pressupostos (opiniões e preconceitos), para que o texto se apresente em sua alteridade, de modo a possibilitar o exercício de sua verdade objetiva contra as opiniões próprias.¹⁰¹

Traz-se a lume a historicidade e a existência humana como caminhos para a aquisição do conhecimento. Em Heidegger, o círculo hermenêutico é a tarefa de concretização da consciência histórica.¹⁰²

Evocamos aqui o círculo da compreensão, âncora da regra hermenêutica, de que devemos entender o todo a partir do singular e o singular a partir do todo. Gadamer exemplifica com o aprendizado de uma língua estrangeira. Assim, quando aprendemos que precisamos construir uma frase antes de buscarmos o significado de suas partes singulares, partimos de uma expectativa do sentido do todo da frase, pelo seu contexto anterior, que, entretanto, acaba se corrigindo por exigências do texto na língua estrangeira. Logo, aquela expectativa sofre a determinação do texto, que se compreende a partir de uma nova expectativa de sentido.

Assim sendo, a unidade do sentido compreendido deve ser ampliada em círculos concêntricos. Então, “[...] o critério que cada vez se há de empregar para constatar a justeza da compreensão é a concordância de todas as partes singulares com o todo. A falta dessa concordância significa o fracasso da compreensão.”¹⁰³

¹⁰⁰ Até mesmo as ciências da natureza começam a abandonar a concepção mecanicista e previsível do mundo, colocando o cientista no centro da experiência, não só como um observador passivo da realidade, mas como sujeito determinante da mesma. Segundo a Teoria Quântica, nas palavras de ANDREETA, “[...] o ato de observar modifica de forma incontrolável o que foi observado. Podemos saber como um ‘objeto’ aparenta ser após a nossa interferência, mas nunca saberemos como era antes da nossa observação” (ANDREETA; ANDREETA, *op. cit.*, p. 141).

¹⁰¹ HEIDEGGER apud GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. p.76.

¹⁰² *Ibid.*, p. 77.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 72.

Percebe-se que, nessa linha de pensamento, compreender um texto é realizar um projeto de um sentido do todo.¹⁰⁴ Parte-se de um projeto prévio, baseado nas nossas expectativas sobre o sentido do texto, que vai sofrendo constante revisão, substituindo-se os conceitos prévios por outros mais adequados.

O erro na interpretação, por seu turno, decorre da observação dos projetos prévios das coisas mesmas. Isso está ligado à falta de consciência do espaço aberto da existência humana para o conhecimento do ente, no qual, segundo Heidegger, pode-se verificar a relação de adequação entre o discurso do intérprete e a coisa. A possibilidade do conhecimento autêntico condicionada ao deixar que o ente seja¹⁰⁵ decorre das coisas mesmas.

Essa hermenêutica é notável por não encarar a consciência da relatividade como uma negação da verdade, mas como uma condição para o alcance da mesma. Segundo Gadamer, tratando desse ponto de vista, “[...] a historicidade não representa mais uma delimitação restritiva da razão e de seu postulado de verdade, sendo, antes uma condição positiva para o conhecimento da verdade.”¹⁰⁶ Cuida-se da defesa de um saber mais lúcido, desprendido, o quanto possível, dos preconceitos e dos poderes sociais que pressionam o hermeneuta.

Essa concepção ontológica da historicidade, outrossim, espanca o fantasma do relativismo histórico, cuja argumentação perde a razão de ser. De uma só vez, nega-se a verdade absoluta¹⁰⁷ e, por conseguinte, ignora-se o relativismo histórico como demonstração da negação da verdade (que não é mesmo absoluta, senão atrelada à historicidade do hermeneuta).

¹⁰⁴ Assim também no processo, qualquer que seja ele. O juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, sentenciando, deve-se ater a todo contexto probatório carreado para os autos. A prova pericial, como se verá adiante, é mais uma ferramenta posta à disposição do julgador. Mas, é preciso que a mesma esteja calcada em premissas bem definidas e passíveis de contestação e verificação.

¹⁰⁵ Para Heidegger, a essência da verdade é a liberdade, o estar livre para aquilo que é manifesto no seio do aberto (HEIDEGGER, *op. cit.*, p. 160-161). A liberdade se revela como o *deixar-ser* o ente, como o abandono ao desvelamento do ente enquanto tal (*Ibid.*, p. 162).

¹⁰⁶ GADAMER, *op. cit.*, p. 125.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 126: “A exigência de um critério de verdade absoluta revela-se como um ídolo metafísico abstrato e perde todo o seu significado metodológico”.

Assim, a hermenêutica também não pode ser confundida com uma teoria da arte, que apenas compreende as opiniões de um outro, dado que aquela implica ser a compreensão de algo precedida de autocrítica do hermeneuta. Por outro lado, “[...] a hermenêutica contém sempre um elemento que ultrapassa a mera retórica: inclui sempre um encontro com as opiniões do outro que vêm, por sua vez, à fala.”¹⁰⁸ Esse aspecto nos parece de suma importância, pois pretendemos um tratamento à prova científica que permita chamar o outro à fala.

Esse encontro de opiniões fundamenta-se na função interpelativa da hermenêutica. Esta compreende todo enunciado não apenas em sua validade lógica, mas como resposta a uma pergunta. Pergunta e resposta são interpelações. Conforme descrevia Platão, até o pensamento é diálogo da alma consigo mesma.¹⁰⁹

Essa função interpelativa, mediada pela linguagem, funde os horizontes do intérprete e do texto, que são as histórias motivacionais das interpelações, as situações que ensejam as perguntas. Quem fala, emitindo um enunciado, é também interpelado. Mas não se deve cair num subjetivismo, sendo esse diálogo um *commercium* de existência para existência.

Segundo Gadamer, a consequência de todo enunciado ter seu horizonte situacional e sua função interpelativa é que “[...] a historicidade de todos os enunciados enraíza-se na finitude fundamental de nosso ser.”¹¹⁰

Essa virada da hermenêutica, rumo à reflexão da existência do ser cognoscente, leva à conclusão de que só é possível compreender quando aquele que compreende coloca em jogo seus preconceitos.¹¹¹ Entretanto, essa reflexão sobre os condicionamentos da compreensão não relega as ciências do espírito à

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 140.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 134.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 68.

¹¹¹ Essa mesma necessidade, no tocante às ciências naturais, é assim descrita em ANDREETA; ANDREETA, *op. cit.*, p. 27: “A ignorância dos porquês da remoção de alguns apoios que nos davam segurança pode, inicialmente, provocar sensações de medo e abandono, mas elas são logo transformadas em fontes de novos conhecimentos. Se estivermos realmente seguros de que queremos alcançar níveis mais altos no entendimento de nossa realidade, essa coragem é essencial. Ninguém consegue saber realmente como é voar enquanto continuar apoiado no galho”.

insuficiência, nem acarreta subjetivismo, pois a coisa a ser compreendida é o único critério dotado de validade.¹¹²

No tocante à necessidade de autocrítica, a hermenêutica também não deve ser confundida com a psicanálise, que busca iluminar um saber prévio no sujeito analisado. O mesmo pode ser dito sobre a crítica à ideologia, que busca iluminar um conhecimento prévio. A concepção hermenêutica ora tratada vê com ceticismo todo saber prévio.¹¹³

Mas ainda não restou respondida a questão formulada anteriormente: como conciliar a consciência metodológica da ciência moderna, evocada pelas ciências do espírito, com a concepção de verdade, presente nos estudos científicos? Como explicar o descompasso muitas vezes existente entre o saber desenvolvido no âmbito das ciências do espírito e a dificuldade de explicação do mesmo, de maneira metodológica?

Voltamos à questão da burocratização das ciências do espírito. Trata-se de superar a inibição da fecundidade do conhecimento causada pelo método, que é, muitas vezes, ignorado por quem queira sustentar suas posições.

Consoante já se percebe, o primeiro passo para a solução hermenêutica é superar a metafísica da verdade absoluta. Além disso, a própria interseção entre a hermenêutica e a linguagem permite uma abrangência daquela mais ampla que a da ciência. Nesse sentido, trabalhando as particularidades das ciências do espírito – e não seus pontos de contato com as ciências da natureza – pode-se propor uma visão hermenêutica universal, que abarque o conhecimento não verificado pelo método de uma ciência particular.

Segundo defende Gadamer, a universalidade da hermenêutica depende da medida em que seu caráter teórico limita sua validade ao âmbito da

¹¹² GADAMER, *op. cit.*, p. 132.

¹¹³ *Ibid.*, p. 75: “Quem procura compreender está sujeito a errar por causa das opiniões prévias que não se confirmam nas coisas elas mesmas. Dessa forma, a constante tarefa do compreender consiste em elaborar projetos corretos, adequados às coisas, isto é, ousar hipóteses que só devem ser confirmadas ‘nas coisas elas mesmas’”.

ciência ou inclui os princípios do *sensus communis* e, destarte, o modo como o uso científico é integrado na consciência prática. Propõe, portanto, uma “teoria da práxis da compreensão”, que não é uma técnica nem uma cientifização da práxis social, mas “[...] uma reflexão filosófica dos limites a que está submetido todo domínio científico-técnico da natureza e da sociedade.”¹¹⁴

É nesse sentido que Souza Santos propõe uma dupla ruptura epistemológica, como *modus operandi* da hermenêutica da epistemologia. A primeira consiste na ruptura, por todos reconhecida, da ciência com o senso comum.¹¹⁵ O conhecimento científico é aquele que se constrói, enquanto o senso comum é dado, irrefletido. Enquanto o cientista adota em certa medida a postura do cético, quem reproduz o senso comum quer conciliar a consciência comum consigo mesmo, conformando-se com a realidade dada e com as mazelas do mundo. É um pensamento conservador e fixista.

A segunda ruptura, por sua vez, é a ruptura com a primeira ruptura (perdoe, o leitor, a tautologia). Consiste, pois, em negar a oposição entre o senso comum e a ciência, tal qual uma oposição entre a luz e as trevas.¹¹⁶ Isso porque o senso comum, como se observa em certas subculturas¹¹⁷, pode representar uma cultura de resistência e não de acomodação, bem como seu caráter fixista é mais o produto de um determinado tipo de sociedade (como aquela autoritária, desigual e ignorante) do que uma inerência sua.

Demais disso, muitas teorias científicas ostentam viés conservador, sendo uma consciência teórica do *status quo* (como as teorias funcionalistas) ou buscando conciliar os indivíduos com o que existe (como a psicologia e a psicanálise). Note-se, também, que a própria ciência reconhece ter preconceitos¹¹⁸, mostrando-nos a hermenêutica como a inconsciência do intérprete acerca de sua historicidade pode contaminar seu trabalho.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 142.

¹¹⁵ SANTOS, *op. cit.*, p. 31 e ss.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 37 e ss.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 38: “[...] é dessa forma que interpreto o senso comum jurídico dos habitantes das favelas do Rio de Janeiro”.

¹¹⁸ Como será visto adiante, quando tratarmos da verdade processual, uma certa dose de preconceitos deve ser assumida para que o conhecimento possa ser estabelecido intersubjetivamente.

Com essa dupla ruptura, nas palavras de Souza Santos, “[...] pretende-se um senso comum esclarecido e uma ciência prudente, [...] um saber prático que dá sentido e orientação à existência e cria o hábito de decidir bem.”¹¹⁹ Trata-se de desconstruir a ciência, inserindo-a numa totalidade que a transcende, democratizando-se, por vias não-científicas, a emancipação individual e social que só os valores científicos podem realizar.

O diálogo entre o método e a verdade é permitido com essa segunda ruptura, na medida em que o ideal de verificabilidade do método não exclua o saber prático esclarecido de que Gadamer e Souza Santos tratam. A ciência prudente é aquela que não reduz toda a verdade a seu método, sob pena de ver inibidas as inovações científicas e a transformação do conhecimento.

2.6 A verdade e o consenso possível

Analizamos como a hermenêutica coloca a percepção e a superação do saber prévio do sujeito cognoscente, acerca do objeto de seu conhecimento, como condição positiva para o mesmo. Tornando, pois, consciente a ilusão de um saber absoluto e fazendo do objeto cognoscível um único critério objetivo de verdade. No entanto, o saber necessita da comunicação, do diálogo, sendo insuficiente que as pessoas apenas procedam a uma auto-reflexão sobre sua compreensão de mundo.¹²⁰

Se a consciência da inviabilidade da verdade absoluta leva à busca de uma verdade próxima do ideal, livre dos preconceitos e dos saberes prévios, é igualmente certo que o diálogo consigo mesmo não satisfaz plenamente o cientista.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 41-42. “A dupla ruptura epistemológica tem por objeto criar uma forma de conhecimento, ou melhor, uma configuração de conhecimentos que, sendo prática, não deixe de ser esclarecida e, sendo sábia, não deixe de estar democraticamente distribuída. Isto, que seria utópico no tempo de Aristóteles, é possível hoje graças ao desenvolvimento tecnológico da comunicação que a ciência moderna produziu”.

¹²⁰ Segundo Gadamer, os próprios trabalhos científicos e filosóficos precisam de recursos retóricos para impor sua vigência, sob pena de não haver comunicação (GADAMER, *op. cit.*, p. 140). A hermenêutica filosófica não exclui a retórica.

Afigura-se a necessidade de apresentação e diálogo do conhecimento no âmbito da sociedade e da comunidade científica, sob pena de o saber tornar-se inútil, exclusivo do pesquisador. Além disso, é preciso notar que, numa discussão, faz-se necessário estabelecer pontos de partida. Caso se duvide de tudo simultaneamente, não se faz possível qualquer discussão.¹²¹

Superada a crítica de Nietzsche à impossibilidade de se conceitualizar a realidade por meio da linguagem humana, necessariamente antropomórfica¹²², não podemos abandonar os conceitos.

Registra Gadamer que,

[...] segundo a hermenêutica, todo esforço de conceitualização persegue, de princípio, o consenso possível, o acordo possível, devendo basear-se já num acordo vinculante quando se quer chegar a um entendimento.¹²³

Acrescenta, ainda, que isso não consiste numa postura dogmática, mas numa descrição puramente fenomenológica, pois onde não há vínculo, também não há diálogo.

De acordo com Marí, o conhecimento necessita de ficções (suposições de cuja falsidade se tem consciência¹²⁴) para evoluir, haurindo-se conhecimento objetivo mesmo de obras de arte, fictícias. Assim, defende que verdade e ficção não se contrapõem, não pertencendo aquela, com exclusividade, ao campo da ciência e esta, tão-somente, à arte em geral e à literatura em particular. Segundo nos relata

¹²¹ SANTOS, *op. cit.*, p. 101.

¹²² Crítica essa, repita-se, que conduz à negação de si mesma, pois se a linguagem não tem aptidão para apreender a realidade nem a própria especulação de Nietzsche pode ser considerada válida.

¹²³ GADAMER, *op. cit.*, p. 140.

¹²⁴ MARÍ apud SUCAR, Germán. Verdad y ficción. In: BERGALLI, Roberto; MARTYNIK, Claudio (comp.). **Filosofía, política, derecho**: homenaje a Enrique Marí. Buenos Aires: Prometeo, 2003. p. 79: “La ficción sería distinta de la hipótesis, pues la primera constituiría una suposición de cuya falsidade (i.e., su no correspondencia con la realidad), se es consciente, pero que asumida por utilidad, mientras que la segunda sería una suposición verosímil cuya verdad puede ser probada, eventualmente, a través de experiencias más amplias, siendo por tanto verificables”.

Sucar, para Marí, “[...] ambas tendrían lugar en los diferentes dominios del discurso, existiendo sólo diferencias en el grado en que una y otra adquieren relevancia.”¹²⁵

Enquanto em Nietzsche a atração do homem para a ilusão que lhe seja útil faz prova de que o conhecimento tem valor secundário e desprezível, a tradição ilustrada entende que o uso e a utilidade da ficção para o avanço do conhecimento não infirmam o valor da verdade, mas, pelo contrário, contribuem para atingi-lo.¹²⁶

Observa-se, portanto, ser irreal uma total oposição entre verdade e ficção: esta pode ser um caminho para a apreensão daquela. Em outras palavras, a verdade não prescinde de consenso acerca de conceitos sabidamente fictícios. Destaque-se que mesmo o conhecimento reconhecidamente científico se vale de ficções, como o “círculo” na matemática e o “homem econômico” na economia.¹²⁷

Vale notar que o próprio método científico consiste numa retórica, que trabalha com pontos de partida consensuais. A retórica é, propriamente, o campo onde a argumentação parte dos *topoi*, que “[...] constituem pontos de vista ou opiniões comumente aceitas e a sua força é mais a força da persuasão do que a força da verdade.”¹²⁸ O método é, em si, uma verdade consensual, uma retórica que não se assume enquanto tal.¹²⁹ As verdades científicas são meros conhecimentos consensuais, que podem ser descartados por um novo discurso mais persuasivo.¹³⁰

A retórica permeia, duplamente, o trabalho do cientista. No tocante a sua apresentação à comunidade científica (auditório relevante) e, também, na

¹²⁵ *Ibid.*, p. 80.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 107: “Para la primera [la tradición ilustrada] el conocimiento constituye un valor supremo para la vida – hasta el punto de festejar el hecho de que las obras de ficción proporcionen conocimiento – y es la base para el progreso social”.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 79.

¹²⁸ SANTOS, *op. cit.*, p. 99.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 101: “Isto é, a retórica da argumentação científica tem como característica específica o negar-se enquanto retórica: se os resultados são incontroversos falam por si e, portanto, não é preciso convencer alguém da sua veracidade, já que ela será evidente. O caráter retórico desta negação da retórica resulta do próprio desenvolvimento científico, que constantemente faz e desfaz teorias e resultados, tornando controverso o que antes era incontroverso”.

¹³⁰ ANDREETA; ANDREETA, *op. cit.*, p. 48: “O que possuímos até agora são conceitos que não passam de verdades relativas, aceitas por algum tempo e por um grupo de pessoas e, posteriormente, sem nenhuma cerimônia, substituídas ou mesmo descartadas. O desenvolvimento da ciência se faz dessa maneira. [...] No nível do entendimento filosófico, portanto, todos os nossos conhecimentos sobre a nossa realidade são especulações temporárias, mesmo aqueles que podemos ‘provar’ experimentalmente”.

formação de seu próprio convencimento, visto que ele encarna esse auditório ao utilizar os métodos e as técnicas. A retórica, marginalizada pelo saber científico em vista de seu antagonismo com o conceito cartesiano de certeza¹³¹, serve para entendermos e reconhecermos, não como um desvio, mas como algo próprio da ciência, a discrepância existente entre a normatividade epistemológica e a prática científica.

Ela, outrossim, salva a ciência de ser encarada como um “*amalgama de idiosincrasias solipsísticas*”¹³², fazendo recair sobre o consenso – a confiança do cientista em conhecimentos de segunda mão – a tarefa de permitir a consolidação do conhecimento científico.

Nesse sentido, a retórica e a hermenêutica não se identificam, mas se acrescentam. Se a hermenêutica nos permite uma investigação mais lúcida da verdade, conscientizando-nos de nossa historicidade e de nossos preconceitos, a retórica possibilita o diálogo e a agregação de uma comunidade científica determinada. Esta será tanto mais inovadora, quanto mais cientes forem os cientistas de sua condição existencial e da necessidade de abertura ao objeto de estudo, e tanto mais consolidada, quanto maior for a percepção de sua retórica.

Percebe-se que a busca de uma verdade próxima do ideal não prescinde de um consenso possível, ou em outras palavras, de uma verdade possível¹³³. A verdade consensual é um reconhecimento da impossibilidade de se chegar a uma verdade absoluta. Entretanto, é formulada para permitir o diálogo intersubjetivo (distinto do diálogo mental que forma enunciados).

¹³¹ SANTOS, *op. cit.*, p. 98.

¹³² *Ibid.*, p. 102: “O inerradicável elemento pessoal no conhecimento científico não faz da ciência um *amalgama de idiosincrasias solipsísticas* porque lhe subjaz um campo mais ou menos amplo de consenso na comunidade científica, constituído pelas premissas de valor da ciência, o componente tácito do conhecimento científico”.

¹³³ No âmbito do processo, essa problemática se coloca com clareza, em vista da impossibilidade de o juiz atingir uma certeza absoluta no seu processo de reconstrução histórica dos fatos. São palavras de Badaró: “Isso não significa, porém, que o juiz deva abdicar da busca de uma ‘certeza’: a certeza possível. Aquela certeza que se pode atingir, com as limitações epistemológicas a que todo juízo baseado em uma reconstrução histórica está sujeito e às quais devem se somar as restrições processuais à descoberta da ‘verdade’” (BADARÓ, *op. cit.*, p. 31).

2.7 A questão da verdade no Direito Processual

Tão conhecido quanto vetusto, o antagonismo entre a verdade real (ou material) e a dita verdade formal, embora desprezado pela melhor doutrina¹³⁴, parece ainda encontrar eco¹³⁵. Tal concepção deriva, indiscutivelmente, de uma perspectiva privatista do fenômeno processual. Assim, em virtude de o processo civil ocupar-se com litígios de natureza privada e o processo penal com os de pública¹³⁶, o primeiro contentar-se-ia com uma verdade formal, ao passo que o segundo exigiria uma verdade real.

Tal assertiva é falsa.

Não podem existir duas verdades. Se possível alcançar uma, haverá de ser a única, sob pena de o processo refletir uma mentira. Igualmente, não é correto afirmar que o processo civil trata tão-somente de questões privadas, patrimoniais. Basta lembrar, por exemplo, das relações tributárias, entre Fisco e contribuinte, quando se discute o pagamento de um tributo qualquer. Ou, ainda, das relações de filiação, reguladas pelo Direito de Família. Quanto ao primeiro exemplo

¹³⁴ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: _____. **Temas de Direito Processual**. 6. série. São Paulo: Saraiva, 1997. p.118, onde se lê: “Dizer que o processo penal persegue a chamada ‘verdade real’, ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada ‘verdade formal’, é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas.” No mesmo sentido, consulte-se GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Marcha do Processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 83.

¹³⁵ Tourinho Filho, após mencionar objeções à verdade real, conclui assim seu pensamento: “Por isso, pode-se afirmar que, embora o princípio da verdade real não vigore em toda sua pureza no Processo Penal, aqui ela é mais intensa que no cível.” TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000. v. I, p. 42. Na doutrina estrangeira, Eugênio Florian também distingue a verdade material da formal, *in verbis*: “En este lugar podemos aludir al hecho de que la investigación de la verdad que tiene lugar en el proceso penal es distinta de la que se lleva a cabo en el civil.” E termina por concluir, inclusive fazendo menção a julgado da Suprema Corte italiana, que: “En el sistema de nuestro derecho procesal penal rige el principio de la verdad efectiva o material.” FLORIAN, Eugênio. **Elementos de Derecho procesal penal**. Tradução de L.Prieto Castro, Barcelona: BOSCH-casa editorial, s/d. p. 59-60. Vale mencionar a posição, no mesmo sentido, de Jorge A. Clariá Olmedo, embora referindo-se à verdade material como *principio de investigación integral*. Cf. OLMEDO, Jorge A. Clariá. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, s/d, t. I, p.236-240.

¹³⁶ Essa é a lição de Pasquale Gianniti: “ Il giudice, sia civile che penale, per accertare una situazione giuridica, deve risolvere un conflitto di interessi. Tuttavia, tale conflitto, in materia civile, è una ‘lite’, cioè una controversia tra interessi interessi privati, che, nella maggior parte dei casi, concerne il patrimonio e comporta una sanzione meramente risarcitoria del danno cagionato; mentre, in materia criminale, il conflitto stesso, da un lato, concerne l’interesse pubblico all’accertamento del reato e allá punizione del colpevole, e [...]” Cf. GIANNITI, Pasquale. **Processo civile e penale a confronto**. Padova: Cedam, 2003. p. 5.

são, notoriamente, de natureza pública, já no segundo, não se resumem, nem se resolvem, em aspectos patrimoniais.

Ocorre que, no processo civil, tratando-se de direitos transacionáveis, o juiz pode contentar-se com presunções, ficções *etc.* Já no processo penal, para que se possa condenar o réu, é necessário que se demonstre ter o mesmo cometido um fato típico, antijurídico e culpável¹³⁷. A dúvida impõe a absolvição em virtude do *in dubio pro reo*.

A rigor, é pressuposto de uma decisão acertada o maior, e por que não dizer o melhor, conhecimento dos fatos relevantes para o julgamento.¹³⁸

Contudo, e não obstante o desacerto, é possível encontrar manifestações doutrinárias¹³⁹, valendo-se de tais expressões.

Ressalte-se, outrossim, a existência de autores que se utilizam do termo verdade real, porém com outra conotação que, em nosso sentir, mais se assemelha ao conceito que se convencionou denominar verdade processual¹⁴⁰.

A falta de rigor científico não nos parece despicienda de importância prática.

¹³⁷ Em que pese alguma controvérsia doutrinária sobre o conceito (analítico) de crime, ficamos com a posição majoritária que entende ser este um fato típico, antijurídico e culpável. Por todos, e para uma completa análise da moderna teoria do delito, consulte-se: TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

¹³⁸ Na lição de Barbosa Moreira: “Bem vistas as coisas, em qualquer processo constitui pressuposto de boa decisão, em linha de princípio, o melhor conhecimento possível dos fatos relevantes, embora razões de política legislativa nos imponham, aqui e ali, a renúncia ao integral esgotamento das fontes de informação.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Processo Civil e Penal: Mão e Contramão?* **Revista de Processo**, São Paulo, n. 24, p.18, abr./jun.1999.

¹³⁹ Manzini assim se manifesta: “Sin embargo, a veces, por necesidad u oportunidad, en el proceso civil la verdad real queda dominada por la verdad formal, mediante reglas especiales, positivas o negativas, que directa o indirectamente suplen o impiden la prueba de la verdad; presunciones, ficciones, preclusiones, transacciones, etc. (4); elementos todos eventualmente contrários a la declaración de certeza de verdad material (5). Esta encuentra, en cambio, en el proceso penal, el máximo respeto, con ocasión del interés público que determina el proceso mismo y del elemento ético, que, de ordinario, entra en la formación de las normas de derecho penal.” Cf. MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tradução de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951. t. I, p. 260-261. É importante salientar que Manzini foi um dos idealizadores do Código Rocco, de índole facista, sendo certo que o mesmo comungava dos ideais totalitários de solapavam a Itália ao tempo do ditador Mussolini.

¹⁴⁰ A questão será tratada mais a fundo quando do estudo da chamada verdade processual.

Com efeito, qualquer ciência que se preze (e o Direito há de estar incluído¹⁴¹ enquanto ciência normativa) deve, sob pena de infundáveis percalços, primar pelo uso de um vocabulário adequado a descrever seus fenômenos. Ou seja, a precisão terminológica, no que tange a questões técnicas, longe de ser uma filigrana, precisa ser observada. Não se trata, por óbvio, de apego a futilidades, mas da necessidade de fixação conceitual, sem a qual nenhuma ciência avança.¹⁴²

Falar em verdade real e formal, indiscriminadamente, pode, dentre outros problemas, conduzir à aplicação errônea de regras processuais penais. Isso poderia resultar em invasões agressivas, e quiçá ilegais, por parte do Estado, na esfera de direitos individuais do réu. Ou seja, na busca de uma verdade real, o Estado poderia desrespeitar direitos e garantias fundamentais¹⁴³ que custaram tão caro à humanidade.¹⁴⁴

Rogério Lauria Tucci usa as expressões “verdade material” e “verdade atingível” como sinônimas, o que nos parece equivocado. É certo, contudo, que o mestre paulista vislumbra limitações na busca desse desiderato. Isso encerra uma perspectiva garantista, na medida em que impede o Estado-Juiz de, por quaisquer meios, chegar a essa verdade.¹⁴⁵ Assim, as limitações concernentes à dignidade da pessoa humana¹⁴⁶ norteariam a atuação estatal. Como já afirmamos acima, a

¹⁴¹ Não entraremos na discussão sobre ser, ou não, o Direito uma ciência. Ainda que fascinante, não é o escopo do trabalho. Assumimos, pois, como já mencionado na nota 2 da tese, que o Direito é uma ciência (normativa).

¹⁴² Barbosa Moreira já deixou assentado que: “Renegar a técnica decididamente não é o melhor caminho para fazer avançar a nossa ciência, nem para converter o avanço científico em fermento da Justiça.” BARBOSA MOREIRA, *Temas...*, *op. cit.*, p. 23. E, mais à frente (p. 27) arremata: “Nenhum processualista que preze a sua ciência tem o direito de desinteressar-se pura e simplesmente das questões técnicas.”

¹⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale**. 7. ed. Roma: Laterza, 2002. p. 82. Confira-se, ainda, a lição de Agostino De Caro: “Nel versante probatorio, il sistema previgente era ancorato alla ricerca della verità, affidata al giudice (art.299 c.p.p. 1930) il quale poteva e doveva porre in essere ogni iniziativa per trovare la corrispondenza col fatto storico. Questa ‘missione’ riusciva a giustificare l'utilizzazione di ogni mezzo capace di raggiungere l'obiettivo tanto che, nel passato, fondava anche la predisposizione di mezzi violenti (come la tortura) ma capaci (cioè, idonei) a centrare il bersaglio: la verità.” CARO, Agostino De. **Poteri Probatori del Giudice e Diritto alla Prova**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. p.52-53.

¹⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

¹⁴⁵ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 177-179.

¹⁴⁶ Larenz sustenta que: “Entre os princípios ético-jurídicos, aos quais a interpretação deve orientar-se, cabe uma importância acrescida aos princípios elevados a nível constitucional. Estas são, sobretudo, os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos

precisão terminológica impõe-se, mesmo que a idéia desenvolvida esteja em consonância com o modelo de processo penal por nós preconizado.

A rigor, a verdade, se possível de ser alcançada, há de ser uma só, sendo certo que qualquer processo (civil, penal, trabalhista ou administrativo) almeja atingi-la. Não há dúvida de que é pressuposto do ideal de justiça chegar à real ocorrência dos fatos. Assim, parece-nos impróprio falar em verdade real e formal.

Avançando na discussão, passou-se a considerar uma verdade processual, ou seja, aquela que emerge dos autos. O convencimento do juiz haveria de subsumir-se ao provado, chegando-se, então, à verdade. A verdade processual, como afirma Badaró, seria uma verdade judicial, aproximada tanto quanto possível da realidade, detendo-se a pesquisa sobre a mesma ao que está nos autos.¹⁴⁷ Assim, teríamos uma verdade possível ou processual, reflexo de um elevadíssimo grau de probabilidade de que os fatos tivessem ocorrido da forma alegada pelas partes.

As regras do jogo¹⁴⁸ processual, no que pertine à instrução probatória, estabeleceriam a viabilidade do diálogo, sem desprezar a existência de um método, um procedimento probatório, corroborando a maior ou menor aproximação da

fundamentais da Constituição, quer dizer, a prevalência da dignidade da pessoa humana (art.º 1º da Lei Fundamental), [...]”. Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.479. No Brasil, nos parece que o princípio não é visto em toda sua inteireza, pois o ser humano é visto (tratado) pelo ordenamento jurídico-positivo como meio, e não como fim. Assim, estamos com Luís Roberto Barroso ao sustentar que o princípio da dignidade da pessoa humana “[...] ainda vive, no Brasil e no mundo, um momento de elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica. Procura-se estabelecer os contornos de uma objetividade possível, que permita ao princípio transitar de sua dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 358, p. 91-114, nov./dez. 2001. p.109.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 37: “[...] a verdade judicial, necessariamente relativa, deve ser entendida como uma ‘verdade’ que o juiz busca nas provas existentes nos autos e que seja a ‘maior aproximação possível’ daquilo que se denomina verdade, tout court”. Essa também parece ser a visão de Ferrajoli (*op. cit.*, p. 24) , *in verbis*: “Tutto questo vale a maggior ragione per la verità processuale, che può essere anch’essa concepita come una verità approssimativa [...]”. Na doutrina nacional lê-se: “No processo, penal ou civil que seja, o juiz só pode buscar uma verdade processual, que nada mais é do que o estágio mais próximo possível da certeza.” GRINOVER, *op. cit.*, p.83.

¹⁴⁸ Já se afirmou em prestigiosa sede doutrinária que o processo é um jogo. É certo que tal jogo deve respeitar os direitos e as garantias fundamentais, assegurando tratamento paritário aos litigantes, bem como um diálogo humano visando o acertamento da decisão a ser proferida.

verdade. Até porque se é certo que o direito nasce dos fatos, estes precisam ser minuciosamente reconstruídos.

Os mais céticos, como Nietzsche, na filosofia, e Calamandrei, no direito processual, preconizam o abandono da busca da verdade. Especificamente, no que concerne ao processo (penal, civil, ou qualquer outro), o fiorentino aponta falhas no processo de reconstrução da verdade, mormente em virtude do princípio dispositivo. Sustenta, ainda, a impossibilidade de o processo produzir uma verdade que se projete para fora de si. Ou seja, como o juízo acerca dos fatos é relativo, pois os processos de investigação são falhos, na medida em que as partes só trazem para os autos o que as interessa, sua credibilidade jamais poderia passar do próprio processo.¹⁴⁹ Ainda na mesma obra, porém em outro artigo, Calamandrei, com base na doutrina alemã, volta a reafirmar sua descrença na busca da verdade, concordando com Voltaire no sentido de que as verdades históricas esgotar-se-iam em probabilidades.¹⁵⁰ Mais uma vez citando o pensador francês, aduz que mesmo o depoimento de doze mil testemunhas poderia significar doze mil versões ou probabilidades para o mesmo fato.¹⁵¹

¹⁴⁹ Tratando, em excelente artigo, sobre o uso de sentença como meio de prova, conclui: “Dato che in ogni processo le parti hanno il potere di rappresentare al giudice soltanto alcuni aspetti della realtà, il valore storico dei giudizi di fatto enunciati dal giudice è in funzione di quella rappresentazione: il giudice, nel processo a tipo dispositivo, non aspira ad accertare la verità coll’iniziale maiuscola, che sia destinata a valere in eterno oltre le contingenze, ma più modestamente si contenta di chiamar verità la somma logica di quelle allegazioni e di quelle prove che quel processo gli offre, senza escludere che domani, se sugli stessi fatti le allegazioni e le prove utilizzabili fossero diverse, la verità potrebbe apparirgli tutt’altra, com’è nel travestimento francese di un titolo pirandelliano, che par fatto apposta per servir da motto al processo dispositivo: ‘chacun sa vérité’.” Cf. CALAMANDREI, Piero. La sentenza civile come mezzo di prova. In: _____. **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1972. v. V, p. 571.

¹⁵⁰ Cf. CALAMANDREI, Verità e verosimiglianza nel processo civile, *op.cit.*, p. 615-616: “1. – Aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis: tutte le prove, a ben guardare, non sono che prove di verosimiglianza. Questa affermazione di relativismo processuale, fatta per il processo civile da un grande giurista (1), può valere ugualmente non solo per il processo penale, ma, anche fuori dal campo più direttamente processuale, per ogni giudizio storico su fatti che si dicono accaduti: quando si dice che un fatto è vero, si vuol dire in sostanza che esso ha raggiunto, nella coscienza di chi tale lo giudica, quel grado massimo di verosimiglianza che, in relazione ai limitati mezzi di conoscenza di cui il giudicante dispone, basta a dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto. Parlo, si intende, non delle verità logiche o morali, ma delle verità dei fatti accaduti, delle verità cosiddette storiche, per le quali già Voltaire avvertiva che ‘les vérités historiques ne sont que des probabilités’ (2).”

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 616.

Mesmo concordando com algumas de suas ponderações, no sentido de que a quantidade das provas não pressupõe que se chegue à verdade¹⁵², seu ceticismo nos parece exagerado. É certo que não perdemos de vista a advertência de Leonardo Greco, quando aduz que:

Uma das maiores ilusões que a consciência democrática contemporânea difunde na sociedade é a de que, no Estado de Direito, todo aquele que tiver um direito lesado ou ameaçado vai receber do Estado a mais ampla e eficaz tutela jurisdicional que lhe assegurará o pleno gozo desse direito.¹⁵³

Entretanto, é cediço que justiça¹⁵⁴ e verdade devem andar juntas, pois a primeira pressupõe que se chegue à segunda. Ou seja, far-se-á justiça – sem dúvida um dos principais escopos do processo (penal) – chegando-se à verdade.¹⁵⁵ Sendo assim, se doze mil testemunhas, de livre e espontânea vontade, relatassem a mesma versão, seria bastante difícil falar em mera probabilidade.

A rigor, as construções acerca das verdades real e formal prestam-se, tão-somente, a encobrir abusos processuais, bem como dar margem a intromissões indevidas do Estado na vida privada.¹⁵⁶

¹⁵² Nesse sentido é também a conclusão de William T. Pizzi, que, após interessante comparação entre o sistema norte-americano e outros, filiados a *civil law*, utilizando-se de metáfora futebolística (futebol americano e *soccer*, jogado, p.ex., no Brasil) anui que a quantidade das provas não é um critério seguro para se chegar à verdade. Cf. PIZZI, William T. **Juicios y Mentiras**: crónica de la crisis del proceso penal estadounidense. Tradução de Carlos Fidalgo Gallardo. Madrid: Tecnos, 2004. p. 35-96.

¹⁵³ GRECO, Leonardo. O Conceito de Prova. In: _____. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 423.

¹⁵⁴ Michele Taruffo já afirmava que: “La ideología de los objetivos del proceso que aquí se destaca sostiene que éste debe tender a producir decisiones justas.” TARUFFO, Michele. **La Prueba de los Hechos**. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 63.

¹⁵⁵ O grande Alfredo Buzaid retrata que os ideais acima expostos já andam juntos há milênios: “Há dois milênios se estatuiu que os princípios superiores do Direito são: viver honestamente, não prejudicar aos outros e dar a cada um o que é seu.” E conclui, após excelente resenha histórica, bem como exame do direito objetivo que: “De todo o exposto resulta que, por tradição imemorial na História do universo, se impôs sempre aos homens o dizerem a verdade como uma obrigação e se condenou sempre a mentira como uma manifestação torpe. Não se trata de um dever moral destituído de sanção. É um imperativo legal, que atende à condição da própria existência dos homens em sociedade. Por isso ele figura na legislação dos povos civilizados.” BUZAID, Alfredo. **Processo e Verdade no Direito Brasileiro**. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 47, p. 92-98, jul./set. 1987.

¹⁵⁶ Aliás, isso já vem acontecendo, bastando que se veja o espetáculo midiático montado cada vez que a Polícia Federal faz uma de suas pirotécnicas prisões.

Ainda no campo do ceticismo, poder-se-ia sustentar que admitir uma verdade processual implicaria na afirmação da existência de uma outra, porém inalcançável. Isso reduziria a eficácia científica da questão, além de sempre ensejar verdadeira angústia, qual seja: Será que essa é a verdade? Será que fiz justiça? Será que o réu é culpado (ou inocente)?

É preciso ter em mente que o processo, enquanto instrumento de reconstrução de um fato histórico, possui limitações gnosiológicas intrínsecas. Estas, diga-se de passagem, são inerentes a qualquer método que pretenda tal reconstrução.¹⁵⁷

No processo (penal), busca-se convencer o juiz de que os fatos se passaram de uma forma e não de outra. Embora, em linha de princípio¹⁵⁸, admita-se que a alegação das partes seja condizente com a verdade, jamais saberemos se o é. Assim, o réu, *v.g.*, tenta mostrar que matou em legítima defesa, logo não cometeu crime, já o Ministério Público deseja convencer os jurados de que não havia tal excludente de ilicitude. Saber como as coisas se passaram, nos seus mínimos detalhes, se não for tarefa para os deuses, com certeza seria hercúlea. É bem provável não nos lembramos do que almoçamos ou do que jantamos, ou, ainda, que roupa usávamos ontem. Jamais lembraremos como as coisas ocorreram no dia anterior em seus detalhes. Como então reconstruir algo que está tão longe? Como ser fiel a fatos que não nos recordamos mais?

Valendo-nos da lição de Francisco das Neves Baptista, a busca da verdade diz respeito à concordância do pensamento com o objeto, ou com nós mesmos. E mais, será imutável ou tão-somente útil e oportuna¹⁵⁹ a resolver a questão colocada a exame.

¹⁵⁷ Um historiador, ao estudar determinado evento, jamais conseguirá saber como as coisas realmente aconteceram, mormente pelos condicionantes sociais, políticos, psicológicos *etc* que haverão de influir na escolha de suas premissas.

¹⁵⁸ Por mais ética que seja a parte em sua exposição, é certo que expressa uma visão parcial da causa.

¹⁵⁹ São essas as palavras do autor: “Já se vê que a busca da verdade, em qualquer terreno, supõe duas tomadas de posições apriorísticas, consciente ou inconscientemente assumidas, mas inevitáveis: primeiro, quanto à natureza dessa verdade, decidindo-se se ela consiste numa ‘concordância do pensamento com o objeto’, ou se deve entender-se como ‘concordância do pensamento consigo mesmo’ – por outras palavras, se tal verdade será reputada atingível no exterior ou no interior da razão; segundo, quanto à extensão temporal e espacial dessa verdade, isto é,

Assim, já que as partes devem fornecer ao juiz elementos visando influenciar na formação de seu convencimento, é preciso também que a certeza do magistrado coincida com a alegação dos litigantes. Note-se que a certeza é subjetiva, formando-se, exclusivamente, na mente do magistrado.

Isso poderia suscitar objeções.

A primeira diz respeito à exagerada subjetividade¹⁶⁰ na tomada da decisão. O juiz, chegando a um estágio de certeza, decidiria da maneira que quisesse. Embora se saiba que isso não está longe de ser o que acontece na prática judiciária¹⁶¹, não é o que sustentamos. O Direito é uma ciência normativa (dever-ser), sendo assim, faz-se necessário buscar critérios lógico-rationais a embasar os provimentos estatais. No próximo capítulo, ao tratarmos do convencimento do juiz, aprofundaremos o tema. Mas, é certo que a decisão judicial precisará estar pautada em premissas verificáveis.¹⁶² E, o convencimento do magistrado deve coincidir com a verdade. No que tange à prova pericial (ou científica), tentaremos buscar critérios bem definidos, a fim de que a mesma não continue a ser, na prática, a “rainha das provas”.

A segunda objeção diz respeito a eventual visão utilitarista do processo. Assim, na medida em que cada parte buscasse de modo egoísta, e quiçá antiético, a solução da causa, seriam ignorados os escopos sociais, políticos e jurídicos, que permeiam a função jurisdicional, e, conseqüentemente, o processo enquanto seu instrumento de atuação.

crendo-se na sua imutabilidade ou, tão-só, na sua oportunidade ou utilidade.” Cf. NEVES BAPTISTA, Francisco das. **O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 32.

¹⁶⁰ A subjetividade pode ser vista como “[...] as diferentes formas através das quais o sujeito pensa, sente, deseja e representa a si mesmo e ao mundo que o cerca”. Cf. SOUZA, Mériti de. **A Experiência da Lei e a Lei da Experiência**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 18.

¹⁶¹ É comum, nos meios forenses, a afirmação de que o juiz decide primeiro e julga depois, ou seja, busca meios de explicitar o que já tinha em mente.

¹⁶² No que interessa à tese, que trata da prova científica, veremos, mais adiante, como tentar buscar critérios de verificação aptos a superar eventual decisão “mitológica”.

Tal crítica também improcede. A atuação dos personagens do processo deve pautar-se pela ética¹⁶³, preocupação constante, como bem salientou Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.¹⁶⁴ Querer alcançar um resultado positivo, vendo acolhida sua pretensão, passa longe da violação a preceitos éticos.

Demais disso, mesmo que uma das partes cometa algum exagero, a relação processual, pautada no contraditório e na ampla defesa, dá ao juiz, meios de, dialogando com elas, corrigir eventuais “deslizes”. Como se não bastasse, a vigilância recíproca também inibirá tal prática.

Superado o ceticismo, tentaremos delinear os contornos da verdade.

Devis Echandía e Guinchard e Buisson¹⁶⁵, embora sustentem a existência de uma verdade processual, consideram que esta pode não corresponder à verdade do mundo real. O processualista colombiano vai mais além e afirma que o mais importante é convencer o juiz¹⁶⁶ das alegações acerca dos fatos. Quanto à primeira afirmação, concordamos, mas isso não impede que se busquem critérios, baseados nos conhecimentos científicos da época, para fazer com que essa seja a verdade construída. No que tange ao segundo aspecto, é realmente importante convencer o juiz, entretanto tal convencimento não pode basear-se em premissas arbitrárias, conhecidas só pelo magistrado.

A busca da verdade está, indubitavelmente, ligada a ideais humanitários e políticos orientadores do Estado Democrático de Direito. Ocorre que,

¹⁶³ Para um aprofundamento da interpenetração entre a ética e a justiça, cf. PEGORARO, Olinto A. **Ética é justiça**. Petrópolis: Vozes, 1995.

¹⁶⁴ Para um aprofundamento da ética e da atuação dos personagens do processo, cf. PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. A Ética e os personagens do processo. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n.13, p. 241-248, jan./jun. 2001.

¹⁶⁵ Essa a lição de Guinchard e Buisson: “En outre, la décision ne peut plus être mise en cause, quand bien même elle ne serait pas conforme à la réalité (345): sa vérité s’impose comme vérité légale; son contenu est tenu pour vrai”. GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. **Procédure Pénale**. 2. ed. Paris: Litec, 2002. p. 1193.

¹⁶⁶ Cf. ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997. p. 59, onde se lê: “Entiéndese por la verdad procesal la que surge del proceso, es decir, la que consta en los elementos probatorios y de convicción allegados a los autos. Ésta puede ser diferente de la verdad real. Significa este principio que para el juez lo importante y único es la verdad procesal, que su decisión tendrá que ceñirse a ella y que entonces será recta y legal, aunque en ocasiones la realidad sea diferente. Nos lleva lo anterior a concluir que no siempre la justicia procesal está acorde con la realidad de los hechos y con los derechos y responsabilidades penales o de otra clase que realmente la ley consagra.”

o Estado-juiz, ao formar seu convencimento, deve abstrair, por absoluta impossibilidade¹⁶⁷, a idéia de chegar a uma verdade real, mormente no que toca à prova científica. Isso porque as verdades científicas são passíveis de mudança com o “evoluir” das técnicas e métodos científicos¹⁶⁸, ou seja, com o avanço da ciência.

À guisa de exemplo, vale mencionar que, durante anos, imaginou-se, baseado nos estudos de Linus Pauling, que a ingestão de doses elevadas de vitamina C (ácido ascórbico) reduziria os chamados radicais livres, ensejando retardamento do envelhecimento celular e, conseqüentemente, do corpo, gerando maior longevidade. Hodiernamente, sabe-se que não é bem assim. Diga-se de passagem, aos portadores de problemas renais, tal ingestão é, inclusive, prejudicial. O que a Organização Mundial de Saúde tem como correto é a ingestão de 50 a 60 mg por dia. Cumpre ressaltar que considerável setor da medicina sustenta que uma alimentação saudável supre nossas necessidades diárias, sendo a suplementação artificial, por meio de comprimidos, exceção.

Coube a Popper, como já mencionado alhures, demonstrar que a veracidade de determinada proposição está intimamente ligada à possibilidade de se perceber seus aspectos falíveis.¹⁶⁹ Isso, de modo algum, infirma ou diminui a eficácia de determinado conceito científico, ou da busca da verdade.

É certo que a maioria (senão todos) dos fatos alegados pelas partes no processo ocorreu no passado e que sua reconstrução é extremamente difícil, assim a verdade há de ser uma verdade aproximada¹⁷⁰, o que, de forma alguma,

¹⁶⁷ No sentido do texto Ferrajoli (*op. cit.*, p. 23): “L'impossibilità di formulare un sicuro criterio di verità delle tesi giudiziarie dipende dal fatto che la verità “certa”, o ‘oggettiva’ o ‘assoluta’ rappresenta sempre un ‘limite ideale’ irraggiungibile. L'idea contraria che si possa raggiungere ed asserire una verità oggettivamente o assolutamente certa è infatti un'ingenuità epistemológica, che le dottrine giuridiche illuministiche del giudizio come applicazione meccanica della legge condividono con il realismo gnoseologico volgare.”

¹⁶⁸ Cf. Ferrajoli (*Idem*), onde se lê: “Sappiamo, al contrario, per esperienza, che ogni teoria scientifica è destinata prima o poi ad essere superata da un'altra teoria in contraddizione con taluna delle sue tesi che perciò saranno un giorno abbandonate come false”.

¹⁶⁹ O autor, membro do chamado círculo de Viena, valendo-se da teoria falsificacionista, sem dúvida alguma um dos vetores da moderna epistemologia, nega que se possa chegar a uma verdade irrefutável.

¹⁷⁰ Não se perde de vista que o autor italiano faz algumas distinções entre as ciências naturais e sociais, cf. FERRAJOLI, *op.cit.*, p. 24-27. Entretanto, para a tese, suas considerações aqui expostas são suficientes.

pressupõe sua fragilidade. Deve-se buscar uma correspondência, infensa à metafísica, entre a verdade e a realidade¹⁷¹, no acertamento da decisão.

Cabe, neste ponto, fazer uma breve correlação entre certeza e verdade.

Revisitando a doutrina clássica (Malatesta e Mittermaier), percebemos algumas incongruências.

Com efeito, a verdade, segundo Mittermaier, “[...] é a concordância entre um fato real e a idéia que dele forma o espírito.”¹⁷² Interessa ao juiz, mais precisamente, estabelecer a verdade histórica, “[...] que procuramos alcançar, sempre que temos de nos certificar da realidade de certos acontecimentos, e de certos atos passados no tempo e no espaço.”¹⁷³ Diverso da verdade é a convicção com a qual o juiz é instado a decidir. A convicção, propriamente dita, nas palavras de Mittermaier, é um estado “[...] em que o espírito tem os fatos por verdadeiros, apoiando-se em motivos plenamente sólidos.”¹⁷⁴ Demais disso,

[...] chegada ao momento em que vitoriosamente repele todos os motivos contrários, e em que estes não podem mais abalar a imponente massa dos motivos afirmativos, toma a convicção o nome de certeza.¹⁷⁵

Logo, a certeza resulta em exercício de dúvida, na qual as proposições devem ser testadas, o máximo possível, pelas razões contrárias.

As fontes da certeza e motivos da convicção são, em princípio, os testemunhos dos sentidos e a evidência material dos fatos. Contudo, desempenham

¹⁷¹ Cf. *Ibid.*, p. 22-23: “Una volta stabilito che il termine ‘vero’ può essere impiegato senza implicazioni metafisiche nel senso di ‘corrispondeza’, è infatti possibile parlare dell’indagine giudiziaria come della ricerca della verità intorno ai fatti e alle norme menzionati nel processo ed usare i termini ‘vero’ e ‘falso’ per designare la conformità o la difformità da essi delle proposizioni giurisdizionali.”

¹⁷² MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução de Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997. p. 59.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 60.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 63.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 64-65.

papel importante as afirmações do raciocínio, que, por vezes, nos fazem descrever das próprias percepções dos sentidos.¹⁷⁶

Mittermaier observa que, por evidente, a certeza não escapa ao vício da imperfeição humana, de sorte que sempre é lícito supor o contrário daquilo que consideramos verdadeiro. Percebe-se, assim, a inviabilidade de o legislador exigir uma certeza absoluta, inalcançável diante da falibilidade humana.¹⁷⁷ Ainda que discordemos, é importante observar que o autor desenvolve seu raciocínio mantendo-se coerente com a defesa que faz do sistema da prova legal, em resposta aos que repudiam tal sistema de valoração da prova.

Diverso é o pensamento de Malatesta. Para ele, o juiz é o sujeito da certeza, um estado de sua alma. No entanto, vale ressaltar que usa o termo “certeza” em sentido diverso do exposto. A certeza é por ele mencionada como a crença na conformidade entre a noção ideológica e a realidade ontológica. O convencimento, por seu turno, mais que a certeza, resultante da vontade, é a reavaliação dos motivos da certeza. O convencimento racional ou judicial é, assim, juízo sucessivo à certeza.¹⁷⁸

O convencimento judicial guarda certas peculiaridades. Primeiramente, cabe dizer que não é possível a sua gradação, de sorte que, ou o juiz está convencido ou não está. Além disso, o convencimento é algo natural no juiz, não artificial, por razões estranhas à verdade enquanto meta do espírito.¹⁷⁹ Entretanto, a razão de seu convencimento deve atingir terceiros. Este último requisito é o que chama de sociabilidade do convencimento. O *ius puniendi* é exercido em nome da consciência social que reage à perturbação causada pelo delito. Assim, o

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 107.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 66. Conclui que: “[...] se a legislação recusasse sistematicamente admitir a certeza todas as vezes que uma das hipóteses contrárias pudesse ser imaginada, se veriam impunes os maiores criminosos, e, por conseguinte, a anarquia fatalmente introduzida na sociedade.”

¹⁷⁸ MALATESTA, *op. cit.*, p. 52: “O convencimento racional, em suma, não é senão um juízo sucessivo, determinando e aperfeiçoando o primeiro, que constitui a certeza; ela é a opinião da verdade; o convencimento, por sua vez, é a opinião da certeza, como legítima”.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 53. Assim, atentam contra o convencimento racional do juiz a determinação prévia do valor das provas, como no sistema da prova tarifada; os preconceitos da alma do magistrado; bem como o exame indireto das provas, em que o juiz formasse seu convencimento, não pelo contato com as fontes de prova, mas pelo relato do juiz instrutor.

fundamento de uma decisão condenatória deve ser amparado por essa mesma consciência.¹⁸⁰

Em vista dessas idéias, indaga-se se é racionalmente possível uma certeza legal. A resposta será evidentemente negativa, de acordo com a doutrina de Malatesta, porquanto a certeza só existe diante de uma realidade objetiva e percebida. Assim como os delitos são realidades múltiplas e imprevisíveis, as provas não podem ter a capacidade de infundir a certeza no juiz de forma prévia e, arbitrada, abstratamente, pelo legislador.¹⁸¹

Noutro giro, a idéia de certeza, em Mittermaier, funciona como um aspecto restritivo do conceito de verdade, pois pode representar uma visão subjetiva, proveniente de mera retórica. Isso não parece aceitável, pois a verdade deve ser controlável, verificável, enfim, aferível, sendo assim, não seria possível contentar-se com a certeza ou com o simples convencimento judicial.

Em suma, superada a crença numa verdade objetiva, tão ao gosto dos iluministas¹⁸², urge que num processo de modelo garantista se busque, por meio das provas, a verdade com o maior grau de certeza possível¹⁸³. Essa há de espelhar a mais fiel reconstrução dos fatos, possível à luz dos conhecimentos técnico-científicos de determinada época, sem descuidar de aspectos ligados à sua relatividade, como quer Taruffo¹⁸⁴, mas firme na perspectiva de que os conhecimentos científicos não estão infensos a *testability*, *refutability* e *falsifiability*.

¹⁸⁰ Destarte, arremata Malatesta (*Ibid.*, p. 55): “[...] se o juiz, embora pessoalmente sentindo-se convicto da culpabilidade do acusado, sente que suas razões não são tais que possam gerar igual convicção em qualquer outro cidadão racional e desinteressado, deve absolver.”

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 50: “Mas, se as realidades contingentes que funcionam como prova, são consideradas quanto à sua individualidade, não são mais predetermináveis, pois sua individualidade, como toda realidade contingente, é infinitamente variável em sua concretização. Ora, surgindo a certeza, não da prova específica, mas individual, é, portanto, indeterminável como a prova de que origina. Também, o sujeito da prova leva, por isso, a concluir contra a certeza legal”.

¹⁸² FERRAJOLI, *op.cit.*, p. 36-37.

¹⁸³ No sentido é a lição de Taruffo, *in verbis*: “Posto quindi che non si possa parlare di giustizia sostanziale della decisione, taluni propongono la nozione di giustizia procedurale come unico criterio di valutazione.” Cf. TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In: _____. **Sui Confini**. Bologna: Società editrice il Mulino, 2002. p. 220.

¹⁸⁴ Michele Taruffo, após profícua análise sobre a possibilidade de se buscar a verdade com base nas provas dos autos, conclui: “En resumen: la regulación legal del proceso y de las pruebas no es de por sí un obstáculo para que se determine la verdad de los hechos en el proceso, supuesto que se trata inevitablemente de una verdad relativa y ligada al contexto en el que es establecida.” TARUFFO,

Assim, a verdade, enquanto valor humanitário¹⁸⁵, não precisa ser adjetivada, uma vez que ligada à atuação da lei no que concerne à sua aplicação à realidade dos fatos.

Michele. **La Prueba de los Hechos**. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 79.

¹⁸⁵ HÄBERLE, Peter. **Diritto e verità**. Torino: Einaudi, 1995. p.105.

3 TEORIA DA PROVA – BREVES APONTAMENTOS

3.1 Introdução

Os tempos hiper-modernos, para usar a expressão de Gilles Lipovetsky¹⁸⁶, operaram profunda mudança na sociedade que se refletiram, obviamente, no Direito.

Não são mais aceitas decisões desprovidas de fundamentação, carentes de embasamento e incapazes de mostrar o caminho trilhado pelo magistrado quando de sua prolação. Assim, o magistrado ao escolher entre uma ou outra tese deve fundamentar de modo lógico-racional sua decisão, pois sua racionalidade, ou melhor, o controle dessa racionalidade, precisa ser apreciado.¹⁸⁷

Não se olvida que é por meio das provas que o juiz forma seu convencimento, assim, sua aferição há de ser verificável por amplo espectro de pessoas e à luz de critérios racionais.¹⁸⁸ Decisões inexplicáveis à luz das provas do processo, ou que se formaram por mero diletantismo, ou ainda, com base em provas de conteúdo inacessível não só aos atores da relação processual, como também à comunidade como um todo, não respeitam os atuais ditames que exigem procedimentos claros, transparentes, enfim, sem a marca de um pretensão científicismo inacessível ao consumidor da prestação jurisdicional.

¹⁸⁶ Cf. LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos**. São Paulo: Manole, 2005.

¹⁸⁷ Comentando o problema do controle da racionalidade das provas, TARUFFO, Michele. **Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica**. Disponível em: <www.studiocelentano.it>. Acesso em: 10 mar. 2006.

¹⁸⁸ Perelman busca uma racionalidade que seja compatível com a vida prática, suas lições visam, dentre outras coisas, buscar critérios de fundamentação razoáveis às decisões. Nesse contexto, o chamado auditório universal possui papel fundamental na nova retórica do pensador polonês. Com efeito, o que se busca é a adesão do auditório, por meio da comunhão, para ações futuras. Suas idéias giram, pois, na tentativa de justificar, com argumentos racionais, as decisões. Ainda que sedutor, não é o escopo da tese adentrar na instigante filosofia de Chaïm Perelman, para melhor compreensão do tema, cf. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a Nova Retórica. Tradução de Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Nesse contexto, dotada de grandiosa importância, até por sua inacessibilidade aos leigos, a prova científica não poderia escapar de algum método de controle.

Passaremos, pois a estudar, ainda que sucintamente, a teoria da prova, para chegar à prova científica (ou pericial, ou técnica). Veremos o atual paradigma que domina a matéria, inclusive no que toca ao sistema de sua interpretação, e tentaremos propor soluções para que tal não seja considerada a verdadeira “rainha da prova” de nossos tempos.

3.2 Conceito de prova

A palavra prova é, na linguagem jurídica, equívoca, ora sendo usada para designar a atividade probatória, ora o resultado que se extrai dessa atividade e, por fim, para designar os meios de prova.¹⁸⁹ A par disso, a prova é o cerne do processo, uma vez que em razão dela o pedido será julgado procedente ou improcedente.¹⁹⁰

Com efeito, as pretensões deduzidas em juízo têm por fundamento pontos de fato, dos quais as partes pretendem extrair conseqüências jurídicas que embasem seu pedido. Tais pontos são inicialmente levados ao processo por meio de afirmações, alegações. Todavia, não basta levantá-las, devendo-se convencer o juiz

¹⁸⁹ No sentido do texto, TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 3, p. 411-413. E, também, referindo-se às três acepções, GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 141-142. Em sentido contrário, Ercole Aprile, onde se lê: “Il termine prova viene impiegato dal legislatore codicistico in un **duplice significato**: esso è il mezzo, lo strumento utilizzato per dimostrare un fatto, allo scopo di verificare in tema oggetto del procedimento; nel contempo è il risultato della verifica probatoria, il fatto rappresentato sulla base del quale il giudice potrà decidere il merito della regiodicanda.” APRILE, Ercole. **La Prova Penale** (artt.187 – 271 cod. proc. pen.). Milano: Giuffrè, 2002. p. 50.

¹⁹⁰ No sentido do texto é lição de Lopes da Costa: “[...] da prova essencialmente depende ser ou não atendida a demanda ou a defesa.” Cf. LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. III, p. 73.

sobre a veracidade das mesmas, pois a afirmação acerca dos fatos, que dê apoio à decisão judicial, guarda um compromisso com a verdade.¹⁹¹

O convencimento do juiz é obtido pela demonstração desses fatos.¹⁹² Assim, há um encadeamento entre a afirmação de fatos, a necessidade de o juiz buscar a verdade e a demonstração da afirmação acerca dos fatos.¹⁹³ Sem dúvida alguma, tal relação entre a verdade, que entendemos ser processual, no sentido já definido no primeiro capítulo, a existência dos fatos e a prova acerca dos mesmos, trará base a um provimento meritório justo.¹⁹⁴

Entretanto, a prova é categoria mais ampla que o instrumento de convencimento do juiz a respeito da verdade de fatos alegados. Assim, na esteira de ilustre processualista “[...] provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa.”¹⁹⁵

Carreira Alvim, citando lições de Domat, refere-se à distinção entre o conceito lógico e o conceito jurídico de prova.¹⁹⁶ Aquele, chamado de prova *in generi*, é “[...] tudo aquilo que persuade de uma verdade o espírito[...].” e este,

¹⁹¹ AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 2, p. 328: “Este, a quem as afirmações são dirigidas, para considerá-las na sentença e, por sua vez, fazer a sua afirmação quanto aos fatos deduzidos pelas partes, precisa convencer-se da existência ou inexistência dos mesmos. Porque a afirmação do juiz necessariamente deverá corresponder à verdade. Para o juiz, não bastam as afirmações dos fatos, mas impõe-se a demonstração de sua existência, ou inexistência. Por outras palavras, o juiz quer e precisa saber da verdade em relação aos fatos afirmados pelos litigantes”.

¹⁹² No sentido do texto, Teresa Armenta Deu, onde se lê: “La prueba en el proceso penal es aquella actividad encaminada a procurar la convicción de Juez sobre los hechos afirmados por las partes en sus escritos de calificaciones.” DEU, Tereza Armenta. **Lecciones de Derecho Procesal Penal**. 2. ed. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, 2004. p. 271.

¹⁹³ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 252: “A importância da prova está em que o juiz ou tribunal não pode julgar com base em meras conjecturas ou alegações, mas em conformidade com o alegado e provado pelas partes (*Idem est et non esse et non probari*)”.

¹⁹⁴ Ainda que com alguma reserva, é de se conferir a lição de Mittermaier (*op. cit.*, p. 55): “Todas as vezes que um indivíduo aparece como autor de um fato, que é, por força de lei, de consequências aflitivas, e que se trata de lhe fazer a aplicação devida, a condenação repousa sobre a certeza dos fatos, sobre a convicção que se gera na consciência do juiz. A soma dos motivos geradores dessa certeza chama-se prova”.

¹⁹⁵ AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 329.

¹⁹⁶ Outrossim, alude à distinção Camargo Aranha: “Num sentido comum ou vulgar (verificação, reconhecimento etc.) significa tudo aquilo que pode levar ao conhecimento de um fato, de uma qualidade, da existência ou exatidão de uma coisa. Como significado jurídico representa os atos e meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados” (CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 5).

apelidado de prova judicial, é “[...] o meio regulado pela lei para descobrir e estabelecer, com certeza, a verdade de um fato controvertido.”¹⁹⁷

É de se esclarecer, ainda que por excesso de zelo, que, por enquanto, estamos tratando, evidentemente, da prova judicial ou judiciária, ou seja, aquela que se destina a levar ao juiz a verdade sobre os fatos atinentes à causa.¹⁹⁸

A prova se caracteriza como um elemento instrumental. Nas palavras de Frederico Marques, “[...] a demonstração dos fatos em que assenta a acusação e daquilo que o réu alega em sua defesa é o que constitui a prova.”¹⁹⁹ Do ponto de vista das partes, consiste em instrumento hábil a influir na convicção do juiz a respeito de suas alegações. Para o juiz, de outro modo, são instrumentos de que faz uso para averiguar os fatos que fundamentam as alegações dos litigantes.

Mittermaier também faz alusão a esse duplo aspecto (objetivo e subjetivo)²⁰⁰, ou seja, tomada subjetivamente, i.e., do ponto de vista de quem a produz; ou objetivamente, considerada por aquele perante o qual ela é produzida.

No primeiro caso, assinalando a sinonímia entre a prova e sua produção, encontrar-se-ia a tarefa das partes de convencer o julgador da veracidade

¹⁹⁷ CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 251. Note-se, porém, que a controvérsia sobre os fatos, no processo penal, não assume a relevância que possui no processo civil. “No processo penal, não se exclui do objeto da prova o chamado fato incontroverso ou fato admitido. [...] O juiz penal não está obrigado a admitir o que as partes afirmam incontestemente, uma vez que lhe é dado indagar sobre tudo o que lhe pareça dúbio ou suspeito.” (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1998. v. II, p. 255) Mesmo a confissão judicial não consiste em prova absoluta, podendo ser afastada, como nos casos de auto-acusação falsa. Segundo CAMARGO ARANHA(*op. cit.*, p. 114), “[...] embora não vigore no processo criminal o princípio do processo civil de que **confessus pro convicto habet** e à sociedade não interesse a condenação de um inocente, mesmo que confessando falsamente, não há dúvida no sentido de que a confissão judicial serve como suporte condenatório, **desde que não demonstrada a sua mendacidade.**” (grifo nosso)

¹⁹⁸ No sentido do texto Moacyr Amaral Santos (*op. cit.*, p. 331): “Destina-se a prova a levar o juiz ao conhecimento da verdade dos fatos da causa”.

¹⁹⁹ MARQUES, *op. cit.*, p. 253. GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 141: “As dúvidas sobre a veracidade das afirmações feitas pelas partes no processo constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova de acontecimentos pretéritos relevantes. A prova constitui, assim, numa primeira aproximação, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos”.

²⁰⁰ MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 57.

de suas alegações. No que toca ao aspecto objetivo, a prova estaria ligada à certeza e aos motivos de fato que ligam o acusado ao crime.²⁰¹

A doutrina brasileira, porém, parece inverter tais pontos de vista. Assim, Amaral Santos alude à prova no sentido subjetivo como consistente “[...] na convicção que as provas produzidas no processo geram no espírito do juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos”. Diversamente, em sentido objetivo, são “[...] os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo.”²⁰²

De todo modo, conforme exposto no início do tópico, vale deixar consignado que o vocábulo prova tanto designa um conjunto de atividades de verificação e demonstração dos fatos relevantes para o julgamento, no intuito de formar o convencimento do juiz, como também é utilizado para referir-se ao resultado das atividades probatórias. Na opinião de Dinamarco, o primeiro conceito é o que oferece mais interesse na teoria do processo.²⁰³ Ainda numa terceira acepção, designa os meios de prova.

Mittermaier salienta algumas peculiaridades da prova em matéria criminal. A primeira delas decorre de que os fatos evidenciados pertencem ao passado, não mais podendo ser apreendidos pelo exame do juiz em sua pureza primitiva. Assim, para o alemão, a realidade há de ser apreendida por indução.²⁰⁴ Tal ilação relativiza a proposta diferença de valor probatório entre a evidência material e o indício.²⁰⁵

²⁰¹ Já no que concerne ao aspecto subjetivo: “[...] designa os esforços feitos pela parte para fundar a convicção no ânimo do juiz, e habilitá-lo a decidir com toda a certeza a respeito dos fatos da causa; neste sentido prova e produção de prova são sinônimos”. *Idem*.

²⁰² AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 331. No mesmo sentido, CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 252.

²⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v. III, p. 43-44.

²⁰⁴ MITTERMAIER, *op.cit.*, p. 57. Daí que, para ele, “[...] a realidade só pode ser estabelecida por via da indução, tomando-se por ponto de partida os efeitos, os sinais característicos, os vestígios de toda espécie”.

²⁰⁵ Segundo o mesmo autor (*Ibid.*, p. 114), é um equívoco acreditar que a evidência material – apreendida pelos sentidos, diretamente – é a única fonte de certeza, em detrimento dos indícios. Não só ao testemunho dos sentidos damos crédito, mas também às afirmações do raciocínio. Acrescenta(p. 109): “[...] portanto, o espírito não acha satisfação completa, e nele não se forma a certeza senão quando, aplicando a lei do raciocínio aos resultados fornecidos pela observação dos sentidos, obtém essa concordância e harmonia, que o seduzem. E mesmo nos casos em que por

A segunda peculiaridade é a dificuldade da prova, em consequência do natural impulso do delinqüente de ocultar sua conduta criminosa. Ele se precaverá, desde o momento da prática criminalmente relevante, de maneira a tornar a prova impossível, apagando vestígios, evitando testemunhas e procurando a escuridão.²⁰⁶

Demais disso ressalta que, no crime, “[...] o juiz tem de esclarecer circunstâncias que escapam aos sentidos, e que são somente da alçada do foro íntimo[...].”²⁰⁷, que dizem respeito à imputabilidade do acusado ou às suas motivações, por exemplo. A indução se faz relevantíssima para a obtenção da certeza acerca dessas matérias de fato.

Outra particularidade, ainda na opinião do doutrinador tedesco, é que o juiz criminal se incumbe da especial tarefa de obter a confissão do acusado, garantindo sua própria convicção dessa maneira. Evidentemente, no Brasil atual, não se pode perder de vista a garantia do acusado de manter-se calado (CF, art. 5º, LXIII). Nada obstante, sua confissão consistirá em importante elemento de convicção para o juiz.

Inobstante os conceitos expostos, bem como as particularidades apontadas por Mittermaier, temos outra visão.

Com efeito, em nosso sentir, a prova é algo que o Direito partilha com a realidade da vida, com o cotidiano humano. Assim, nos parece inadequado falar em prova tão-somente numa linguagem jurídica. Nessa linha de raciocínio, em posição oposta a de Mittermaier, nos parece incorreto fazer qualquer tipo de diferenciação profunda entre a prova civil e a penal, impondo-se, pois, uma visão unitária da questão.

Tratando-se de categoria mais abrangente, pois serve a qualquer um que pretenda demonstrar a existência de fato(s) relevante(s), a prova assume contornos únicos e unitários. Assim, p.ex., o empregado para “provar” que chegou

hábito acreditamos plenamente no testemunho dos sentidos, será prudente submeter-se ao *criterium* da razão, e só decidir-se depois de maduro exame dos motivos pró e contra”).

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 58.

²⁰⁷ *Idem.*

no horário, mostra o cartão de ponto e pede o “testemunho” de um colega de trabalho. Tal prova não é ontologicamente diferente da prova judicial que, por sua vez, também não possui tal diferença em relação à prova cível, penal, trabalhista *etc.* Eventuais peculiaridades, sempre ligadas ao direito material em jogo no processo, não infirmam o que acabamos de sustentar.

3.3 Objeto da prova

Como ficou registrado, a prova caracteriza-se como instrumento que carrega ao processo elementos de convicção para o juiz. Cabe indagar sobre a que matéria (ou matérias) tais elementos dizem respeito, ou em outras palavras, qual é o objeto da prova. Nas palavras de Frederico Marques “[...] o objeto da prova, ou *thema probandum*, é a coisa, fato, acontecimento, ou circunstância que deva ser demonstrado no processo.”²⁰⁸ Acrescenta que não só fatos e acontecimentos do mundo exterior constituem o objeto da prova, como também aspectos internos da vida psíquica do réu ou indiciado.²⁰⁹

Presume-se, pois, que o juiz esteja instruído sobre o direito a aplicar, sendo objeto da prova tão-somente as questões fáticas.²¹⁰ Igual entendimento colhe-se em Amaral Santos²¹¹.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 254; AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 335: “[...] a prova tem por finalidade convencer o juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos sobre que versa a lide”.

²⁰⁹ MARQUES, *op. cit.*, p. 270-271: “Fatos e acontecimentos do mundo exterior, bem como fatos internos da própria vida psíquica do indiciado ou do réu, constituem o *thema probandum* sobre o qual devem realizar-se as pesquisas, diligências e investigações, com os meios de provas, para ser reconstruída a situação concreta em que vai incidir a norma penal. O fato delituoso e a pessoa do agente do crime devem ser focalizados, nos seus aspectos relevantes, na atividade instrutória ou de investigação.” No mesmo sentido, MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 58: “A imputabilidade moral do acusado, o estado de seu espírito no momento do crime, a lucidez das faculdades de sua consciência, a má intenção e sua intensidade, são outros tantos objetos a que é preciso aplicar os instrumentos da prova, porém cujo conhecimento não se obtém pelos meios ordinariamente empregados para os fatos externos, cuja certeza só pode ser alcançada por via da indução”.

²¹⁰ MARQUES, *op. cit.*, p. 254.

²¹¹ “Assim como as partes não podem alegar a ignorância da lei para não cumpri-la, também o juiz, e por mais evidentes razões, por se tratar de um órgão do estado e um técnico em direito, não pode eximir-se de cumprir a sua função sob o pretexto de que desconhece a lei, ou que é omissa, obscura ou indecisa”. AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 342.

Entretanto, consoante o disposto no artigo 337 do Código de Processo Civil, deve-se provar o direito municipal, o estadual, o estrangeiro ou o consuetudinário. Assim, o juiz pode determinar à parte que os alegar a prova de seu teor e vigência.²¹² Cuida-se de regra aplicável ao processo penal, ainda que sem previsão expressa e equivalente no Código de Processo Penal, porém de utilidade muito restrita.²¹³

Diferentemente do processo civil, há, no processo penal, necessidade de se provarem todos os fatos ainda que incontroversos.²¹⁴

Sem embargo do questionável pressuposto de que o processo penal debruça-se sobre uma verdade real, ao passo que o processo civil contenta-se com uma verdade formal, um grave equívoco como já demonstrado no primeiro capítulo da tese, cabe salientar que a própria lei processual civil não se contenta com a incontrovérsia sobre os fatos em matéria de direito indisponível²¹⁵, *ex vi* do art. 320, II, CPC.²¹⁶ Isso porque não é só no processo penal que se colocam questões relevantes ao interesse social.

²¹² Hélio Tornaghi sustenta que o Direito escrito, nacional, não precisa ser provado, pois deve ser conhecido pelo juiz. Já o Direito estrangeiro e o consuetudinário precisam sê-lo, pois o juiz pode não os conhecer. TORNAGHI, *op. cit.*, p. 445-446.

²¹³ CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 30. Exemplifica este autor, com a hipótese em que o costume exclui a antijuridicidade da conduta imputada ao réu; ou aquela em que se faz necessário provar a validade de casamento celebrado segundo as normas de direito estrangeiro; ou ainda crimes contra a administração pública cuja prova demande o conhecimento de direito estadual ou municipal.

²¹⁴ De acordo com Frederico Marques “[...] o juiz penal não está obrigado a admitir o que as partes afirmam incontestemente, uma vez que lhe é dado indagar sobre tudo o que lhe pareça dúbio ou suspeito”. MARQUES, *op. cit.*, p. 255. No mesmo sentido, Camargo Aranha (*op. cit.*, p. 26) acrescenta que o interesse social no campo penal exige a prova de fatos, ainda que não sejam negados.

²¹⁵ Sem embargo de outras hipóteses, como aquela constante do art. 320, III, CPC, em que a lei considera a juntada de instrumento público, com a petição inicial, indispensável à prova do ato. Amaral Santos, contrariando de certo modo a concepção de uma verdade formal no processo civil chega a afirmar que é objeto de prova fato incontroverso, quando esta é reclamada pelo juiz, “[...] para o fim de formar com mais segurança o seu convencimento” (*op. cit.*, p. 337). Dinamarco, por seu turno, refere-se à necessidade de prova de fatos incontroversos impossíveis ou improváveis, como a prova do deslocamento de coisas sólidas, líquidas ou gasosas, pelo simples poder da mente, possível segundo a parapsicologia (*op. cit.*, p. 63).

²¹⁶ “Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: [...] II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis.”

A par disso, excluem-se da necessidade de serem provados os fatos impertinentes²¹⁷, os irrelevantes²¹⁸, os evidentes²¹⁹ e os notórios.²²⁰

Quanto ao objeto, as provas costumam ser classificadas em diretas e indiretas.²²¹ As provas diretas referem-se ao próprio fato probando ou consistem no próprio fato, reproduzindo-o ou representando-o. Diversamente, as provas indiretas referem-se a outro fato, do qual, por trabalho do raciocínio, se chega ao fato que se queira provar. São provas indiretas as presunções e os indícios.²²² Na opinião de Malatesta, o referencial é o delito, conquanto seja objeto mediato ou imediato da prova.²²³

²¹⁷ MARQUES, *op. cit.*, p. 254: “Fatos que não pertencem ao litígio e que relação alguma apresentam com o objeto da acusação, consideram-se fatos sem pertinência, e que, portanto, devem ser excluídos do âmbito da prova in concreto”.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 255: “Inadmissíveis também são, como objeto de prova, os fatos que não influem sobre a decisão da causa, embora a ela se refiram. Para que indagar, por exemplo, da roupa que envergava o homicida ao praticar o crime, se dúvida não há a respeito da pessoa que cometeu o crime, sendo assim prescindível qualquer prova ou sinal exterior para identificação do acusado?”.

²¹⁹ CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 26: “Se o objetivo da prova é formar a convicção do julgador a respeito de um determinado fato, sua existência e realização, se o fato é evidente a convicção já está formada, dispensando, destarte, qualquer demonstração”.

²²⁰ AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 341: “Diversamente ocorre com os fatos notórios. O conhecimento destes, do mesmo modo que as máximas de experiência, faz parte da cultura normal própria de determinada esfera social, e o juiz, ao utilizá-lo, não funciona como testemunha que informa quanto a fatos, porque se vale de conhecimento que não é seu apenas, ou de umas poucas pessoas, mas de uma coletividade, da qual é intérprete, e de cuja exatidão os litigantes sempre estão em condições de fiscalizar.” CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 28: “A título de exemplo: numa ação penal por crime contra a honra e figurando como vítima um chefe de Estado, não haverá necessidade, por ser notório, da prova de que aquele ofendido é o ocupante do cargo”.

²²¹ AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 331-332: “Enquanto na prova direta a conclusão objetiva é conseqüente da afirmação da testemunha ou da atestação da coisa ou documento, sem necessidade maior do raciocínio, na indireta o raciocínio reclama a formulação de hipóteses, sua apreciação, exclusão de umas, aceitação de outras, enfim trabalhos indutivos maiores ou menores, para se atingir a verdade relativa ao fato probando”.

²²² Seguindo as lições de Carnellutti, Marques (*op. cit.*, p. 256) alude a provas *históricas* e *críticas*. *In verbis*: “Prova histórica é ‘um fato representativo de outro fato’, tal como o conteúdo de um documento, ou o depoimento de uma testemunha. A prova crítica, ao revés, não tem função representativa, mas apenas indicativa, pois que não é um equivalente sensível do fato a provar; é o que sucede, *verbi gratia*, com os indícios”.

²²³ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001. p. 148: “Em conseqüência, ao examinar e classificar as provas quanto ao conteúdo, referem-se elas, em crítica criminal, como ponto fixo, ao *delito*, que é a verdade particular que se tenta verificar, instaurando o processo”.

3.4 Fontes e meios de prova

Neste ponto, cabe esclarecer o que seja um meio de prova, bem como distingui-lo das fontes de prova. Na definição de Dinamarco, “[...] fontes de prova são pessoas ou coisas das quais se possam extrair informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação.”²²⁴ Essa noção em muito se aproxima ao conceito adotado por Amaral Santos de sujeito da prova.²²⁵

Em função do conceito de fonte de prova, pode-se classificá-la em *real* e *peçoal*. Ainda Amaral Santos define que “[...] prova real de um fato consiste na atestação inconsciente, feita por uma coisa, das modalidades que o fato probando lhe imprimiu”. Assim, *v.g.*, temos as trincas nas paredes ou o ferimento. Diversamente, “[...] prova peçoal é toda afirmação peçoal consciente, destinada a fazer fé dos fatos afirmados. A testemunha que narra fatos que viu, o documento de confissão de dívida, a escritura de testamento são provas peçoais.”²²⁶

Contudo, Dinamarco adota classificação heterogênea, sendo-lhe aplicáveis às definições *retro* esboçadas às pessoas, enquanto fontes, mas não às coisas, que seriam provas reais por definição.²²⁷ Próximo a tal classificação, Frederico Marques ensina que a diferença entre as provas reais e as peçoais encontra-se na qualidade do elemento instrumental – conforme seja ou não um ser com personalidade e consciência.²²⁸ Note-se, todavia, que este autor não se esforça em distinguir as fontes dos meios de prova.

²²⁴ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 86. Complementa o autor, mencionando Carnelutti, que “[...] informações são a ‘afirmação da existência ou inexistência de um fato, com a finalidade de levá-lo ao conhecimento de outrem, especialmente do juiz ou, em geral, do órgão judiciário’”.

²²⁵ Nas palavras deste celebrado processualista, “[...] sujeito da prova é a pessoa ou coisa de quem ou de onde dimana a prova; a pessoa ou coisa que afirma ou atesta a existência do fato probando.” AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 332.

²²⁶ *Idem.*

²²⁷ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 86-87: “As coisas são fontes reais de prova. As pessoas são também fontes reais, quando submetidas a exames feitos por outrem (perícias médicas, etc.); mas serão fontes peçoais quando chamadas a tomar parte na instrução probatória mediante a realização de atos seus e concurso de sua vontade (testemunhas, partes em depoimento peçoal). As fontes peçoais são ativas e as reais inativas”.

²²⁸ MARQUES, *op. cit.*, p. 256: “Provas reais são aquelas em que o elemento instrumental está constituído por uma coisa ou bem exterior ao indivíduo; já as provas peçoais são aquelas cujo objeto instrumental está constituído por um ser com personalidade e consciência que contribui para formar o convencimento do juiz mediante declarações de conhecimento”.

A respeito dessa discussão, afirma Malatesta que os requisitos para que uma prova seja pessoal são a existência de uma afirmação consciente e que seja destinada a fazer fé da verdade de um fato. A ausência de qualquer dos requisitos torna a prova real.²²⁹ O fato humano²³⁰ ou a afirmação²³¹ inconsciente são chamadas de *prova real-psíquica*. Outrossim, os assertos não destinados a fazer fé da verdade dos fatos afirmados são chamados de *prova real-corporal*.²³²

Esclarece ainda que o referencial para distinguir a prova real da prova pessoal é a consciência do juiz. Se fosse a própria fonte, a prova seria sempre real, de maneira que a prova pessoal para o juiz, será, p.ex., sempre real para a testemunha.²³³

Os meios de prova, por seu turno, distinguem-se das próprias fontes. Na lição de Dinamarco, “[...] meios de prova são técnicas destinadas à investigação de fatos relevantes para a causa.”²³⁴

Moacyr Amaral Santos também parece adotar tal distinção de conceitos, porém com nomenclatura diferente. Se as fontes de prova, ele apelida de

²²⁹ MALATESTA, *op. cit.*, p. 283: “Se as exteriorizações do espírito humano não são conscientes ou não se considerem como destinadas a fazer fé da verdade dos fatos por ela manifestados, não se tem prova pessoal, mas sim real”.

²³⁰ *Idem.*: “Funcionando como prova do espírito interno, são provas reais, e não pessoais, não só a palidez, o tremor, o desmaio do acusado, e qualquer outro fato involuntário da pessoa, mas também são provas reais todos os fatos voluntários humanos que funcionam como prova para revelar o espírito interno, todos aqueles fatos que, embora conscientemente praticados como fatos, são inconscientemente emitidos como revelações do espírito interno”.

²³¹ *Ibid.*, p. 283-284: “A própria palavra, essencialmente destinada às manifestações conscientes da alma, não se pode considerar como prova pessoal, quando não destinada conscientemente a revelar a alma. Sempre que é uma exteriorização inconsciente do espírito, ela só pode ser uma prova real”.

²³² O autor referido exemplifica (*Ibid.*, p. 286): “[...] a palavra injuriosa ou ameaçadora não é senão o próprio crime, na materialidade de sua existência, que se submete ao espírito do juiz, e não já uma afirmação pessoal consciente, destinada a convencer da verdade dos fatos afirmados. A palavra, nestes casos, é considerada a concretização do crime e não do ponto de vista da destinação a fazer fé dos fatos por ela afirmados, essencial para a prova pessoal”.

²³³ *Ibid.*, p. 288: “[...] a distinção subjetiva das provas, em pessoais e reais, é considerada em relação à consciência do juiz dos debates. Se assim não se fizesse, se se atendesse às provas relativamente à sua fonte originária, teríamos somente provas reais”.

²³⁴ Remarcando a distinção, o autor ainda acrescenta que: “Diferentemente das fontes, eles são fenômenos internos do processo e do procedimento. Atuam sobre aquelas e cada um deles é constituído por uma série ordenada de atos integrantes deste, realizados em contraditório, com a observância das formas que a lei estabelece e dirigidos pelo juiz.” DINAMARCO, *op. cit.*, p. 87.

sujeitos da prova, os meios são por ele chamados de formas da prova. A forma da prova “[...] é a modalidade ou a maneira pela qual se apresenta em juízo”.²³⁵

Nada obstante, tal distinção entre fontes e meios de prova não costuma ser observada pela doutrina. Frederico Marques, por exemplo, perfilha doutrina de Pontes de Miranda, segundo a qual “[...] meios de prova são as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova.”²³⁶ No mesmo sentido, posiciona-se Carreira Alvim, esclarecendo serem os motivos de prova “[...] as alegações (ou observações) que determinam, imediatamente ou não, a convicção do juiz.”²³⁷

Crítica a essa distinção também faz Mittermaier, para quem meio de prova é todo meio de produzir a certeza.²³⁸ Vale salientar que tal autor não faz a distinção acima mencionada.²³⁹ O aludido doutrinador renega a importância das discussões acerca do número de *meios de prova* e as distinções entre estes e os *motivos de prova*. Nas suas palavras, “[...] a ciência pouco tem a lucrar com tais indagações, que com razão foram qualificadas de puras sutilezas.”²⁴⁰

Quanto aos possíveis meios (e fontes) de prova, vale lembrar a lição de Frederico Marques, que faz alusão a critérios vinculadores do juiz atinentes à busca da verdade e liberdade da prova.²⁴¹

²³⁵ AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 332.

²³⁶ MARQUES, *op. cit.*, p. 255.

²³⁷ CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 270: “Assim, a ‘afirmação’ de um fato influente na causa, por uma testemunha presencial e a ‘observação’ de um dano, pelo juiz, no local do evento, são motivos de prova. Meios de prova são as fontes de que o juiz extrai os motivos de prova. Assim, nos exemplos anteriores, a pessoa da testemunha e o local inspecionado são meios de prova”.

²³⁸ MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 112: “Se é verdade que dar a prova ou constituir a certeza é tender ao mesmo fim, é exato que todo o meio de produzir a certeza será necessariamente um meio de prova também”.

²³⁹ Acrescenta que “[...] no sentido legal, os meios de prova, ou, em uma palavra, as provas, são para o juiz as fontes dos motivos de convicção que a lei declara suficiente para, aplicados aos fatos da causa, determinarem naturalmente a sentença” (*Ibid.*, p. 115).

²⁴⁰ Exemplificando as diferenças propostas para tais conceitos, assim se manifesta: “São elas sem valor para o juiz, e não vemos que interesse haja em reconhecer, com Gensler, na prova testemunhal por exemplo, um meio de prova – a testemunha, um motivo positivo de prova – o depoimento da mesma, e um motivo jurídico – o que o juiz aproveita para sua convicção como magistrado”. *Ibid.*, p. 115.

²⁴¹ “A colheita de provas pode subordinar-se ao princípio da verdade legal ou da verdade real. Pelo primeiro, as fontes de provas estão prefixadas na lei a cujos preceitos fica o juiz vinculado de forma a não admitir a produção de meios probatórios ali não previstos. Pelo segundo princípio, livre é a escolha e a exploração das fontes de prova.” MARQUES, *op. cit.*, p. 259.

Esta última idéia corresponde ao que se vem chamando de princípio da liberdade dos meios de prova. Tal princípio foi adotado pelo Código de Processo Penal, ainda que implicitamente, no art. 155²⁴² e, explicitamente, no artigo 332 do Código de Processo Civil.

Note-se que, reflexo da atual ordem constitucional, a legislação não deveria dispor diversamente, conquanto a limitação legal aos meios de prova só poderia ser admissível como resultado da ponderação do direito à prova com outro preceito fundamental ou da natureza do direito.²⁴³

Comentando o art. 332, do CPC, em lição aplicável ao processo penal, Leonardo Greco ressalta que “[...] todos os meios moralmente legítimos[...]”, aceitos pelo legislador processual,

[...] inicialmente percebidos como extensivos a provas inominadas, como a prova emprestada, com a emergência do primado dos direitos fundamentais foram associados à proibição das provas ilícitas, ainda que nominadas.²⁴⁴

²⁴² ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 349; CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 256: “No processo penal brasileiro, sempre imperou o princípio da liberdade da prova, exceto quanto ao estado civil das pessoas (art. 155, CPP) e as restrições são estabelecidas taxativamente pela lei.” MARQUES, *op. cit.*, p. 270: “Em juízo, por outro lado, não há restrições na exploração das fontes e meios de prova, como se deduz, *a contrario sensu*, do que preceitua o art. 155 do Código de Processo Penal”.

²⁴³ Leonardo Greco(*A prova no Processo Civil: Do Código de 1973 ao Novo Código*. In: Estudos..., *op. cit.*, p. 373), por exemplo, sustenta que as provas legais devem ser admitidas quando o exercício do direito dependa do registro público de seu fato gerador.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 99.

3.5 Prova e instrução

Cumprir fazer breve distinção entre prova e instrução. Segundo Paulo Cunha, “[...] instrução e prova não são uma coisa só: a instrução está para a prova assim como o instrumento está para a obra que por meio dele se consegue.”²⁴⁵

Na lição de Frederico Marques, há um conceito genérico de instrução, que tanto abrange as alegações das partes quanto os atos probatórios.²⁴⁶ Tais elementos destinam-se à formação da convicção do juiz sobre os fatos articulados.²⁴⁷

Nada obstante, o notável processualista paulista também cuida de um conceito mais estrito de instrução, que é o de instrução probatória, definindo-a “[...] como o conjunto de atos processuais que têm por objeto recolher as provas com que se deve ser decidido o litígio.”²⁴⁸ É mais estrito porque a instrução se presta a permitir que as partes apresentem argumentos ao juiz, sobre as questões de fato e de direito, oferecendo material lógico para a construção da sentença.

Amaral Santos se refere ainda a duas categorias albergadas no conceito mais amplo de instrução, diferenciando três significados de instrução. Em sentido amplo, a instrução é “[...] o preparo da causa de elementos adequados a uma decisão do mérito[...].”²⁴⁹, compreendendo todo o procedimento anterior ao *iudicium*, à sentença de mérito. Em sentido menos amplo, significa “[...] o aparelhamento do processo dos elementos suscetíveis de convencer o juiz sobre as controvérsias de fato e de direito que giram em torno ao *thema decidendum*, de

²⁴⁵ CUNHA apud MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1998. v. II, p. 250.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 249. Nas suas palavras, “[...] dá-se o nome de atos de instrução àqueles destinados a recolher os elementos necessários para a decisão da lide.”

²⁴⁷ *Idem*: “Como a sentença, por sua construção lógica de forma silogística, contém na premissa maior a norma legal aplicável e na premissa menor os fatos que dão contorno à situação jurídica litigiosa, o preparo da decisão pressupõe, como explica o professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida, a instrução do juiz na premissa maior e na premissa menor do silogismo. Todavia, entende-se, sempre, o juiz instruído quanto ao direito aplicável: *narra mihi factum, dabo tibi jus; jura novit curia*”.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 250.

²⁴⁹ AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 271.

modo a proferir decisão acolhendo ou rejeitando o pedido²⁵⁰. Compreende, assim, os atos de colheita e produção de prova, bem como a sustentação final da causa pelas partes, em debates orais ou alegações finais por escrito. No sentido mais estrito, por sua vez, a instrução “[...] consiste na comprovação dos fatos deduzidos pelas partes[...]”²⁵¹, sendo sinônima de instrução probatória.

Preservando coerência com os conceitos que formula (de instrução *lato sensu* e instrução *stricto sensu*, ou probatória), Frederico Marques afirma que, no processo penal condenatório, a instrução em sentido amplo vai do ato de apresentação de provas por parte do réu até o momento procedimental das alegações finais²⁵², ao passo que a instrução probatória se inicia com o interrogatório do réu e finda com o encerramento da instrução complementar de que fala o art. 499 do Código de Processo Penal (ou, como se diz na praxe forense, as diligências).

Todavia, o próprio autor excepciona seu raciocínio, lembrando que “[...] atos instrutórios já se praticam desde a fase postulatória da instância e até mesmo nos atos preparatórios da investigação policial ou de outra *informatio delicti* que tenha servido de base à acusação.”²⁵³ Quanto aos atos instrutórios praticados no inquérito, vale lembrar que, por força do art. 12 do Código de Processo Penal, os mesmos devem acompanhar a denúncia ou queixa. Se é verdade que esses atos instrutórios têm a função de fundamentar a *opinio delicti*, acabam, na prática, por esclarecer, reforçar ou consolidar os elementos de convicção do juiz, colhidos ao longo do processo. Não se deve esquecer que certas provas colhidas no inquérito

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 272.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 273.

²⁵² MARQUES, *op. cit.*, p. 251: “A fase de instrução, no processo penal condenatório, não tem início com o interrogatório do réu, e sim, com o ato de apresentação de provas por parte do réu (artigos 395 e 399) a que se seguem os de produção desta. Ao depois, vem a fase complementar mencionada no artigo 499 e, por fim, o momento procedimental das alegações (artigo 500) . Finda-se aí a instrução, a que se sucede a fase decisória. A instrução probatória vai do interrogatório do réu até o encerramento da instrução complementar de que fala o artigo 499”.

²⁵³ *Idem.* Acrescenta (p. 258) ainda que “[...] a investigação, porém, não é de todo inócua para a elucidação final do caso. Em primeiro lugar, as informações nela contidas orientam a produção de provas na instrução processual; em segundo lugar, colhem-se, ali, dados preciosos para exame e pesquisas probatórias na fase judicial de apuração do delito”.

são aproveitadas no processo em vista da impossibilidade de serem repetidas. São provas de natureza cautelar.²⁵⁴

Vale anotar que a instrução probatória no processo penal condenatório é descontínua e fragmentada, prevendo o Código a produção de provas em audiência (art. 396), a possibilidade de produção de documento a qualquer tempo (art. 400)²⁵⁵, além da eventual produção de prova pericial sucessiva à testemunhal (art. 499) ou mesmo paralelamente (art. 399) a ela.

Tais são os momentos em que seja realizada a instrução probatória. Todavia, em cada um desses momentos, a colheita de prova subordina-se a um procedimento próprio, para que não seja feita desordenadamente. Assim, o procedimento probatório é “[...] o conjunto de todas as atividades levadas a efeito, no processo, para a prática das provas.”²⁵⁶ Neste ponto, cuidaremos das fases genéricas do procedimento probatório, aplicáveis a quaisquer meios de prova. Tais fases são permeadas pela idéia de que o juiz mantém o controle sobre a produção de prova, munido do poder de ordená-la e conduzir o processo.

Nada obstante, o Código de Processo Penal não disciplina uma fase prévia de ordenamento das provas a serem produzidas, o que, na opinião de Frederico Marques, é uma falha do legislador.²⁵⁷ Não nos parece a assistir razão ao ilustre processualista paulista. Com efeito, não é pelo fato do controle do juiz sobre as provas estar disperso entre os diversos momentos em que estas são requeridas e

²⁵⁴ GRINOVER; SCARANCE FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 144-145: “[...] existem provas – como o exame de corpo de delito e do local do crime – que têm natureza cautelar e visam a assegurar seu resultado antes da instauração do processo penal, exigindo-se sua antecipação ad perpetuum rei memoriam. Para essas cautelas o contraditório fica diferido para momentos sucessivos”.

Frederico Marques (*op. cit.*, p. 258) ainda se refere às provas em que predominam o aspecto técnico da pesquisa: “[...] embora destinada apenas à preparação da ação penal, a investigação colhe, desde logo, elementos probatórios que podem servir posteriormente como dado instrutório definitivo para o julgamento da pretensão punitiva. É o que sucede com as provas ali obtidas em que predomina o aspecto técnico da pesquisa. Mas quando existe a participação imediata e direta da própria autoridade policial, na produção da prova, o caráter inquisitivo, que tem a investigação, torna imprescindível a judicialização ulterior do ato probatório para que a instrução ali contida se apresente com o valor de prova, ao ter o juiz de decidir a causa penal.”

²⁵⁵ A ressalva fica a cargo do rito procedimental atinente ao Tribunal do Júri.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 280.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 281.

produzidas, já que não há uma fase própria especialmente designada para tal fim, que haverá maiores problemas à atividade-fim.

3.6 Procedimento probatório

A primeira fase do procedimento probatório é, evidentemente, a da proposição.²⁵⁸ Explicando por que se trata de função que cabe, precipuamente, às partes, Carreira Alvim ressalta que seu interesse e suas melhores condições em fornecer o material probatório ao juiz, lhes dão primazia nesta atividade inicial.²⁵⁹

Na lição de Frederico Marques, a proposição “[...] consiste na indicação dos fatos que devem ser provados e dos meios probatórios para isso utilizáveis.”²⁶⁰ Segundo seus ensinamentos, essa atividade traduz-se em verdadeiro ônus para o réu.²⁶¹ O Código de Processo Penal refere-se, em diversas passagens, à proposição, ou melhor, ao momento de proposição da prova.²⁶²

²⁵⁸ Para Camargo Aranha (*op. cit.*, p. 34), “[...] a proposição da prova consiste em uma função eminentemente das partes, por intermédio da qual elas indicam os meios por que pretendem provar o alegado para obter a prestação jurisdicional desejada”.

²⁵⁹ Assim, “[...] as partes têm interesse em que as suas alegações sejam tidas pelo juiz como verdadeiras. Por isso, as provas são por elas oferecidas, mesmo porque elas estão em melhores condições de fornecer ao julgador os elementos de convicção.” CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 271.

²⁶⁰ MARQUES, *op. cit.*, p. 280. No mesmo sentido, AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 273: “Na determinação dos fatos por provar e na indicação dos meios de prova está o momento inicial do procedimento probatório – a proposição da prova”.

²⁶¹ São suas as seguintes palavras: “[...] como o réu não tem necessidade de articular os fatos em que vai fundar sua defesa, consiste para ele, como ônus, na produção de prova, tão-só indicar os meios instrutórios que pretende produzir em juízo.” MARQUES, *op. cit.*, p. 280.

²⁶² De acordo com o Código de Processo Penal, a proposição das provas deverá ser realizada na peça acusatória (denúncia ou queixa – arts. 41 e 399), na defesa prévia (art. 395 e 399), no libelo (art. 417, § 2º) ou na sua contrariedade (art. 421, parágrafo único). A prova por documentos, segundo o Código (art. 231 e 400), poderá ser oferecida em qualquer fase do processo, ressaltando-se que o momento da proposição dessa prova se confunde com o da realização, isto é, a juntada dos mesmos aos autos. Na hipótese de mudança de acusação (art. 384), o juiz também facultará à defesa a proposição de novas provas. Ainda podem ser requeridas diligências complementares, nos termos do art. 499. O Código ainda se refere a momentos especiais de propositura de provas em alguns incidentes, como a arguição de extinção da punibilidade (art. 61, parágrafo único); a exceção de suspeição do juiz (art. 98), de perito, intérprete, serventuário ou funcionário da justiça (art. 105), bem assim de jurados (art. 106); na restituição de coisas apreendidas (art. 120, § 1º); na hipoteca de imóvel do acusado (art. 135, § 1º); e no incidente de falsidade (art. 145, II).

Proposta a prova, pode ser ela admitida ou não pelo juiz, sendo lhe facultado indeferi-la quando manifestamente inútil ou protelatória.²⁶³ Cuida-se de um verdadeiro juízo de relevância.²⁶⁴ Note-se, porém, que as partes têm direito à prova, como corolário do contraditório, sendo certo que sua restrição pode ser encarada como cerceamento de defesa ou de acusação. No sentido do texto, Ada P. Grinover e outros também destacam a relação entre prova e contraditório.²⁶⁵

No mesmo sentido, ensina Leonardo Greco que decorrem das garantias do contraditório participativo e da ampla defesa o direito de defender-se provando²⁶⁶, superada a idéia de que a admissibilidade das provas esteja jungida à discricionariedade do juiz.²⁶⁷

Na lição do ilustre processualista, para que ao mesmo tempo se garanta o direito da parte ao contraditório participativo e à ampla defesa, bem como se zele pela rápida solução do litígio,

[...] é necessário que a admissibilidade das provas seja apreciada pelo juiz não da sua própria perspectiva, mas da utilidade ou relevância da prova, analisada à luz da perspectiva probatória ou da linha de argumentação da parte que a propôs.²⁶⁸

²⁶³ CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 271.

²⁶⁴ GRINOVER; SCARANCE FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 143: “Distingue-se o juízo de relevância do juízo de veracidade das provas: este pertence exclusivamente ao momento da valoração, enquanto aquele é feito pelo juiz, em tese, no momento de admissibilidade e repetido, em concreto, no momento da apreciação”.

²⁶⁵ Assim, “A garantia do contraditório não tem apenas como objetivo a defesa em sentido negativo – como oposição ou resistência – mas sim principalmente a defesa vista em sua dimensão positiva, como influência, ou seja, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo. [...] O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.” *Ibid.*, p. 143.

²⁶⁶ GRECO, A prova no Processo Civil: Do Código de 1973 ao Novo Código. In: Estudos..., *op. cit.*, p. 364: “O contraditório participativo, como o princípio que assegura aos interessados o direito de influir eficazmente nas decisões judiciais, e a ampla defesa, como ‘o direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir todas as provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento da sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário’, conferem às partes o direito de defender-se provando, ou seja, o direito de não apenas propor provas a serem discricionariamente admitidas ou não pelo juiz, mas de efetivamente produzir todas as provas que possam ser úteis à defesa dos seus interesses.”

²⁶⁷ Exemplo da superada concepção encontra-se em Moacyr Amaral Santos, onde se lê: “A admissão da prova é ato do juiz, exclusivamente seu.” AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 277.

²⁶⁸ GRECO, A prova no Processo Civil: Do Código de 1973 ao Novo Código. In: Estudos..., *op. cit.*, p. 364.

Assim, em sendo relevante e útil ao desate da matéria debatida, na perspectiva apontada pela parte, compete ao juiz admitir a produção da prova. Aliás, diversos autores apontam uma falha no Código de Processo Penal, por não instituir uma decisão saneadora, em que o juiz decida sobre a admissão das provas e organize sua produção.²⁶⁹

Por fim, admitida a prova, deve ser a mesma produzida. Na conceituação de Amaral Santos, “[...] a produção da prova consiste na reprodução, no processo, dos fatos afirmados pelas partes. É o ato pelo qual se averiguam, pelos meios probatórios, os fatos afirmados pelos litigantes.”²⁷⁰ Já segundo Dinamarco, a realização da prova traduz-se “[...] nas medidas consistentes em extrair das fontes os elementos de convicção procurados.”²⁷¹

Como bem observa Frederico Marques,

[...] no processo penal, ao revés do que se dá no processo civil, não existe a oralidade²⁷², e tampouco seus consectários lógicos tais como os princípios da imediatidade, da concentração processual e da identidade física do juiz. O sistema procedimental escrito, aceito e mantido nas leis de processo da Justiça Penal, torna dispersa e inorgânica a produção de provas que ali se realiza.²⁷³

²⁶⁹ MARQUES, *op. cit.*, p. 281: “Neste passo, grande falha apresenta o Código de Processo Penal, visto que, ao contrário do que sucede ao processo civil, não delimita ele uma fase própria e específica para o ordenamento prévio da produção de provas.” CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 38: “O processo penal padece do grave defeito de desconhecer do despacho saneador, por meio do qual o juiz, ordenando o feito, decide sobre a admissibilidade das provas solicitadas pelas partes. O art. 538 é apenas um arremedo de saneador, pois, além de não falar da admissibilidade, em seu momento já se encontra pronta a prova acusatória”.

²⁷⁰ AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 277.

²⁷¹ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 91.

²⁷² Essa nota foi por nós inserida, não constando, pois, da obra do professor paulista. Segundo CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 271 e ss., a oralidade é informada pelos princípios da *identidade física do juiz* – “O juiz deve ser o mesmo do princípio ao fim da causa; aquele que tiver concluído a audiência, julgará a lide (salvo se convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido, aposentado, etc.). A identidade física do juiz não preside nem o processo penal nem o trabalhista” –, da concentração – “A produção de prova deve ocorrer em uma única audiência ou, se não for possível, em poucas audiências” – e da imediatidade – “Este princípio exige contato imediato do juiz com as partes e as provas, ou seja, proximidade temporal entre a prova e a decisão.”

²⁷³ MARQUES, *op. cit.*, p. 282. Em sentido diverso, confundindo o princípio da oralidade com a produção oral de prova, CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 40: “A audiência de instrução ou de julgamento é o momento por excelência da produção da prova, por adotar o nosso Código o princípio da oralidade, ouvindo-se a vítima, as testemunhas, fazendo-se acareações, etc. (CPP, arts. 396, 533, § 3º, 538, § 2º; Lei 5.250, art. 45)”.

Desta forma, constata-se que a produção das provas se dá em momentos distintos, variando de acordo com a maneira de sua exteriorização.²⁷⁴

Ressalve-se, porém, que no processo penal a perícia pode ser realizada após as audiências, como diligência complementar, nos termos do art. 499 do Código de Processo Penal. Em verdade, é mais adequado dizer que a perícia tem uma produção paralela ou sucessiva à produção de provas orais na instrução probatória penal, tudo variando conforme o caso.²⁷⁵ Ainda que raro, isso pode acontecer. Entretanto, via de regra, a perícia é determinada no início do processo e, em sua esmagadora maioria, até antes dele, na fase do inquérito policial.

3.7 Valoração da prova – sistemas de apreciação

Como já mencionado, reflexo da garantia constitucional do contraditório, as partes têm verdadeiro direito à prova. Assim, por conseguinte, possuem direito à apreciação e à valoração delas, sob pena de tornar inócuo o direito à prova.²⁷⁶

Passada a instrução da causa, competirá ao juiz julgá-la conforme sua convicção, nascida da prova dos autos. As provas não consistem em uma verdade em si, evidentes por si mesmas, tanto que podem contradizer-se, de maneira que

²⁷⁴ Nas palavras de Carreira Alvim (*op. cit.*, p. 271), “[...] as provas de natureza oral (depoimentos pessoais, testemunhas, esclarecimentos de peritos) são produzidas em audiência; a prova pericial será produzida antes da audiência; as provas documentais se produzem no momento em que são admitidas.”

²⁷⁵ MARQUES, *op. cit.*, p. 252: “Enquanto se desenrola o procedimento probatório, pode ser realizada a prova pericial. Esta e a testemunhal correm paralelamente, ou podem ser produzidas sucessivamente, o que acontece, por exemplo, quando a perícia é requerida após as inquirições, na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal. De um modo ou de outro, não há, entre ambas, porém, um momento comum de interseção, como ocorre no processo civil, com a audiência de instrução e julgamento, na qual se ouvem testemunhas, partes e peritos”.

²⁷⁶ “Por isso, todas as provas e alegações das partes, garantidas, como são, pelo princípio do contraditório, devem ser objeto de acurada análise e avaliação, sob pena de infringência ao referido princípio”. Vale também citar: “Evidentemente, de nada serviria assegurar às partes o direito à prova, se o juiz pudesse deixar de apreciá-la e valorá-la, no momento do julgamento” GRINOVER; SCARANCE FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 349.

compete ao juiz sopesá-las e privilegiar uma em detrimento ou corroboração à outra.²⁷⁷

Note-se que dita avaliação consiste na valoração das provas que estão nos autos.²⁷⁸

Interessante atentar à diferenciação feita pelo ilustre processualista paulista no que toca aos conceitos de: exame da prova²⁷⁹ e sua valoração.²⁸⁰

A rigor, todo exame já contém uma valoração, mas a idéia de valoração jurídica da prova consiste na atividade desenvolvida, em consonância com a disciplina legal, de sopesamento dos elementos probatórios. Trata-se, assim, de atender ao sistema de valoração de provas adotado pelo ordenamento jurídico e suas eventuais limitações legais.

Nessa mesma linha de idéias, Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho, distinguem as regras legais sobre a avaliação judicial²⁸¹, das regras de admissibilidade e exclusão de meios de prova. Enquanto aquelas buscavam aperfeiçoar a pesquisa judicial da verdade, trazendo um *valor de verdade*, estas buscam dar às partes um *valor de garantia*, transformando-se em uma exigência ética, em um instrumento de garantia para o indivíduo.

²⁷⁷ Nas palavras de Amaral Santos (*op. cit.*, p. 381): “Na avaliação se desenvolve trabalho intelectual do juiz. É ato seu. É ele quem pesa e estima as provas. Ele, que as coligiu, dirigiu, inspecionou, é quem delas vai extrair a verdade. Certamente, as partes poderão, mesmo deverão, elucidar, fornecer subsídios para a avaliação, mas é o juiz quem a faz e, errada ou certa, é a única admissível no processo.” No mesmo sentido, Camargo Aranha (*op. cit.*, p. 72): “Embora as partes possam influenciar oferecendo elementos para a apreciação (por meio de alegações, razões, debates ou memoriais), a única avaliação válida no processo é a do juiz. Certa ou errada, concludente ou duvidosa, só a avaliação do juiz prevalece no feito”.

²⁷⁸ Como ressalta Dinamarco, a valoração da prova “[...] é a avaliação da capacidade de convencer, de que sejam dotados os elementos de prova contidos no processo.” DINAMARCO, *op. cit.*, p. 101.

²⁷⁹ Diz ele: “[...] exame da prova é a atividade intelectual consistente em buscar, nos elementos probatórios resultantes da instrução processual, pontos que permitam tirar conclusões sobre os fatos de interesse para o julgamento.” Outrossim, ressalta que “[...] reexame da prova é outro exame, agora feito por um tribunal em grau de recurso”. *Ibid.*, p. 111.

²⁸⁰ No que tange à valoração *jurídica* das fontes e meios de prova produzidos nos autos, “[...] não se trata de exercer o poder de livre convencimento para captar as radiações informativas captadas das fontes, mas de atribuir a cada uma destas e aos meios de prova o valor que em alguns casos a lei estabelece.” *Ibid.*, p. 111-112.

²⁸¹ Cuida-se de referência ao sistema da prova legal, que impõe ao juiz uma escala de valores fixos, a serem dados às provas colhidas, previstas em hipóteses legais.

Os sistemas de valoração da prova nada mais são do que regras probatórias que estabelecem critérios de ponderação dos elementos de prova.²⁸² A afirmação talvez pareça estranha, diante do fato de que alguns sistemas dispensam ao juiz ampla liberdade na valoração da prova. Ainda assim, o critério adotado é a própria convicção do juiz.

Segundo Mittermaier, o legislador parte do pressuposto de que o juiz decidirá sobre o fato de acordo com sua íntima convicção. Por isso mesmo, para cercá-lo de garantias, a ponto de fazer coincidir sua decisão à percepção dos cidadãos e dotar a pena de máxima eficácia, busca o legislador instituir algum sistema de certeza legal.²⁸³

A doutrina destaca três sistemas de valoração das provas.

O primeiro deles é o sistema da prova legal ou tarifada, atualmente em notório desuso. Por esse método, cada prova possuía um valor, disposto previamente em lei, não sendo possível ao juiz, valorar a prova conforme suas próprias impressões. Cabia-lhe apenas observar os exatos termos da lei quando da avaliação do conjunto probatório, desconsiderando totalmente os fatores racionais que poderiam formar seu convencimento. Neste contexto, a confissão, por exemplo, era tida como a “rainha das provas”, sendo considerada a prova plena da culpabilidade; enquanto a prova testemunhal, por sua vez, era chamada de “prostituta das provas”.²⁸⁴

²⁸² CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 273: “O juiz procederá, então, a uma avaliação ou valoração da prova, trabalho de raciocínio e de inteligência, que deve seguir um determinado critério. Na busca de melhor critério, tem-se notícia de pelo menos três sistemas de avaliação das provas: a) sistema positivo (ou legal); b) sistema de íntima convicção; c) sistema da persuasão racional.” AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 381: “Contudo, o trabalho intelectual do juiz não pode ser desordenado, arbitrário; deve seguir um critério. Exatamente no tocante ao estabelecimento de um critério na apreciação das provas pelo juiz, se apresentam três sistemas: a) o do critério positivo ou legal; b) o da livre convicção; c) o da persuasão racional.” CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 72, sobre a avaliação da prova: “É um trabalho intelectual do julgador, porém não desordenado e livre, mas sujeito a critérios preestabelecidos”.

²⁸³ MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 68: “Esforçam-se para cercá-lo [o juiz] do maior número possível de garantias; é preciso que abranja os fatos com vistas as mais amplas, que somente a certeza lhe dite as disposições; quando todos os cidadãos acreditam qual a condenação feriu o verdadeiro culpado, adquire a pena a sua eficácia mais completa”.

²⁸⁴ Ensina Dinamarco que nesse sistema “[...] o legislador estabelece juízos valorativos ao impor normas que graduam, exaltam, limitam ou excluem a eficácia das variadas fontes ou meios probatórios, mediante verdadeiras tabelas de valores a serem observadas pelos juízes em geral.” DINAMARCO, *op. cit.*, p.103; COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de Direito Processual Civil.**

O sistema encontra raízes nas ordálias²⁸⁵, já praticadas pelos hebreus, gregos e hindus, tendo ganhado força entre os europeus, sob o domínio germânico. Além destas, prosperaram, ainda na Idade Média, provas como os juramentos e os duelos. Restauraram-se, a partir do século XIV²⁸⁶, meios de prova típicos dos romanos, como, p.ex., os documentos e as testemunhas. Entretanto, tais passaram a ser encarados de maneira um tanto quanto passiva pelo juiz, que buscava apenas declarar o resultado das provas, como que em um experimento científico que falasse por si mesmo. Como exemplo, temos a máxima de que *testis unus, testis nullus; testibus duobus fide dignis credendum*.²⁸⁷

Note-se que o legislador confiava na sua própria cultura e inteligência, ditando normas de valoração, inclusive, porque, pretensamente, amparadas em critérios racionais e científicos.²⁸⁸ Assim, v.g, na legislação espanhola anterior à codificação encontrava-se a regra de que os anciãos deveriam ser mais acreditados que os mancebos, “[...] porque mais viram e pesaram mais as coisas.”²⁸⁹

Endossando a idéia que sustenta tal sistema, Mittermaier alega que a adoção da “teoria legal da prova” é indispensável para os juízes regulares, que não eram jurados.²⁹⁰ Isso se deve ao fato de que o legislador pode acolher critérios

Tradução de Benedicto Giacobini. Campinas: RED, 1999. p. 189: “Provas legais são aquelas em que a lei determina antecipadamente ao juiz o grau de eficácia de um determinado meio probatório”; CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 73: “Por tal sistema cada prova tinha um valor preestabelecido em lei, inalterável e constante, de sorte que ao juiz não era livre a avaliação, agindo bitolado pela eficácia normativa. Daí por que também chamado de sistema tarifado, já que as provas têm uma tabela da qual não se pode escapar ou fugir”.

²⁸⁵ AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 381: “Consistia a ordália em submeter alguém a uma prova, na esperança de que Deus não o deixaria sair com vida, ou sem um sinal evidente, se não dissesse a verdade. Daí as ordálias denominarem-se, também, juízos de Deus”.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 382.

²⁸⁷ *Idem*: “No depoimento de uma só testemunha, por mais idônea e verdadeira, haveria apenas prova semiplena, enquanto que nos de duas testemunhas, concordes e legalmente idôneas, ainda que absurdos os fatos narrados, resultaria prova plena e, pois, certeza legal”.

²⁸⁸ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 103: “A confiança na própria cultura e experiência, em associação com a crença na legitimidade das generalizações em tema de valoração da prova, levou o legislador, até em tempos menos remotos, a editar normas valorativas de fundo racional. Valorizava-se sobremaneira a forma que protege, defende e tutela, na prática de um suposto realismo de uma tendência racional”.

²⁸⁹ COUTURE, *op. cit.*, p. 190. Prossegue o autor mencionando outros exemplos: “O fidalgo devia ser mais acreditado que o vilão, ‘porque parece que cuidará mais de cair em vergonha por si, e por sua linhagem’. O rico devia ser acreditado mais que o pobre, ‘porque o pobre pode mentir por cobiça ou por promessa’. E mais acreditado deve ser o varão que a mulher, ‘porque tem senso mais certo e mais firme”.

²⁹⁰ MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 76. Entende o autor que o júri goza de garantias políticas, em vista do direito de recusar os jurados e da multiplicidade dos mesmos, em oposição ao restrito número de

racionais e acumular experiência de séculos²⁹¹, de maneira que a força inata pela verdade se aperfeiçoe com a experiência transmitida nas normas legais. Ademais, confere uniformidade e confiança nas decisões judiciais, neutralizando as superexcitações de espírito dos juízes, que podem levá-los a tomar decisões equivocadas.²⁹²

Alguns autores costumam referir-se ao sistema da prova legal como aquele em que os juízes exercem um papel mecânico de apenas observar e computar resultados, de acordo com uma escala predeterminada.²⁹³ A rigor, poderiam ser comparados a um computador.²⁹⁴

Nada obstante, com muita acuidade, Mittermaier observa que sempre é reservado ao juiz espaço para sua apreciação da prova.²⁹⁵

Vale acrescentar que, ainda segundo o aludido autor, a prova tarifada não prescinde da fundamentação da decisão, chegando mesmo a afirmar, em nosso sentir de maneira equivocada, que “[...] a teoria legal tem por imediato resultado de que a exposição de motivos é uma coisa séria.”²⁹⁶

juízes regulares. Para compensar, os juízes regulares devem convencer o público de que suas decisões são conscienciosas.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 76-77: “Ora, são precisamente esses mesmos métodos, esses mesmos meios consagrados pela razão e por uma longa experiência, que servem ao legislador para formar as bases essenciais das instruções que vai dar ao juiz. Os fatos de longa data observados e experiências múltiplas o guiam e, como o juiz todos os dias os toma por termo de comparação, quando examina e aprecia as provas, temos que quanto maior for o número, tanto mais seguramente foi proferida a sentença”.

²⁹² *Ibid.*, p. 78: “É preciso absolutamente que a lei previna os efeitos possíveis dessa superexcitação perigosa; é preciso que ela corrija essa funesta ignorância; e tal fim só se consegue impondo regras para o descobrimento da verdade”.

²⁹³ CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 273: “Esse critério transforma o juiz num mero verificador de prova.” MARQUES, *op. cit.*, p. 275: “Pelo princípio da certeza legal, ao contrário, os elementos probatórios têm valor inalterado e prefixado, que o juiz aplica quase que mecanicamente.” COUTURE, *op. cit.*, p. 189: “[...] procurava-se determinar de antemão o resultado dos esforços intelectuais do juiz. Este, frente à prova, não devia ter mais reação intelectual que a que previamente lhe assinalara o legislador.” CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 74: “[...] o juiz torna-se um órgão passivo, pois, diante do valor tabelado, a ele cabe apenas verificar o valor atribuído pela lei, reconhecendo-o na sentença, sem que possa fazer sua apreciação diante da própria convicção”.

²⁹⁴ Nas palavras de Moacyr Amaral Santos(*op. cit.*, p. 382): “[...] o juiz não passava de um mero computador, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas, impedido de observar positivamente os fatos e constrangido a dizer a verdade conforme ordenava a lei que o fosse.”

²⁹⁵ O autor traz o seguinte exemplo: “Admitamos, mesmo, que a lei tenha podido perfeitamente declarar que duas testemunhas concordes sobre os pontos mais essenciais fazem prova plena; ainda é preciso que o juiz absolutamente, como se fosse jurado, decida se há deveras concordância, e quais são os pontos essenciais.” MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 71.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 82.

O atual descrédito com o aludido sistema decorre, de certo modo, da adoção de normas impregnadas de superstições, discriminações odiosas e duvidosos critérios racionais.²⁹⁷ Vale lembrar a lição, citada alhures, de Leonardo Greco, para quem as limitações da prova se estendem até onde o direito à prova possa ceder a outro direito fundamental.²⁹⁸

Além disso, o legislador, mesmo que perfilhando regras que expressem sua experiência acumulada, não pode dar resposta aos meios de prova que vão surgindo ao ritmo do avanço tecnológico, não previstos na legislação, porém freqüentemente irrecusáveis ao juiz.²⁹⁹ No que toca à prova científica, impossível pensar em tal sistema.

O segundo sistema tratado pela doutrina é o *sistema da íntima convicção ou livre convicção*³⁰⁰, de origem romana, o preferido pelos povos de origem germânica.³⁰¹ Tal sistema baseava-se numa combinação de provas e conhecimento próprio.³⁰² Cumpre observar que o magistrado poderia sobrepor às

²⁹⁷ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 104: “Descontados os pitorescos critérios supersticiosos, assim como as distinções fundadas em superadas discriminações sociais e econômicas (escravos, judeus, mouros, clérigos, varões), mesmo a prova legal de fundo racional é encarada com muita reserva porque a experiência evidencia sua artificialidade”.

²⁹⁸ GRECO, A prova no Processo Civil: Do Código de 1973 ao Novo Código. In: Estudos..., *op. cit.*, p. 372-375. Versando o processo civil, o ilustre professor considera compatível com as garantias fundamentais do processo a instituição de prova legal que respeite a direito cujo exercício, ao largo ou no âmbito do processo, dependa do registro público de seu fato gerador. Nas suas palavras, “[...] admitir que, além desses limites, pudesse o juiz estar vinculado à força probante de determinadas provas, violaria o direito das partes a um julgamento conforme à verdade e à própria dignidade humana do juiz, obrigado, contra a sua consciência, a reputar verdadeiros fatos de cuja existência não se convenceu” (p. 373).

²⁹⁹ COUTURE, *op. cit.*, p. 183-184: “[...] o jurídico, o lógico, e até mesmo o humano, é justamente o contrário: o juiz não deve fechar os olhos às novas formas de observação que a ciência, com imaginação sempre renovada, põe à sua disposição”. Ainda segundo o ilustre processualista: “[...] o progresso do direito deve manter-se em natural paralelismo com o progresso da ciência; negá-lo significaria negar os fins da ciência e os fins do direito”.

³⁰⁰ Esta última terminologia é usada, por exemplo, por Amaral Santos (*op. cit.*, p. 381). Segundo Couture (*op. cit.*, p. 196), esta é a expressão adotada nos países hispano-americanos, para designar o sistema da íntima convicção, sendo distinto o sistema que na Europa é chamado de livre convicção. De acordo com o mestre uruguaio, “[...] quando no direito europeu se fala em ‘discricionariedade’ do juiz, quer ao admitir, quer ao interpretar a prova, não se pensa tanto num regime em que o magistrado pode decidir até mesmo contra a prova dos autos, senão antes num método de liberação do caráter estrito da prova legal”. Portanto, cuida-se de sistema de valoração atenuado, em relação ao sistema da prova legal. Todavia, MARQUES parece usar a expressão “livre convicção”, na acepção da tradição européia apontada por Couture (MARQUES, *op. cit.*, p. 275 e ss.).

³⁰¹ AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 382.

³⁰² No sentido do texto, é a lição de Carreira Alvim (*op. cit.*, p. 274): “[...] segundo este critério, a verdade perseguida pelo juiz decorria não só das provas produzidas pelas partes, mas do conhecimento pessoal que o juiz tinha dos fatos e suas impressões pessoais da causa.”

provas seu convencimento pessoal.³⁰³ Entretanto, não resta dúvida que um Estado Democrático de Direito não convive com o arbítrio, ainda que imbuído (ou mascarado) de elevados ideais de justiça.³⁰⁴

Moacyr Amaral Santos também faz referência ao convencimento do juiz que não está obrigado a motivar sua decisão.³⁰⁵ Trata-se, inclusive de sistema que desrespeita a sistemática do Código de Processo Penal. No que pertine à prova pericial, reza o artigo 182, que o juiz poderá discordar do laudo, mas precisará fundamentar sua decisão³⁰⁶. É bem verdade que o juiz dificilmente rejeita as conclusões do perito. Isso nos permite afirmar que a prova pericial virou uma verdadeira prova legal.

Cuida-se de sistema normalmente utilizado no julgamento pelo júri, onde não há necessidade de expor os motivos do que foi decidido. Como aponta Mittermaier, é possível defender esse sistema de valoração das provas, quando se

³⁰³ No sentido do texto, Eduardo Couture, “[...] neste método, o magistrado adquire a convicção da verdade pela prova dos autos, fora dela, e ainda contra ela.” COUTURE, *op. cit.*, p. 195; a esse respeito, MARQUES, *op. cit.*, p. 275: “Neste último, pode o juiz decidir com a prova dos autos, sem a prova dos autos e contra a prova dos autos: é a chamada convicção íntima em que a verdade jurídica reside por inteiro na consciência do juiz, que julga os fatos segundo sua impressão pessoal, sem necessidade de motiva sua convicção.” CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 74: “O juiz é soberano quanto à indagação da verdade e à apreciação das provas. Age apenas pela sua consciência, não só no tocante à admissibilidade das provas quanto à sua avaliação, seus conhecimentos e impressões pessoais, até contra provas colhidas e, por fim, pode deixar de decidir se não formada a convicção. O juiz não estava vinculado a qualquer regra legal, quer quanto à natureza da prova, quer quanto à avaliação, pois a verdade jurídica era ditada apenas pela sua convicção, resultante não só dos elementos fornecidos, como também de seu conhecimento pessoal, de informações extraprocessos, etc.”.

³⁰⁴ Em pesquisa realizada pelo IPEA, constatou-se que 78% dos juízes admitem desrespeitar contratos, visando “fazer justiça”, ou seja, agem movidos por seus próprios ideais de justiça. Os dados e os esclarecimentos acerca da pesquisa foram publicados na imprensa (Jornal o Globo, primeiro caderno, em 17/08/2003) e não deixam de gerar certa apreensão, uma vez que a atividade jurisdicional deve ser impessoal. Sobre a impessoalidade da jurisdição, consulte-se GRECO, *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. In: *Estudos...*, *op. cit.*, p. 249-250.

³⁰⁵ Nas palavras de Amaral Santos, ainda em relação à necessidade de reportar-se à prova, “[...] a convicção decorre não das provas, ou melhor, não só das provas colhidas, mas também do conhecimento pessoal do juiz, das suas impressões pessoais, e à vista destas, lhe é lícito repelir qualquer ou todas as demais provas”. No que toca ao juiz, o mesmo “[...] não está obrigado a dar os motivos em que funda a sua convicção, nem os que o levaram a condenar ou absolver.” AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 383. Na mesma linha, manifesta-se DINAMARCO, *op. cit.*, p. 104-105: “Em direção diametralmente oposta à da prova legal está o sistema do convencimento moral ou íntimo, de extrema insegurança e inimigo do Estado-de-direito, pelo qual o juiz teria o poder de decidir segundo seus próprios impulsos ou impressões pessoais, sem o dever de alinhar fundamentos ou dar satisfações a quem quer que fosse. Ele poderia inclusive formar convicção sobre fatos a partir de sua própria ciência privada, quando tivesse conhecimento deles graças a circunstâncias alheias às provas dos autos”.

³⁰⁶ Assim já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal: RHC 63.889-9/SP, publicado no DJU, de 19.09.86, p. 17.142, relator Ministro Aldir Passarinho, 2ª Turma.

pressupõe que a verdade é um impulso instintivo, por todos os homens compartilhados, de maneira que a escolha de um grande número de jurados, cercada da garantia de recusa dos mesmos pelas partes, dota a decisão judicial de condições de ser aceita pelos cidadãos em geral.³⁰⁷

Não concordamos. Em nosso sentir, trata-se de modelo que dá poderes excessivos ao juiz, impondo aos jurisdicionados decisões opinativas, embasadas, tão somente, na vontade.³⁰⁸ Por ser voluntarioso, o sistema em análise é incompatível com a própria impessoalidade que deve reger a outorga da prestação jurisdicional. Moacyr Amaral Santos enxerga, ainda, ofensa ao contraditório.³⁰⁹

Além disso, tal sistema fere a sociabilidade do convencimento, que não pode decorrer apenas da subjetividade do juiz, como sua convicção solitária e individual, mas sim da apreciação dos fatos e das provas³¹⁰. Interessante notar que no modelo de júri norte-americano, essa ausência de fundamentação procura ser superada pela existência de uma decisão consensual, ou melhor, unânime. Como afirmado na introdução da tese, o ordenamento norte-americano, como qualquer outro, possui peculiaridades que careceriam de melhor explanação. A própria idéia do Júri (lá um verdadeiro direito da parte) e do consenso, bem como nuances de outras disputas judiciais, encontram-se imersas num caldo cultural impossível de ser

³⁰⁷ MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 68: “Se pensa que todo homem na indagação da verdade e na apreciação da prova, em si mesmo encontra para guiá-lo um poder de instinto igual; se acredita que a sentença a proferir-se sobre fatos reconhecidos verdadeiros deve ser o resultado menos de motivos fixos e determinados do que da impressão geral que sentiria qualquer espírito cultivado em presença das provas produzidas, e que o juiz não pode estar rigorosamente adstriro à sua convicção, inclina-se para o primeiro sistema; e, então, o grande número de votos exigidos para que possa haver condenação, a qualidade das pessoas a quem é confiada a sentença, e cuja posição as convida a conciliar os supremos interesses da ordem pública com a simpatia sempre devida a um concidadão acusado, enfim, a liberdade mais ampla a este dada de recusar os seus juízes, são as garantias por meio das quais se esforça a lei por assegurar a rigorosa justiça das sentenças”.

³⁰⁸ No sentido do texto, Couture, para quem o sistema da livre convicção, “[...] levado às últimas conseqüências, não é senão um regime voluntarístico de apreciação da prova, semelhante ao do direito livre preconizado para a interpretação da lei.” COUTURE, *op. cit.*, p. 197.

³⁰⁹ Assim, “[...] se, independentemente das provas colhidas, o juiz forma convencimento decorrente de seu próprio testemunho, as partes ficam inibidas de contrariar e debater um tal testemunho, até mesmo porque nem teriam meios para conhecê-lo.” AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 383. O trecho citado é assim complementado pelo eminente processualista: “Por essa forma, com o sacrifício de um dos fatores vitais à eficácia da prova – o contraditório entre as partes – aquela que fosse condenada teria justa razão para clamar contra a justiça que a condenou sem tê-la ouvido”.

³¹⁰ *Idem.*

esmiuçado nos limites desse trabalho.³¹¹ No Brasil, vale dizer, o réu pode ser condenado por 4x3 (ou seja, quatro votos pela condenação e três pela absolvição, levam à primeira). Voltando à questão, tanto em processo penal, quanto em processo civil, a justiça da decisão deve ser, na medida do possível, por todos acreditada. Aliás, há um ditado bastante interessante que diz: “não basta ser honesto, é preciso, também, parecer sê-lo.”³¹²

O terceiro sistema usualmente abordado em doutrina é o da persuasão racional ou do livre convencimento motivado³¹³, que “[...] leva o juiz a pesar o valor das provas segundo o que lhe pareça mais acertado, dentro, porém, de motivação lógica que ele deve expor na decisão.”³¹⁴ Cuida-se, portanto, de sistema intermediário, que nem desobriga o juiz de julgar conforme a prova dos autos (como o sistema da íntima convicção), nem lhe impõe obediência às regras de valoração da prova legal.³¹⁵ Assim sendo, pode o juiz valorar livremente a prova constante dos autos³¹⁶, devendo, entretanto, como veremos adiante, pautar-se em critérios aferíveis para que esse livre convencimento motivado não vire arbítrio.³¹⁷

A liberdade conferida permite acomodar a consciência do juiz com o direito à prova das partes. Camargo Aranha afirma que, sabendo de circunstâncias

³¹¹ Para uma compreensão mais ampla do tema, consulte-se CHASE, Oscar G. **Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context**. New York: New York University Press, 2005.

³¹² Segundo Malatesta, “[...] a justiça punitiva é também mais legítima, enquanto se afirma como justiça intrínseca e extrínseca. Em outros termos, para que a justiça seja útil à sociedade, não basta que seja justiça, deve acima de tudo parecer tal.” MALATESTA, *op. cit.*, p. 531.

³¹³ Como bem salientou Salvatore Patti: “Il principio del libero convincimento del giudice in connessione con la valutazione delle prove rappresenta certamente uno dei temi centrali del processo e nel contempo uno dei cardini dell’ordinamento giuridico.” PATTI, Salvatore. **Libero convincimento e valutazione delle prove**. In: _____. **Le Prove nel Diritto Civile Amministrativo e Tributario**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1986. p. 39.

³¹⁴ MARQUES, *op. cit.*, p. 275; ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *op. cit.*, p. 352: “Persuasão racional, no sistema do devido processo legal, significa convencimento formado com liberdade intelectual, mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão”.

³¹⁵ CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 274: “O sistema da persuasão racional procura conciliar as virtudes dos anteriores, sendo um sistema misto, sem a rigidez do sistema legal e sem o arbítrio e a incerteza do sistema da íntima convicção”.

³¹⁶ *Idem*. Carreira Alvim dá o seguinte e enfático exemplo: “[...] o juiz pode julgar procedente uma demanda com base no depoimento de uma única testemunha, contra o depoimento de três outras, mas deve dizer porque aceitou e porque recusou a versão dos fatos por elas narrados.”

³¹⁷ Gerhard Walter sustenta que tal sistema surgiu visando favorecer a própria investigação probatória no que concerne à busca da verdade, *in verbis*: “Solo sobre esta base, juntamente con la publicidad del procedimiento establecida como principio, estará salvaguardado al máximo el éxito del juez en la búsqueda de verdad. Conviene recordar que el deseo de favorecer la investigación fue lo que generó la idea de la libre apreciación de la prueba.” Cf. WALTER, Gerhard. **Libre Apreciación de la Prueba**. Tradução de Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985. p.363.

alheias aos autos, poderá o juiz produzir novas provas, de acordo com o art. 209 do Código de Processo Penal, não sendo, pois, violentada sua consciência.³¹⁸

Assim, a liberdade do julgador fica condicionada, evitando eventuais arbítrios, daí porque há autores que falam em convicção condicionada.³¹⁹

Eduardo Couture, referindo-se às regras da crítica sã, terminologia encontrada também em Frederico Marques³²⁰, que devem orientar a valoração das provas, aduz que elas “[...] reproduzem, antes de mais nada, as regras do correto entendimento humano. Nelas se combinam as regras da lógica, com as regras da experiência do juiz.”³²¹

Percebe-se que, conexo ao condicionamento da convicção, encontra-se a obrigação de motivar a decisão.³²² Consagrada em nível constitucional³²³, o dever de motivação se faz presente, de modo generalizado, desde o século 18³²⁴, ainda que não de modo uniforme, pois dependente, dentre outros, de fatores históricos.³²⁵ Aqui nos valem da advertência feita por Leonardo Greco que

³¹⁸ CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 79: “Note-se que o art. 209 do Código de Processo Penal, facultando ao juiz a possibilidade de produzir provas, extirpa qualquer eventual afirmativa de violência à consciência do julgador. Se o juiz souber ou conhecer fatos extra-autos, tem o dever de produzir a prova correspondente, não somente para ajustar sua decisão à sua consciência, como também para não proferir uma sentença que sabe ser injusta”.

³¹⁹ CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 75. Ver ainda, Amaral Santos (*op. cit.*, p. 384) : “[...] há liberdade no sentido de que o juiz aprecia as provas livremente, uma vez que na apreciação não se afaste dos fatos estabelecidos, das provas colhidas, das regras científicas – regras jurídicas, regras da lógica, regras da experiência”. E assim arremata: “A convicção fica, assim, condicionada: a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida; b) às provas desses fatos, colhidas no processo; c) às regras legais e máximas da experiência; e, por isso que é condicionada, deverá ser motivada”.

³²⁰ MARQUES, *op. cit.*, p. 275.

³²¹ COUTURE, *op. cit.*, p. 192.

³²² AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 385: “Exatamente porque a convicção do juiz está condicionada, é-lhe imposta a obrigação de motivá-la, isto é, é-lhe imposta a obrigação de dar as razões em que o seu espírito assentou o convencimento”.

³²³ CRFB/88, art. 93, 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 [...]”.

³²⁴ “Il principio dell’obbligo di motivazione delle sentenze si fissa e si generalizza, nella storia degli ordinamenti processuali moderni, essenzialmente nella seconda metà del sec. XVIII.” TARUFFO, Michele. Il Significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coord.) **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 37.

³²⁵ “Non si tratta tuttavia di un fenomeno unitario, e coerente nelle sue ragioni politico-giuridiche: esso emerge infatti in situazioni storiche fortemente differenziate, sicchè, all’interno del fenomeno generale di razionalizzazione del sistema che ho appena richiamato, si manifestano concezioni diverse, e per conseguenza diverse discipline normative, dell’obbligo di motivazione.” *Ibid.*, p. 37.

contesta a opinião de que o dever de fundamentação deva apenas dar consistência lógica à decisão e atestar seu embasamento na prova dos autos, sem afetar a liberdade do juiz.³²⁶

Pode-se dizer que o indigitado sistema de valoração das provas é o que mais condiz com a efetividade do direito constitucional à prova e a influir na decisão judicial, corolários do contraditório.³²⁷

Correlatamente, a carência de fundamentação da decisão judicial não consiste apenas na sua total ausência, mas também em vista de erro lógico-jurídico (carência de motivação intrínseca) ou quando, embora a sentença pareça motivada no contexto, omite o exame de um fato decisivo para o juízo, que o teria afastado do que acabou decidido, acaso examinado (carência de motivação extrínseca).³²⁸

Leonardo Greco observa que “[...] a isonomia e a impessoalidade da jurisdição (Constituição, arts. 5º, I, e 37) exigem que o livre convencimento seja formado através de critérios aceitáveis para todos e não apenas para o juiz”.³²⁹ Salienta, outrossim, que tais critérios devem ser buscados das máximas de experiência comum reconhecidas pela sociedade³³⁰, basear-se em premissas objetivamente verificáveis, ou seja, não devem ficar adstritos a intuições ou percepções extra-sensoriais do juiz, pois como bem salienta Taruffo:

³²⁶ São suas as seguintes lições: “Esse acerto deve ser demonstrativo, e não simplesmente retórico, baseado em argumentos rigidamente racionais, e não em preferências pessoais do julgador, através da fundamentação lógica pela qual os fatos são extraídos das provas.” GRECO, A prova no Processo Civil: Do Código de 1973 ao Novo Código. In: Estudos..., *op. cit.*, p. 370-371.

³²⁷ Nas palavras de Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho: “[...] todas as provas e alegações das partes, garantidas, como são, pelo princípio do contraditório, devem ser objeto de acurada análise e avaliação, sob pena de infringência ao referido princípio.” GRINOVER; SCARANCE FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 149. E acrescentam: “É exatamente nisso que consiste o método do livre convencimento ou persuasão racional, o qual se cumpre pela valoração de todo o material probatório existente nos autos, e somente deste. Por ele o juiz forma livremente o seu convencimento, mas sem despotismo, porque a decisão há de ser fundamentada é só pode alicerçar-se sobre as provas existentes nos autos”.

³²⁸ *Ibid.*, p. 150.

³²⁹ Cf. GRECO, A prova no Processo Civil: Do Código de 1973 ao Novo Código. In: Estudos..., *op. cit.*, p.371.

³³⁰ Salvatore Patti (*op. cit.*, p. 70) parece concordar com a posição de Leonardo Greco, pois aduz que: “[...] l’attività del giudice deve aspirare ad un generale consenso, legato ad una decisione ‘ragionevole’ in quanto conforme alle aspettative sociali.”

[...] tale funzione consiste essenzialmente nell'assicurare, e nel rendere controllabile, la legalità della decisione, ne deriva anzitutto che la motivazione deve contenere una giustificazione adeguata del giudizio di diritto."³³¹

Demais disso, deve a motivação estar alinhada com um contraditório participativo.³³²

No mesmo sentido, vale colacionar a lição de Couture, segundo a qual as regras da crítica são impõem o respeito a princípios fundamentais de lógica.³³³ Todavia, o raciocínio do juiz pode ser perfeito no sentido da lógica formal, e ainda assim a decisão ser errônea.³³⁴ De acordo com o mestre uruguaio, as máximas da experiência, que são contingentes e variáveis de acordo com o tempo e o lugar, contribuem tanto quanto os princípios da lógica para a apreciação da prova, por representarem o progresso da ciência.³³⁵

Entendo, concordando com Frederico Marques, que o sistema do livre convencimento motivado está expressamente consagrado no art. 157 do Código de Processo Penal.³³⁶ Essa motivação, nunca é demais lembrar, não pode ser baseada

³³¹ TARUFFO, *op. cit.*, p. 44

³³² No sentido do texto Gerhard Walter (*op. cit.*, p. 363): "Una apreciación de la prueba verdaderamente libre, que merezca ese nombre y que no esté simplemente contenida en una ordenanza procesal como un credo falso, tiene por presupuestos necesarios que exista el contacto inmediato y oral entre los jueces, por un lado, y las partes y los demás medios de prueba, por el outro."

³³³ Por exemplo, inequivocamente uma sentença estaria incorreta se afirmasse: "[...] as testemunhas dizem que presenciaram um empréstimo em moedas de ouro; ora, como as moedas de ouro são iguais às de prata, condeno o réu a devolver as moedas de prata. Evidentemente se infringe o princípio lógico da identidade, segundo o qual uma coisa só é igual a si mesma." (COUTURE, *op. cit.*, p. 193)

³³⁴ *Ibid.*, p. 193: "Diz o juiz: todas as testemunhas desta cidade são mentirosas; a testemunha é desta cidade; portanto, mentiu. Neste caso os preceitos da lógica foram respeitados, visto que o desenvolvimento do silogismo foi correto. Mas a decisão seria injusta se falhasse uma das premissas: se todos os homens da cidade não fossem mentirosos, ou se a testemunha não fosse da cidade."

³³⁵ *Ibid.*, p. 194: "O progresso da ciência é constituído por uma longa cadeia de máximas da experiência derogadas por convicções mais exatas; e em face do próprio desenvolvimento dos princípios lógicos, a história do pensamento humano é um constante progresso na maneira de raciocinar. É portanto necessário levar em conta, na apreciação da prova, o caráter forçosamente variável da experiência humana, tanto quanto a necessidade de preservar com o possível rigor os princípios de lógica em que se apóia o direito".

³³⁶ MARQUES, *op. cit.*, p. 276. Interessante a posição de Camargo Aranha, *in verbis*: "Embora a atual legislação fale em livre convicção, não há dúvida no sentido de termos adotado o sistema da convicção condicionada ou da persuasão racional." Tal autor faz alusão ao inciso III do artigo 381 do CPP. CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 77.

em argumentação meramente formalista³³⁷. Na prova pericial como veremos adiante, isso infelizmente não é respeitado.

Camargo Aranha aponta algumas restrições legais à prova, como uma própria evidência da adoção do sistema da persuasão racional, coerente com seu conceito já exposto.³³⁸ Assim, menciona a exigência de perícia em delitos que deixam vestígios (art. 158, CPP) e requisitos formais de algumas provas, como aqueles mencionados no art. 226 e ss. (do CPP), para o reconhecimento de pessoas ou coisas, bem assim a exigência de dois peritos oficiais para o exame de corpo de delito, imposta pelo art. 159 (do CPP).

Outro que vê limitações é o próprio Frederico Marques, após afirmar a adoção do sistema do livre convencimento pela legislação pátria, assevera que o sistema é limitado pelas regras especiais limitativas da pesquisa da verdade real, como a vedação à declaração de extinção de punibilidade por morte do acusado, senão à vista de certidão de óbito (art. 62, CPP).

Finalmente, vale lembrar outra exceção ao sistema do livre convencimento, adotado em nosso ordenamento. Trata-se da adoção do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida. É praticamente pacífico o entendimento de que os jurados decidem de acordo com sua íntima convicção. Nada obstante, a mesma Lei Fundamental da qual se depreende a adoção da persuasão racional admite o segredo das votações.³³⁹

³³⁷ Veja-se, a propósito, a lição de Taruffo: “la decisione deve essere razionalizzata, eliminando il metodo delle asserzioni apodittiche e delle argomentazioni formalistiche.” Cf. TARUFFO, Michele. **La Motivazione Della Sentenza Civile**. Padova: Cedam, 1975. p. 306.

³³⁸ *Ibid.*, p. 76: “Vale dizer, o juiz tem a liberdade de avaliar as provas pela sua convicção, porém condicionado às colhidas no processo, às admitidas, às sujeitas a um juízo de credibilidade e de acordo com o valor legal, se for o caso”.

³³⁹ “Art. 5º, XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: [...]; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos [...]”.

4 PERÍCIA

Nem mesmo o mais otimista dos participantes da Revolução Industrial Inglesa, quando de sua explosão³⁴⁰, poderia supor que atingiríamos o grau de complexidade que temos hoje. A evolução tecnológica, a troca intensa e rápida de informações, que muitas vezes tornam-se obsoletas, em questão de dias, quiçá de minutos, enseja contínuo aperfeiçoamento de conhecimentos e técnicas científicas. Não há dúvida que o desenvolvimento tecnológico-científico torna a vida mais fácil, porém bem mais complexa.³⁴¹ Cumpre acrescentar que a globalização³⁴², apesar das virulentas críticas a ela dirigidas, cumpre papel importante na difusão do conhecimento.

As mudanças oriundas do campo das chamadas ciências exatas, não haveriam de restringir-se a elas. Isso porque o Direito, uma ciência do espírito voltada para a regulação da vida em sociedade (dever-ser), não deixaria de ser afetado. E, é no que toca à prova científica (pericial ou técnica), que essa influência se torna mais visível.³⁴³ Isso, pois, cada vez mais o ofício de julgar depende da ciência, de conhecimentos científicos.³⁴⁴

³⁴⁰ A expressão é de Eric J. Hobsbawm: "O que significa a frase 'a revolução industrial explodiu'? Significa que a certa altura da década de 1780, e pela primeira vez na história da humanidade, foram retirados os grilhões do poder produtivo das sociedades humanas, que daí em diante se tornaram capazes da multiplicação rápida, constante, e até o presente ilimitada, de homens, mercadorias e serviços." HOBBSAWM, Eric J. **A Era das Revoluções**. 16. ed. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 50. Isso só foi possível graças ao avanço tecnológico dos meios de produção. Entretanto, não se perde de vista que o historiador traz uma importante visão crítica acerca do fenômeno, apontando inclusive seus malefícios.

³⁴¹ No sentido do texto: "Science and technology have made life easier and simultaneously more complex." BECKER, Ronald F. **Scientific evidence and expert testimony handbook: a guide for lawyers, criminal investigators and forensic specialists**. Illinois: Charles Thomas - Publisher, 1997. p. 3.

³⁴² Não enfrentaremos tão vasto e tortuoso tema que necessita, inclusive, de sede própria para tanto. Isso porque, na conformidade do pensamento de Giddens, "a globalização não é portanto um processo singular, mas um conjunto complexo de processos." Cf. GIDDENS, Anthony. **Mundo em Descontrole**. 3. ed. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 23.

³⁴³ Cf. Ronald F. Becker (*Idem*), onde se lê: "The criminal trial courtroom has not been immune to the impact of science and technology." No mesmo sentido, Paul Roberts: "Criminal proceedings inevitably reflect their broader social environment (as well as helping to shape that social context in some measure), so it is hardly surprising that, as science and technology have come to exert a pervasive influence on all aspects of modern society, their forensic applications have undergone a correspondingly rapid expansion." Cf. ROBERTS, Paul. Science, Experts, and Criminal Justice. In: MC CONVILLE, Mike; WILSON, Geoffrey (Org.) **The Handbook of the Criminal Justice Process**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 253-284.

³⁴⁴ "Les connaissances scientifiques influencent l'évolution du procès dont elles modifient la physionomie. Le droit recourt de plus en plus souvent aux données scientifiques appelant des

Meio de prova dos mais conhecidos, e que recebe tratamento legal não só em nosso ordenamento como nos alienígenas³⁴⁵, sendo assim considerada uma prova típica, a prova pericial³⁴⁶ representa um dos pontos de entroncamento do direito probatório. Sua razão de ser repousa na existência de conhecimentos especiais que só o perito possuiria.³⁴⁷

De acordo com Moacyr Amaral Santos, dá-se quando o fato não é suscetível de ser provado por declarações (das partes ou de testemunhas) ou, ainda, por documentos.

O exame direto da coisa pelo juiz é o que se chama de inspeção judicial, exame judicial, acesso judicial ou reconhecimento judicial. Ocorre que, não raro, tal exame é impossível, mormente em virtude da falta de conhecimentos técnicos por parte do juiz.³⁴⁸

connaissances dont il s'avoue dépourvu mais nécessaires à la définition des prémisses décisionnelles: la vérité scientifique s'impose de plus en plus comme un savoir nécessaire à l'exercice de la mission de juger." Cf. DALBIGNAT-DEHARO, Gaëlle. **Vérité Scientifique et Vérité Judiciaire en Droit Prive**. Paris: L.G.D.J, 2004. p.87.

³⁴⁵ Código de Processo Penal Italiano: "Art. 220 Oggetto della perizia. – 1. La perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenza tecniche, scientifiche o artistiche. 2. Salvo quanto previsto ai fini dell' esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l' abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell' imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche."

Código de Processo Penal Português: "Art. 151 A prova pericial tem lugar quando a percepção ou a apreciação dos fatos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos."

Código de Processo Penal Argentino: "Art. 253 El juez podrá ordenar pericias siempre que para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia pertinente a la causa, sean necesarios o convenientes conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica."

³⁴⁶ "El informe pericial es el dictamen realizado en torno a las circunstancias importantes para la investigación por personas con conocimientos científicos o artísticos especializados de los que el Juez carece (art.456 LECrim)." DEU, *op. cit.*, p.165.

³⁴⁷ Lempert e outros, após aludirem ao conhecimento comum da testemunha (*ordinary witness*), fazem menção a um especial saber do expert, concluindo assim seu raciocínio: "An expert is a person who has learned, through training or experience, to evaluate phenomena that most other people do not understand and to notice things that untrained people are likely to miss." LEMPERT, Richard O.; GROSS, Samuel R.; LIEBMAN, James S. **A Modern Approach to evidence: text, problems, transcripts and cases**. 3. ed. ST.Paul: West Group, 2000. p. 1011.

³⁴⁸ No sentido do texto Moacyr Amaral Santos (*op. cit.*, p. 475), quando aduz que: "[...] nem sempre o juiz, por mais culto e arguto, estará em condições, em face da coisa, de verificar o fato, ou porque lhe faltarem conhecimentos científicos ou técnicos especializados, ou mesmo, até, por carência da perfeição de seus órgãos sensórios". Na doutrina estrangeira, temos que: "Expert witnesses are important because science, technology, and other forms of specialized knowledge are pervasive in our culture, and they frequently deal with matters beyond the range of common understanding." Cf. LEMPERT; GROSS; LIEBMAN, *op.cit.*, p.1011.

Surge, então, a necessidade de se recorrer a um *expert*, alguém entendido na matéria, que transmita ao julgador suas observações. Esses observadores qualificados, pessoas entendidas ou técnicas na matéria tratada, são os peritos.³⁴⁹ O processo de verificação dos fatos pelos peritos é o que se chama perícia.³⁵⁰ Nas palavras de Frederico Marques, “[...] a perícia é prova destinada a levar ao juiz elementos instrutórios sobre normas técnicas e sobre fatos que dependam de conhecimento especial.”³⁵¹ Segundo Amaral Santos, a perícia torna-se um imperativo, quando da inaptidão do juiz para verificar ou apreciar os fatos, sob pena do sacrifício ou desprestígio das funções judicantes.³⁵²

A própria idéia de sociabilidade do convencimento, ínsita ao sistema da persuasão racional, demanda a prova técnica na medida em que possibilita controlar o juízo do magistrado a respeito dos fatos e sua natureza. Disso conclui-se que, mesmo tendo o juiz, pessoalmente, o conhecimento especial que se demanda do perito, impõe-se a perícia se o comum dos homens não puder perceber e avaliar os fatos em análise.³⁵³

A doutrina costuma referir-se a dois tipos de perito, conforme a utilidade da perícia. O perito realiza verificações a respeito de matéria em que é versado ou prático, porém sua função ora é de emitir uma declaração de ciência, ora

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 476. “Perito – do latim **peritus**, formado do verbo **perior**, que quer dizer experimentar, saber por experiência – é o sujeito ativo da perícia”.

³⁵⁰ No direito inglês, a consulta aos peritos (ou melhor, a perícia) remonta a meados do século XVI. Com efeito, um dos primeiros precedentes data de 1554, no caso *Buckley v. Rice Thomas*. Entretanto, as regras que regulam a matéria nos dias atuais, notadamente no que tange à admissibilidade da prova científica, começaram a ser traçadas no caso *Folkes v. Chadd*, em 1782. Para um panorama mais completo, consulte-se ROBERTS, *op. cit.*, p. 253-258.

³⁵¹ MARQUES, *op. cit.*, p. 324. MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 151: “Tem lugar o exame de peritos sempre que se apresentarem na causa criminal questões importantes, cuja solução, para poder convencer o juiz, exija o exame de homens, que tenham conhecimentos e aptidão técnicos e especiais.” DINAMARCO, *op. cit.*, p. 585: “Perícia é o exame feito em pessoas ou coisas, por profissional portador de conhecimentos técnicos e com a finalidade de obter informações capazes de esclarecer dúvidas quanto a fatos”.

³⁵² AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 475: “Assenta-se esta [a perícia], de conseguinte, na conveniência ou necessidade de fornecer ao juiz conhecimentos de fatos que ele, pessoalmente, por falta de aptidões especiais, não conseguiria obter, ou pelo menos, os não obteria com a clareza e segurança requeridas para a formação da convicção ou, ainda, em certos, que ele não poderia nem deveria pessoalmente colher sem sacrifício ou desprestígio das funções judicantes”.

³⁵³ No sentido do texto, Malatesta (*op. cit.*, p. 531): “Ainda quando, porventura, o juiz fosse peritíssimo na matéria a ser julgada, e se tratasse de informações pertencentes a uma ciência ou arte especial, isto é, se se tratasse de informações que requeressem uma capacidade especial, ele deveria sempre recorrer ao perito, a fim de que seu julgamento não parecesse o resultado de uma convicção solitária e individual”.

é de afirmar um juízo.³⁵⁴ Assim, o perito pode tão-somente verificar, como também pode, após isso, emitir juízos de valor.³⁵⁵

Mittermaier, entrando em maiores detalhes, busca arrolar as hipóteses de cabimento da perícia, da seguinte maneira: (1) verificação da existência de um fato que demande ela própria um conhecimento técnico (por exemplo, o exame que tenha por objeto os sinais de virgindade ou a existência de veneno em um corpo); (2) diagnóstico da natureza ou qualidade de certos fatos (*v.g.*, quando se indaga que direção seguiu um ferimento pelas carnes); (3) a admissão de um fato como possível ou provável (*ad exemplum*, saber se um homem pode ser atingido por uma bala a uma tal distância); e (4) a investigação das conseqüências de determinados fatos (*e.g.*, quando se pergunta se o veneno deu causa à morte).³⁵⁶

Roxin refere-se também à possibilidade do perito ser instado a pronunciar-se sobre princípios gerais fundados na experiência científica, além da hipótese de observar e apreciar fatos. Destaca, ademais, que, por vezes, atua nas três funções concomitantemente.³⁵⁷

³⁵⁴ MARQUES, *op. cit.*, p. 324.

³⁵⁵ Assim em Moacyr Amaral Santos (*op. cit.*, p. 476): “[...] essa verificação se dá para a simples percepção dos fatos – perito percipiente (estado de conservação de um cafezal, vestígios de posse num dado terreno) – ou para observar e apreciar fatos, isto é, perceber fatos e emitir juízo a respeito deles (perito judicante).” No mesmo sentido, CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 172: “A função do perito pode ficar limitada na retratação técnica das percepções colhidas, na reprodução do examinado, configurando-se apenas e tão-só uma declaração de ciência, hipótese em que atuará como *perito percipiendi*. Numa segunda situação poderá ser chamado para interpretar ou apreciar cientificamente um fato, fazendo uma afirmação de um juízo, quando será *perito deducendi*”.

³⁵⁶ MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 151-152.

³⁵⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: del Puerto, 2000. p. 238: “El perito, mediante sus conocimientos profesionales, ayuda al tribunal en la estimación de una cuestión probatoria. Esto puede suceder de tres maneras diferentes: 1. Informa al tribunal los principios generales fundados en la experiencia – los resultados de su ciencia – (p. ej., que estómago e intestino de un recién nacido se llenan de aire después de aproximadamente seis horas). 2. Comprueba hechos que únicamente pueden ser observados o que sólo ‘pueden ser comprendidos y juzgados exhaustivamente en virtud de conocimientos profesionales especiales’ (BGHSt 9, 293; p. ej.: el intestino del bebé asesinado X no contiene aire). 3. Extrae conclusiones de hechos que únicamente pueden ser averiguados en virtud de sus conocimientos profesionales, conforme a reglas científicas (combinación de 1. y 2., p. ej., por consiguiente, el bebé X ha sido asesinado dentro de las primeras seis horas después del nacimiento)”.

4.1 Natureza jurídica da perícia e do perito

As discussões sobre a natureza da perícia e do perito, ainda que não se confundam, desenvolver-se-ão concomitante ao longo deste tópico. Isso porque a qualificação deste como testemunha, “julgador” ou assistente do tribunal, são fatores determinantes para que se compreenda a natureza daquela como um meio de prova ou de avaliação da prova.

Recorrente é a opinião de que a perícia é um meio de prova³⁵⁸, como dá a entender a legislação pátria. Entendendo-se assim, parece claro tratar-se de uma prova pessoal, consistindo, pois, as manifestações do perito em afirmações conscientes e destinadas a fazer fé do pronunciado. Assume-se, evidentemente, que o perito seja o sujeito da prova.

No entanto, assumindo-se que a perícia não seja um meio de prova, mas de avaliação de prova, chegar-se-á a conclusão de que a prova em questão (analisada pelo perito) é material e real, pois o objeto de suas considerações não se apresenta como afirmação consciente e destinada a fazer fé de sua verdade.³⁵⁹

³⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: _____. **Novas Tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 27: “Diga-se apenas que, embora uma parte da doutrina lhes negue caráter de meio de prova, preferindo qualifica-las como meio de que se serve o juiz para avaliar a prova (Romeu Pires de Campos Barros, *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro, 1982, p. 484), nossa tradição jurídica, os estatutos processuais vigentes, os projetos de reforma e a doutrina ainda dominante continuam a conceituá-las como meio de prova.” No mesmo sentido, FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 87 e MARQUES, *op. cit.*, p. 324. Na doutrina estrangeira, entendendo que a perícia é meio de prova cf. OLMEDO, Jorge A. Clariá. **Derecho Procesal Penal**., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, s/d. t. I, p. 319. Na Itália, também é a posição de Eugenio Florian: “Nosotros creemos que la pericia es un medio de prueba verdadero y propio, [...]”. Cf. FLORIAN, Eugênio. **Elementos de Derecho procesal penal**. Tradução de L. Prieto Castro. Barcelona: BOSCH-casa editorial, s/d. p. 366. Interessante notar, ainda no direito italiano, a distinção exposta por Ercole Aprile, mostrando que na jurisprudência a perícia é considerada um “*mezzo di prova 'neutro'*”, pois as partes, em virtude do princípio dispositivo, podem valer-se de seus assistentes técnicos para obter seus esclarecimentos, ao passo que na doutrina majoritária predomina o entendimento que a perícia é um “*mezzo di prova obbligatorio*”, pois o juiz só poderia examinar a necessidade da prova. Cf. APRILE, Ercole. **La Prova Penale (artt. 187 – 271 cod. proc. pen.)**. Milano: Giuffrè, 2002. p. 232-233.

³⁵⁹ Malatesta conclui que, do ponto de vista do sujeito que se apresenta ao juízo, o fato demonstrado é sempre uma prova real. Assim se manifesta (*op. cit.*, p. 288): “Toda prova, neste sentido, começa por ser real. Divide-se depois, em pessoal e real, segundo o sujeito que, afinal, apresenta-se perante o juiz produzindo a certeza em seu espírito. É este o momento em que se estuda a natureza subjetiva das provas, distinguindo duas classes”.

Inobstante tal discussão, o Código de Processo Penal trata da perícia no capítulo referente à prova.³⁶⁰ Tal escolha do legislador corresponde ao entendimento de autorizada doutrina, no sentido de ser a perícia um meio de prova. Contudo, vale registrar a opinião de que a perícia não seria propriamente um meio de prova, porém algo mais, com natureza intermediária entre a prova e a sentença.³⁶¹

Segundo Camargo Aranha, o perito não apenas transmite um fato como uma mera testemunha: ele emite necessariamente um juízo de valor, fazendo conjecturas entre o fato constatado e um princípio técnico-científico. Daí porque dizer que, enquanto todas as provas são objetivas, a perícia é eminente subjetiva, caracterizando-se pela formulação de um juízo de valor.³⁶²

O mesmo autor conclui que a perícia não é, portanto, um meio de prova, mas é um meio instrumental, técnico-opinativo e alicerçador da sentença. É instrumental, como todo o processo, como meio de composição do litígio (*sic*), 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 desnecessária acaso pudesse o magistrado chegar às suas próprias conclusões.³⁶³

Cabe ponderar, entretanto, que toda prova é instrumental, como ato instrutório³⁶⁴ da convicção do juiz sobre os fatos articulados, bem como visa alicerçar a sentença, sendo também “[...] uma lanterna que ilumina o caminho do juiz”.³⁶⁵ Segundo Malatesta, improcede o argumento de que a perícia não é prova senão um

³⁶⁰ Solução criticada por Tornaghi (*op. cit.*, p.172), *in verbis*: “O acertado seria retirar a perícia do capítulo da prova e situá-la em lugar autônomo, entre esta e a sentença.”

³⁶¹ CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 167-168: “A prova tem como objeto os fatos, a perícia, uma manifestação técnico-científica, e a sentença, uma declaração de direito. Logo, a opinião, que é objeto da perícia, situa-se numa posição intermediária entre os fatos e a decisão”.

³⁶² *Ibid.*, p. 168-169.

³⁶³ *Ibid.*, p. 169-170.

³⁶⁴ MARQUES, *op. cit.*, p. 326: “A perícia, realizada em qualquer fase do procedimento penal, é sempre ato instrutório emanado de órgão auxiliar da Justiça para a descoberta da verdade”.

³⁶⁵ CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 170, ainda diferenciando a perícia dos meios de prova afirma: “A perícia é a lanterna que ilumina o caminho do juiz que, por não a ter quanto a um determinado fato, está na escuridão. A lente que corrige a visão que está deficiente pela falta de um conhecimento especial”.

reconhecimento de prova, conquanto tenha o perito um papel opinativo, porque, se assim fosse, todas as provas pessoais perderiam sua condição de prova, passando a serem meios de reconhecimento de prova. As pessoas, tanto as testemunhas quanto os peritos, atestam apenas sua percepção das coisas.³⁶⁶

Nada obstante, tratando dos laudos periciais, Couture os renega enquanto meios de prova, tanto quanto as presunções. São, no seu entender, “[...] elementos de elaboração na gênese lógica da sentença, o que chama também de prova por dedução”. Assim, “[...] são, tão-somente, alguns dentre os muitos elementos integrantes do conjunto de operações intelectuais que é mister realizar para decidir, em cada caso concreto, o conflito de interesses.”³⁶⁷

Para Malatesta, 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.”³⁶⁸ Interessante notar, como já mencionado alhures, que nos países filiados a *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.

Note-se, porém, que Malatesta alude a uma específica regulamentação procedimental da perícia, uma vez que as conclusões são apresentadas em audiência. Alega que é necessário que a mesma seja reproduzível oralmente “[...] sem o que não seria testemunho pericial, mas documento.”³⁶⁹

Na lição desse doutrinador, cuida-se o perito de uma testemunha especial, por ser dotado de uma perícia especial que lhe permite perceber certas condições e relações particulares de fato não-perceptíveis ao comum dos homens e

³⁶⁶ MALATESTA, *op. cit.*, p. 525. E acrescenta: “Ora, relativamente à consciência do juiz, quando o perito afirma a existência de veneno, da alteração do escrito ou dos caracteres maníacos, o que funciona como prova já não é o veneno, nem a alteração do escrito, nem o caráter maníaco em si mesmos, mas sim a afirmação do perito que declara tê-los percebidos em si mesmos. A perícia, pois, como qualquer outro testemunho, é uma prova; uma prova pessoal”.

³⁶⁷ COUTURE, *op. cit.*, p. 187.

³⁶⁸ MALATESTA, *op. cit.*, p. 332.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 536.

por ser escolhida *post factum*. Contrapõe-se à testemunha comum, adventícia *in facto*, por ser escolhida pelo acaso, que a coloca em presença do fato.³⁷⁰

Nesse sentido, vale dizer que enquanto o testemunho comum é retrospectivo, pois relata fatos passados, a perícia é prospectiva, já que tem por objeto uma materialidade presente.³⁷¹ Não há, no testemunho “comum”, contemporaneidade entre a presença do fato e a função judicial de testemunha que lhe é posterior. Diversamente, o perito só se põe diante dos vestígios do fato que avalia, quando escolhido para desempenhar sua função.³⁷²

Identificando o perito como uma testemunha, Malatesta refuta a opinião de que seja um consultor do juiz – figura diversa – quando este seja incapaz de julgar. Tal consideração, na linha de seu raciocínio, é insustentável uma vez que a sociabilidade do convencimento impõe a produção de prova pericial, mesmo quando o juiz detenha o conhecimento especial necessário para proceder pessoalmente às observações e avaliações empenhadas pelo perito.³⁷³

Considera igualmente equivocada a concepção do perito como testemunha ou juiz, a depender da atividade que desempenhou no processo. O entendimento, a que Malatesta se opõe, é no sentido de que, ao atestar um fato material, o perito nada mais é que uma testemunha, enquanto que, fazendo afirmações científicas e deduções, é um juiz, análogo aos jurados, que julga “fatos prejudiciais”. A objeção feita consiste em que a sua palavra “testemunhal” não possui força decisória alguma.³⁷⁴

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 525.

³⁷¹ ROXIN, *op. cit.*, p. 239.

³⁷² AMERICANO apud CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 169: “A diferença essencial entre a testemunha e o perito está na forma de aquisição dos conhecimentos que transmitem ao juízo. Na testemunha não há contemporaneidade entre a aquisição e a função judicial. Aquela toma conhecimento dos fatos no momento em que os mesmos se dão, de sorte que o juízo que formula e as conseqüências que induz, ela os faz sob a impressão dessa presença ocasional; há perfeito sincronismo entre o fato que se dá e o conhecimento que a testemunha adquire, mas ela só se investe da função judicial posteriormente, quando arrolada. O perito não. Ele vai conhecer o fato para o fim intencional de instruir a demanda, pelos elementos subseqüentes ao mesmo fato, pelos vestígios”.

³⁷³ MALATESTA, *op. cit.*, p. 525.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 527: “Mas não se refletiu que o perito, quanto aos mesmos fatos científicos, não faz mais que relatar o testemunho da ciência, e quanto às deduções que ele apresenta só atesta as relações que ele percebe, ou julga perceber: palavra testemunhal sempre, a sua, sem nenhuma força decisória quanto à pronúncia definitiva”.

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.³⁷⁵ Pode até haver uma convergência, quando o juiz e o perito constatam que a vítima sofreu cinco ferimentos, mas a convergência não confunde a perícia com a inspeção.³⁷⁶ Para o perito, diversamente do juiz, tal fato é apenas o ponto de partida de seu trabalho, no qual empregará seus conhecimentos especiais.

No mesmo sentido, Mittermaier alega ser erro grosseiro equiparar a perícia à inspeção judicial. Esta pode até coincidir com a perícia, mas não necessariamente.³⁷⁷

Roxin, mais conhecido por nós como grande penalista, sobretudo por sua contribuição à teoria da imputação objetiva, busca definir o perito naquilo em que não se confunde com a testemunha nem com o juiz. Infirmado que o perito seja uma testemunha, nega natureza testemunhal à perícia.

Assim, segundo o doutrinador tedesco, não se trata de uma testemunha por diversas razões, a saber: o perito atua por encargo do tribunal, enquanto a testemunha é escolhida pelo acaso e fala de fatos passados; o perito só atua quando se faz necessário um conhecimento especial, no que se distingue do *colaborador para a inspeção ocular*³⁷⁸; ademais, o perito é sempre fungível e substituível, salvo uma impossibilidade prática de obter-se outra pessoa com a mesma aptidão técnica.³⁷⁹

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 526: “Mesmo quando, procedendo o juiz à inspeção judicial, simultaneamente procedem os peritos suas observações, as conclusões do juiz e as dos peritos se mantêm substancialmente separadas entre si”.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 527: “Haverá convergência das duas provas quanto a este particular do seu conteúdo; mas a convergência de provas não autoriza a confundi-las”.

³⁷⁷ E acrescenta que: “[...] mesmo presente o juiz, só aos olhos do perito, ordinariamente, é que os fatos aparecem com clareza e em sua verdadeira natureza.” MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 152.

³⁷⁸ Refere-se Roxin (*op. cit.*, p. 240) ao colaborador para a inspeção ocular: “[...] las personas que durante el procedimiento penal, por orden del tribunal, deben realizar determinadas comprobaciones que no exigen un conocimiento especial (p. ej., a un agente de policía se le encarga medir exactamente el lugar del hecho: el llamado colaborador para la inspección ocular)”.

³⁷⁹ *Idem*: “Un perito es siempre (lógicamente) intercambiable y reemplazable (por contraposición con la imposibilidad ‘práctica’ de sustituirlo – p. ej., si se trata de la única eminencia viviente de una materia científica”.

Aprofundando essas idéias, Roxin alude ao interessante conceito de testemunha-perito, que, a rigor, não é um perito, mas sim uma testemunha. E, não o é, pois não está sujeita à ordem do tribunal. São, pois, pessoas que informam sobre fatos passados para cuja observação haja sido necessário um conhecimento especial.³⁸⁰ Ao trabalhar com o conceito acima mencionado, ou seja, o de testemunha-perito, parece-nos que reforça o argumento de que o perito propriamente dito não é uma testemunha.

Por fim, distingue o perito do juiz, porquanto aquele deve limitar-se às suas funções auxiliares, não podendo constatar e avaliar fatos senão nas hipóteses de perícia. Demais disso, o tribunal controla o resultado da perícia, apreciando sua força persuasiva, podendo afastar-se das conclusões do laudo pericial, mas sem desligar-se das normas científicas.³⁸¹ Finda por concluir que o perito “[...]es solamente ‘asistente del tribunal’.”³⁸²

Mittermaier vê a perícia como uma *prova sui generis*.³⁸³ Nega, igualmente, que o perito deva ser tratado como testemunha.³⁸⁴ Ainda segundo esse autor, o perito não é testemunha, pois para que ele se manifeste, lhe é concedido tempo para refletir, cabendo, inclusive, o debate entre diversos peritos a ensejar laudo comum.³⁸⁵ Vale salientar que, diferentemente de Roxin, o perito não seria, em seu entendimento, um mero auxiliar do juiz.³⁸⁶

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 239. Assim exemplifica(p. 240): “[...] un médico declara en el juicio oral: ‘El 31/12 por la noche, a las 22hs., N, quién entretanto falleció, fue traído bañado en sangre a mi casa por dos personas; él contó que había sido atacado por A y que había sido golpeado en la cabeza por un palo; había reconocido a A con seguridad, particularmente por su voz. Luego N perdió el conocimiento. El examen demostró que la parte izquierda del cráneo estalló por un golpe; esa herida fue necesariamente mortal’. Aquí, el médico es testigo en tanto informa sobre observaciones propias; en cuanto indica que la cubierta del cráneo estalló, es testigo-perito – pues esa observación la hizo debido a su conocimiento especial –; su aserción de que la lesión ha sido mortal es un dictamen pericial”.

³⁸¹ ROXIN, *op. cit.*, p. 239.

³⁸² *Idem.*

³⁸³ MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 154: “O exame por peritos constitui, pois, uma prova *sui generis*, e cuja apreciação não se pode fazer senão de conformidade com certos princípios, que lhe são próprios”.

³⁸⁴ Aduz ele: “[...] seja como for, é sempre um julgamento que, no essencial, ele profere, julgamento concernente à natureza e às relações de um fato; o título de testemunha nunca lhe pode ser aplicado, nem tampouco o de testemunha racional ou testemunha letrada.” MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 153.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 153-154: “A testemunha pode, em qualquer estado da causa, ser chamada a dar explicações, não há necessidade de lhe ser dado um tempo normal para refletir; porém ao perito, que tem de observar os fatos, depois de compará-los com as experiências, e, enfim, fazer-lhes aplicação das leis da ciência, é preciso um prazo suficiente para preparar e amadurecer suas conclusões. Cada

Refuta, ainda, a necessidade de se buscar uma figura na qual a perícia devesse enquadrar-se, mas argumenta que, se fosse necessário fazer alguma analogia, o perito poderia ser comparado a um jurado.³⁸⁷

4.2 Procedimento da prova pericial na lei processual penal brasileira

Nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal, a perícia é indispensável quando a infração deixa vestígios, cuidando-se de prova legalmente imposta, sob pena de nulidade insanável, nos termos do art. 564, III, b, do Código.³⁸⁸ Além dessa hipótese primária, nada impede que outras perícias sejam eventualmente realizadas, como a perícia médica sobre a sanidade mental do acusado.

Refere-se o mesmo dispositivo à possibilidade de perícia *direta* e *indireta*. Aquela é a perícia feita sobre o próprio corpo de delito, como a chave usada, o cadáver, a porta violada *etc.* Já o exame indireto (art.167 do CPP) é realizado após o desaparecimento do corpo de delito, sendo suprido pela prova testemunhal.³⁸⁹ Assim, enquanto o exame direto se dá, por exemplo, sobre o corpo do lesionado, o indireto é realizado com base em relatório e fichas hospitalares, bem assim no depoimento de médicos e enfermeiros que cuidaram do ofendido. Por motivos óbvios, nem é preciso afirmar a preferência do primeiro ao segundo.

testemunha depõe isoladamente; muitos peritos podem reunir-se, combinar e apresentar um parecer acordado em comum”.

³⁸⁶ Isso “[...] pois os peritos são inteiramente independentes em suas conclusões, ignorando, aliás, tudo o mais que é alheio aos seus conhecimentos especiais”. E, arremata Mittermaier (p. 154) sustentando que “[...] seu parecer determina a convicção do juiz definitivo, sem que de modo algum intervenha a autoridade do magistrado instrutor, que dirigiu as investigações.”

³⁸⁷ O perito, nesse sentido, seria chamado pelo juiz para julgar uma “[...] questão prejudicial, cuja solução científica lhe é necessária para poder pronunciar-se quanto ao principal.” *Idem*.

³⁸⁸ GRINOVER; SCARANCA FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 177: “Com razão, a doutrina tem criticado a solução do Código, seja porque constitui resquício do sistema já superado da prova legal, seja porque a não demonstração da existência do crime, mais do que problema de nulidade, representa falta de prova que interfere na decisão do processo”.

³⁸⁹ CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 172: “Por seu turno, o exame indireto é um raciocínio dedutivo sobre um fato retratado por testemunhos, por não se ter a possibilidade do uso da forma direta”.

Também alude a doutrina à perícia intrínseca e extrínseca. Enquanto aquela se realiza na própria materialidade do delito, esta tem por objeto elementos que são apenas provas do crime.³⁹⁰ Assim, enquanto a necropsia é uma prova intrínseca, o exame de autenticidade de uma carta que serve de prova do crime de calúnia, p.ex., será uma perícia extrínseca.

A perícia é realizada por auxiliar da justiça eqüidistante das partes, portador de conhecimento especializado e compromissado. No Brasil, ordinariamente, as perícias são realizadas por peritos oficiais (art. 159, *caput*, CPP), isto é, agentes técnicos vinculados ao Estado.³⁹¹ Nesse caso, o exame é requisitado pelo juiz ou pela autoridade policial ao diretor da repartição a que pertençam os peritos, juntando-se aos autos, depois, o laudo assinado por eles (art. 178, CPP).

É interessante notar que tais agentes não prestam compromisso caso a caso, sendo compromissados ao assumirem seu cargo público. Diversamente, os peritos não-oficiais, particulares nomeados *ad hoc* pelo juiz, têm de prestar compromisso de bem e fielmente desempenhar seu encargo (art. 159, § 2º).

O juiz nomeia particulares para exercer o encargo em hipóteses excepcionais, em que não haja peritos oficiais na localidade. Nesses casos, devem ser escolhidas duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, preferencialmente que tenham habilitação técnica referente à matéria do exame (art. 159, § 1º). Note-se, porém, que o diploma de curso superior, apesar de conferir mais seriedade à perícia, não é garantia de capacidade técnica e, muitas vezes, é inexigível para que o perito possua alguma ciência em particular.³⁹²

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 173: “A perícia será intrínseca quando for aplicada sobre o próprio corpo de delito, quando tiver por objeto a materialidade da infração. Será extrínseca quando usada sobre elementos que possam servir como prova do crime”.

³⁹¹ TORNAGHI, *op. cit.*, p. 187, onde se lê: “A perícia é confiada a técnicos do Estado, onde os houver, e a pessoas idôneas nos demais casos.”

³⁹² CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 180: “O fato de possuir diploma de curso superior é uma inovação válida, embora em certos casos um iletrado poderá servir com melhor conhecimento que um mestre, como um mecânico em relação a um engenheiro, um mateiro em relação a um agrônomo, um pescador em relação a um biólogo etc. De qualquer forma, o curso superior trará maior seriedade. Note-se, também, que um grande número de peritos, como o grafotécnico, o desgravador de sons etc., não adquirem seus conhecimentos em qualquer universidade”.

É interessante notar que a legislação brasileira exige que os exames sejam realizados por *dois* peritos.³⁹³ Nesse particular, o ordenamento pátrio está de acordo com as lições de Malatesta, para quem os peritos não devem ser em número menor que dois, senão três, em caso de discordância. Alega que a possibilidade de engano de dois peritos é menor que a de um perito isolado.³⁹⁴

A iniciativa da perícia será da autoridade policial ou do juiz, conforme esteja em curso inquérito policial ou processo judicial, podendo agir de ofício ou por provocação. Não se perca de vista o fato de ser a prova um direito da parte, de maneira que, admissível, não cabe à autoridade recusá-la.

Note-se que dispõe o artigo 161 do Código de Processo Penal, que poderá o exame de corpo de delito ser realizado em qualquer dia e qualquer hora³⁹⁵. No entanto, o Código estipula momentos em que deve a perícia ser proposta ou determinada de ofício. Assim, *ex vi* do artigo 6º, VII, a autoridade policial deve determinar a perícia, quando necessária, tão logo tome conhecimento da prática de infração penal. O juiz, por seu turno, determina-la-á de ofício ou as partes a requererão no momento do artigo 399 – a denúncia, a queixa ou a defesa prévia – ou do artigo 499 – das diligências complementares.

A realização da perícia, propriamente, é precedida dos quesitos formulados pela autoridade e pelas partes, para serem respondidos pelo *expert*. Podem ser legalmente obrigatórios, como os quesitos dos artigos 171³⁹⁶ e 173³⁹⁷,

³⁹³ O STF chegou a editar súmula (n. 361) para reafirmar que é nula a perícia realizada por um só perito, mas os tribunais por vezes permitem a realização de perícia por um só agente técnico.

³⁹⁴ MALATESTA, *op. cit.*, p. 530: “Quanto ao número dos peritos, do mesmo modo que para a testemunha comum, considera-se que um só perito pode, mais facilmente que dois, enganar-se ou cair em engano: pode mais facilmente enganar-se, porque duas pessoas observam melhor que uma; pode mais facilmente errar, porque é menos fácil que dois peritos queiram mentir ao mesmo tempo e de comum acordo. E, por isso, deste mesmo ponto de vista, tem-se como regra racional que os peritos devem ser não menos que dois; e a possível oposição entre eles aconselha que seu número seja pelo menos de três”.

³⁹⁵ Com base no dispositivo, Camargo Aranha (*op. cit.*, p. 184) alega que a perícia será sempre oportuna, desde que possível

³⁹⁶ “Art. 171. Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo a subtração da coisa, ou por meio de escalada, os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado.”

³⁹⁷ “Art. 173. No caso de incêndio, os peritos verificarão a causa e o lugar em que houver começado, o perigo que dele tiver resultado para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o seu valor e as demais circunstâncias que interessarem à elucidação do fato.”

ambos do CPP, ou ainda facultativos, formulados livremente pelas partes e autoridade.

Segundo Frederico Marques, “[...]as partes poderão requerer ao juiz que mande os peritos prestar esclarecimentos, por escrito, ou, ainda, responder a quesitos suplementares.”³⁹⁸ Também dispõe o artigo 181 (do CPP) que, acaso não observada tal formalidade, ou havendo omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade mandará suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo, podendo ainda ordenar novo exame, por outros peritos, se conveniente.

Acrescenta Frederico Marques que “[...] o juiz tem a faculdade de ordenar de ofício ou a requerimento das partes (por força do princípio da pesquisa da verdade real), que os peritos compareçam a juízo para esclarecimentos orais[...]”³⁹⁹, devendo reduzir a termo o que por eles for esclarecido.

Cuidam-se os quesitos das partes de prática saudável, não só por permitir um contraditório participativo, efetivando-se na prática o direito das partes de se defenderem provando, como também por atender à comum realidade de que estas conhecem fatos ignorados pela autoridade, que se tornarão objeto da perícia, em prol da mais acurada descoberta da verdade.⁴⁰⁰

Vale ressaltar o caso de perícias em inquérito policial, cuja realização pode ocorrer sem a presença do indiciado, por ser o inquérito um procedimento inquisitorial. Diz-se, nesse caso, que o contraditório é diferido para o processo, quando o réu poderá impugnar a perícia, pedir outro exame ou obter esclarecimentos do perito. É de afirmar-se que não nos parece essa a melhor posição. Isso porque as hipóteses de contraditório diferido devem ser usadas com extrema parcimônia, por representarem manifesta ofensa às garantias fundamentais

³⁹⁸ MARQUES, *op. cit.*, p. 327.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 327-328.

⁴⁰⁰ CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 185: “A nossa legislação, ao contrário do que ocorreu em outras, como a italiana, facultou também às partes a indicação de quesitos. Agiu acertadamente, pois, além das partes terem interesse direto na perícia, também podem conhecer certos fatos estranhos à autoridade”.

do processo.⁴⁰¹ Não se deve partir da premissa de que o investigado é culpado, pois o que se está procurando é a verdade.⁴⁰²

Os quesitos devem ser formulados até a realização da diligência, *i.e.*, até que o exame seja iniciado (art. 176, CPP). Por evidente, devem ser rejeitados se impertinentes, tratando de fatos irrelevantes, ou que não exijam conhecimento especializado, quando seria desnecessária a prova pericial.

No direito brasileiro, a perícia se corporificará em um laudo⁴⁰³, que conterà sua individualização, num relato histórico dos atos a que procedeu o perito, além da resposta aos quesitos e suas conclusões.⁴⁰⁴ Note-se que “[...] as respostas devem ser fundamentadas, indicando as razões pelas quais as conclusões apresentadas são reais, tornando possível avaliar o acerto.”⁴⁰⁵

O laudo, nos termos do parágrafo único do artigo 160 do Código de Processo Penal, deve ser elaborado no prazo máximo de dez dias, podendo ser prorrogado, em casos excepcionais, a requerimento dos peritos.

⁴⁰¹ Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho reduzem a possibilidade de o indiciado não ter oportunidade para apresentar quesitos aos “[...] casos em que há urgência, seja porque há risco de desaparecerem os sinais do crime, seja porque é impossível ou difícil conservar a coisa a ser examinada, ou ainda as hipóteses em que inexistente suspeita contra pessoa determinada.” GRINOVER; SCARANCE FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 182.

⁴⁰² Segundo TOURINHO FILHO, não devem as autoridades policiais, “[...]côncias de que estão apenas procurando a colheita de melhores informações para esclarecimento da verdade impedir que vítima e indiciado formulem quesitos.” Anota que haverá mais vantagem que inconveniência em permiti-lo, em vista do prejuízo irremediável que pode causar a falta de oportunidade para a formulação de quesitos. TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 258.

⁴⁰³ CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 185-186: “A perícia corporifica-se, materializa-se, por uma peça técnica denominada laudo pericial, que pode ser definida como toda a peça escrita na qual os expertos fazem constar o resultado do exame procedido, mencionando o que observaram e consignando suas conclusões”. Assim também na Espanha, cf. DEU, *op. cit.*, p.165.

⁴⁰⁴ Art. 160, caput.

⁴⁰⁵ CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 186.

4.3 Força probante e valoração da perícia

No quadro geral das provas, vale indagar o grau de persuasão da prova pericial. Ou seja, ao valorar a prova, como deverá o juiz comporta-se. Trata-se, como bem salientou Morello, do

[...] núcleo más conflictivo cual es el problema que se presenta al juez – típico hombre médio en el registro cultural general – al tener que evaluar, racionalmete, elementos de prueba carregados de representatividad en el proceso con esas connotaciones científicas, que parecen sobrepasar los límites del término cultural señalado.⁴⁰⁶

Buscam alguns autores, até mesmo quando defendem o sistema do livre convencimento motivado, que seja possível fazer uma análise abstrata do grau de convencimento dos meios de prova.

Assim, Couture, em lição perfeitamente aplicável ao processo penal, cuida da ordenação lógica dos meios de prova, por razões de caráter meramente científico.⁴⁰⁷ Assim, temos a prova direta por percepção, a mais eficaz, porquanto se realiza sem intermediários entre o juiz e os objetos ou fatos que têm de ser demonstrados no processo, trata-se da chamada vistoria judicial. Tem-se, ainda, a prova por representação, que é a substituta da por percepção, ou seja, cuida-se da representação atual de um fato pregresso. A representação efetua-se por documentos ou depoimentos, ou seja, representação por meio de coisas ou descrições pessoais. E, por fim, há a prova por dedução. Se o juiz alcança esse resultado por seu próprio esforço intelectual, estamos diante de presunções.

⁴⁰⁶ Cf. MORELLO, Augusto M. La Prueba Científica. In: _____. **La Prueba: Tendencias modernas**. 2. ed. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2001. p.156-157.

⁴⁰⁷ Assim: “Pode-se advertir, em princípio, que certos meios de prova têm um caráter direto, porquanto pressupõem um contato imediato do magistrado com os elementos probantes; que outros, na falta de contato direto, recorrem a uma espécie de reconstrução ou representação dos elementos probantes; e que ainda outros finalmente, na falta quer de contato direto quer de representação, baseiam-se em um sistema lógico de deduções e induções.” COUTURE, *op. cit.*, p. 184-185.

Contudo, tais deduções podem ser obtidas de terceiros que as realizam em razão de uma ciência que possuem, cuidando-se da prova pericial.⁴⁰⁸

Conclui-se, a partir dessa ordenação lógica de Couture, que a prova, ou melhor, o que dela extrair-se-á vai afastando-se da certeza, tornando-se, pois, mais incerta.⁴⁰⁹ Portanto, no tocante à prova pericial, a fraqueza é absoluta, em vista dos riscos que envolvem a imperfeição de pontos de vista, os erros de raciocínio, da falsa experiência, entre outros.⁴¹⁰ Demais disso, no próximo tópico trataremos da questão da “perícia estatística”.

Todavia, no atual contexto do avanço tecnológico, deve-se ter em vista que avulta a importância da valoração pericial, que constitui forte fator de convencimento do julgador⁴¹¹, como na análise da personalidade do acusado, por exemplo.⁴¹² Cuida-se a perícia de prova prestigiada no meio social, na proporção em que a tecnologia e a ciência sejam acreditadas.

Inobstante, em consonância com a lição de Couture, Mittermaier percebe certa fraqueza na prova pericial, pois ancorada em presunções.⁴¹³

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 187. “Quando até mesmo o relato seja impossível, subsiste entretanto a possibilidade de reconstruir os acontecimentos mediante deduções lógicas, inferindo dos fatos conhecidos os fatos desconhecidos”. E, prossegue: “Quando a dedução se infere através da colaboração de terceiros, que inferem, com o auxílio de sua ciência, os fatos desconhecidos dos escassos fatos conhecidos, está-se em presença de exame pericial”.

⁴⁰⁹ Assim, “[...] a prova vai se tornando cada vez mais incerta e aumenta nela o risco do erro, à medida que se vão interpondo entre o juiz e os motivos de prova, elementos intermediários.” *Ibid.*, p. 188.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 188-189: “Na prova por dedução, a fraqueza é absoluta: a imperfeição dos pontos de apoio, os vícios do raciocínio, os erros de falsa experiência, de falsa percepção, de falsa dedução; tudo contribui, neste caso, para aumentar os riscos da atividade probatória”.

⁴¹¹ GRINOVER; SCARANCA FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 173: “O desenvolvimento das ciências em geral possibilitou maior utilização da prova técnica, tanto na demonstração da materialidade da infração penal, por meio do exame de corpo de delito, como na comprovação de outros dados relevantes à apuração da verdade. Exige-se, em consequência, cada vez mais, que seja aproveitado o avanço científico e tecnológico para o aperfeiçoamento da investigação. Assim, o exame de um fio de cabelo, de uma gota de sangue, poderá ser responsável pela elucidação da autoria”.

⁴¹² ROXIN, *op. cit.*, p. 240: “En el procedimiento penal moderno, en el que la aclaración científica de cuestiones que no son jurídicas juega un papel cada vez más importante, el perito ha alcanzado, con frecuencia, una posición dominante en la práctica [...] que, en particular en el ámbito del análisis diagnóstico y terapéutico del autor, difícilmente se puede conciliar con la concepción de la ley”.

⁴¹³ Diz ele: “[...] reconhece-se que a sua força poderosa resulta de puras presunções, e que é apoiado sobre elas que se convence o juiz de que os peritos acharam a verdade.” MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 113.

Cuidam-se não só das presunções articuladas pelo perito em seu laudo, como também de presunções em relação ao próprio trabalho do perito e à sua personalidade. Assim sendo, a força probante do ato dos peritos repousa na evidência material por eles afirmada, na confiança que inspiram as experiências científicas de que fizeram uso ou, ainda, na confiança que os próprios peritos merecem em razão de sua habilidade para usar os métodos adequados para a formulação de conclusões razoáveis e exatas.

Mittermaier aduz, igualmente, que a força probante do laudo repousa na confiança que o juiz tenha de que o perito vá dizer a verdade, procedendo de maneira conscienciosa e sincera.⁴¹⁴ Esse aspecto, em nosso processo penal, é bastante complicado, pois a perícia é oficial.

As observações acima mencionadas podem ser organizadas em duas categorias de critérios de avaliação da prova pericial: os critérios *subjetivos*, que tratam da própria pessoa do perito, e os critérios *objetivos*, que dizem respeito ao conteúdo de seu laudo.

Coerente com seu posicionamento a respeito da natureza da perícia e do perito, Malatesta entende que a força probante da perícia é igual à força de um testemunho, recaindo sobre a premissa de que o perito não se engana, nem se queira enganar.⁴¹⁵

Cumprе ressaltar que esses critérios subjetivos gerais de avaliação da prova testemunhal são mutáveis, diversamente ocorre com a prova pericial, mormente em virtude de suas peculiaridades. Assim, temos que a capacidade intelectual e sensória do perito deve ser maior que a da testemunha “comum”, pois analisa fatos à luz da ciência. Demais disso, sua capacidade moral é de maior importância que a da testemunha. É de se notar, segundo o jurista italiano, que o perito pode ser mais facilmente desmentido, por outra perícia ou, eventualmente, por inspeção judicial.

⁴¹⁴ Demais disso, as conclusões do perito merecem confiança “[...] quanto mais poderosos forem os motivos principais, e mais bem estabelecida a sua mútua relação, nisso vê o juiz o sinal de um exame bem feito de todas as circunstâncias, e de madureza e solidez das observações.” *Ibid.*, p. 155.

⁴¹⁵ MALATESTA, *op. cit.*, p. 528.

No que pertine a critérios objetivos, cuida-se de abordar os parâmetros pelos quais se acredita ou não em um testemunho. Como regra geral (ao testemunho comum e ao pericial), a irracionalidade absoluta ou relativa do testemunho equivale à sua incredibilidade ou inverossimilhança.⁴¹⁶

Outro critério geral repousa na concordância com outras afirmações, tanto de outros peritos como de testemunhas comuns, que, sem sombra de dúvida, aumentam a fé no laudo. Vale, porém, aludir às particularidades decorrentes da contradição com outros laudos periciais.

Ainda forte em Malatesta, tratando-se de laudo de outro perito, aplicam-se os critérios comuns de avaliação de depoimentos de testemunhas comuns, quando a contradição recai sobre fatos percebidos por todos. Entretanto, cuidando-se de contradições sobre fatos técnicos, deve o juiz analisar os meios técnicos adotados para sua observação, bem como a habilidade pessoal dos peritos, ou seja, a técnica adotada e os conhecimentos pessoais do *expert*. Havendo contradição nos laudos, no tocante às conclusões e conceitos científicos, deve-se levar em consideração a maior ou menor racionalidade das afirmações opostas e o valor intelectual dos afirmantes.⁴¹⁷

Se o laudo pericial está em conflito com laudo anterior do mesmo perito, é preciso investigar se a contradição recai sobre fatos materiais ou sobre as conclusões e o parecer emitido pelo perito. Naquele caso, se as novas observações não têm como justificativa uma nova e mais acurada observação, a contradição tolhe fé à palavra do perito; neste, porém, a alteração de conclusões e do parecer revela no perito maior zelo pela apuração da verdade, por meio de exame mais preciso, novas experiências e deduções mais racionais.

Ocorrendo contradição entre o laudo pericial e o depoimento de testemunha comum, prevalecerá este, segundo Malatesta, desde que não haja razões para desacreditar a testemunha. A razão está em que a testemunha comum

⁴¹⁶ “A incredibilidade das afirmações tolhe fé ao testemunho pericial, como ao comum; e a inverossimilhança diminui-lhe a fé.” *Ibid.*, p. 533.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 535.

tem uma percepção direta do fato sob prova, ao passo que a percepção do perito é geralmente realizada por deduções.⁴¹⁸ Nesses casos, devem ser consultados outros peritos, para estudarem e avaliarem cuidadosamente as confissões e depoimentos.

Particularmente em relação ao laudo pericial, ainda podem ser mencionados outros critérios objetivos de avaliação, segundo a doutrina de Malatesta. Assim tem-se, por exemplo, que a espécie de fato examinado influi na própria confiabilidade do laudo, de maneira que fatos que ensejem menos enganos, engendram laudos mais confiáveis.⁴¹⁹ Além disso, terá maior valor o laudo, quanto maior for o detalhamento de seu conteúdo, ou seja, a fundamentação confere mais valor e confiança, pois tornam verificáveis as percepções dos peritos. Destarte, para que estes dêem causa da sua ciência, deve o laudo expor os meios técnicos adotados para a observação, a fim de permitir o controle da adequação dos meios e seu uso correto.⁴²⁰

Por último, Malatesta refere-se aos critérios formais de avaliação da perícia. Nesse sentido, conclui que a maior precisão e clareza do laudo conduzem à sua maior força probante. Nota também que a linguagem estudada e as opiniões preparadas não infirmam a confiabilidade do perito, diversamente do que ocorre com a testemunha comum.

Ressalta, outrossim, a questão da oralidade na produção da prova pericial. Em seu entender, a leitura de escritos pelo perito deve ser permitida em procedimentos no qual seja intimado a prestar, em audiência, declarações. Isso, pois, os depoimentos orais e os debates em audiência devem ser privilegiados, visando possibilitar explicitações e aditamentos. No entanto, os detalhes complicados e impressões analíticas do seu parecer podem fugir à memória,

⁴¹⁸ MALATESTA, *op. cit.*, p. 536: “Os peritos, admitamos, afirmam que o recém nascido não pode ter saído vivo do ventre da mãe, enquanto as testemunhas afirmam ter ouvido os gritos, quando a mãe o enterrava. Todos vêem que em tais casos a autoridade da perícia perde valor proporcionalmente ao número e ao valor dos testemunhos em contrário, especialmente quando se atenda que aquilo que os peritos afirmam por indução, as testemunhas afirmam, ao contrário, por percepção direta”.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 533.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 534: “Quanto, pois, à percepção dos fatos técnicos, o dar a razão da própria ciência consiste na exposição dos meios técnicos adotados para a observação. Se, para as verificações periciais, não são adotados os meios mais adequados, ou não se lhes fez o uso conveniente, é natural que deva diminuir a fé na perícia. Quanto aos laudos científicos, enfim, o dar a razão da ciência se resolve, para o perito, na exposição dos motivos reacionais das suas afirmações”.

recomendando-se a linguagem escrita e a faculdade de ler seus escritos ao prestar esclarecimentos oralmente.⁴²¹

Roxin relata jurisprudência do Tribunal Supremo Federal Alemão (*Bundesgerichtshof*), segundo a qual a força probatória do laudo pericial dependerá do tipo de fato que seja seu objeto. Separa os laudos em dois grupos: aqueles que tratam dos *hallazgos* (achados – tradução nossa), ou seja, “[...]aquellos que el perito puede descubrir únicamente debido a su conocimiento profesional[...]” e os denominados *hechos adicionales* (fatos adicionais – tradução nossa), ou seja, aqueles que dizem respeito às “[...]circunstancias reales en las que ocurrieron los hechos, sobre las que el perito tomó conocimiento, fuera del juicio oral, a través de personas informadas, pero no expertas”.

Segundo a jurisprudência do *Bundesgerichtshof*, só se pode tomar o laudo pericial por fundamento único da sentença, sem a necessidade de mais provas, quanto aos achados. Quanto aos fatos adicionais, estes só podem ser considerados com a declaração de quem os informou ao perito ou do próprio perito, como testemunha, inclusive prestando compromisso independente de dizer a verdade como testemunha.⁴²²

Questão umbilicalmente ligada à valoração da prova pericial é a da vinculação do magistrado ao laudo pericial. Dois sistemas podem ser delineados a esse respeito, quais sejam, o vinculatório e o liberatório. Enquanto aquele subordina o juiz à opinião do perito, este confere-lhe liberdade não só quanto à conveniência da perícia⁴²³ e quanto ao seu procedimento,⁴²⁴ como também quanto à sua avaliação propriamente.

⁴²¹ MALATESTA, *op. cit.*, p. 536-537. Ressalte-se, novamente, que o doutrinador italiano refere-se à perícia conforme regulada no direito de sua época, isto é, prova produzida em audiência, por declarações do perito.

⁴²² ROXIN, *op. cit.*, p. 244-245.

⁴²³ CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 177: “No que diz respeito à conveniência da perícia, o legislador brasileiro adotou um sistema de relativa liberdade ao juiz. Em regra, não está obrigado a determinar a realização da prova pericial, salvo em três hipóteses: I – quando for prova obrigatória, como nos crimes que deixam vestígios (CPP, art. 158); II – quando houver dúvida a respeito do estado mental do acusado (CPP, art. 149); e III – quando for admissível e tempestivamente requerida, pois se trata de um direito das partes”.

Malatesta defende que se o juiz, depois de avaliar o testemunho do perito, do ponto de vista do sujeito, da forma e do conteúdo, não se convencer de suas conclusões, pode afastar-se delas.⁴²⁵ Ressalta que, na dúvida, deverá recorrer a outras perícias e, persistindo a falta de convencimento, deve absolver o acusado. Não há nenhuma novidade no que vai dito, pois ao juiz é defeso pronunciar o *non liquet*, logo, havendo dúvida quanto à culpa do acusado deve o julgador valer-se do *in dubio pro reo*.

A legislação brasileira toma claro posicionamento no tocante à avaliação da prova pericial, declarando o artigo 182 do Código de Processo Penal⁴²⁶, que o juiz não está adstrito às conclusões do laudo, em conformidade com o próprio sistema de valoração da prova adotado por nós, qual seja, o do livre convencimento motivado. Tourinho Filho chega mesmo a dizer que a regra apontada é dispensável, na medida em que o ordenamento tenha adotado o sistema do livre convencimento.⁴²⁷

Inobstante essa falta de vinculação, é notório que, na prática, os juízes não costumam ignorar o laudo, sobretudo por falta de conhecimentos técnicos e outros subsídios.⁴²⁸ Como anotou Camargo Aranha, a justificação da perícia é a ordinária inaptidão do juiz para conhecer e avaliar determinados fatos que exigem um conhecimento especial. Assim, se o juiz desprezar a opinião do perito, infirmará a própria necessidade e natureza da perícia. Para ele, ainda que não haja vinculação, o julgador só pode rejeitar a perícia em casos de erro ou dolo.⁴²⁹

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 178: “No que diz respeito ao procedimento, a liberdade é maior, anotando-se apenas duas restrições: a presença do curador quando o exame de insanidade mental for positivo (CPP, art. 151) e sustação do processo para realização de exame de sanidade mental (CPP, art. 152)”.

⁴²⁵ Assim, “[...] seria absurdo pretender que ele se pronuncie em harmonia com a perícia e em contradição com a própria consciência.” MALATESTA, *op. cit.*, p. 539.

⁴²⁶ “Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.”

⁴²⁷ TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 257: “E não podia ser de outra forma, à vista do sistema do livre convencimento, que vigora entre nós. Por isso mesmo, seria até dispensável a regra do art. 182”. Camargo Aranha (*op. cit.*, p. 178) assim se manifesta: “[...] o julgador poderá aceitar ou não o resultado do exame, pois está acima do perito e a nossa legislação não adotou o sistema vinculatário. Tem aplicação o brocardo *judex est peritus peritorum*.”

⁴²⁸ Ao abordar o tema afirmam Ada Grinover e outros que: “[...] este, apesar de não estar vinculado às conclusões da perícia (art. 182, CPP), toma normalmente a prova técnico-científica como base de sua fundamentação, por não ser dotado de conhecimentos técnicos especializados.” GRINOVER; SCARANCA FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 173-174.

⁴²⁹ CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 178: “Como indubitavelmente demonstrado e sabido por todos nós, a perícia somente se justifica e é admissível quando a conclusão sobre determinado fato sujeito ou influenciador do julgamento exigir a manifestação opinativa de pessoa portadora de

No mesmo sentido, afirma Mittermaier, que, mesmo na presença do juiz, os peritos possuem conhecimentos especializados que não podem ser desprezados.⁴³⁰

Diversamente, em vista do sistema liberatório, anota Frederico Marques que mesmo os laudos periciais confeccionados por expertos não compromissados em juízo e juntados pelas partes (normalmente o acusado) – laudos extrajudiciais – que constituem mero parecer técnico, podem ser privilegiados na valoração das provas pelo juiz, em desprestígio do laudo pericial oficial.

Entretanto, não pode o juiz dar prevalência aos fatos afirmados e colhidos pelo perito extrajudicial, desprezando o que já foi obtido na instrução do processo.⁴³¹

4.4 Prova pericial: causalidade, probabilidade e estatística

A prova pericial é, eminentemente, uma prova estatística. A par de peremptória, tal afirmação merece considerações.

Causalidade não é um conceito eminentemente, ou melhor, exclusivamente jurídico.⁴³² É, pois, usado, e transita, por diversas áreas do saber humano, sem que se possa cogitar de uma causalidade científica geral e outra de

conhecimentos técnicos altamente especializados. Ora, se ao juiz, sob a ótica da lógica, da coerência, fosse possível contrapor sua opinião à do louvado, contrariando-a, emitindo um juízo de valor em oposição ao apresentado pelo perito, estaria desmentindo a própria natureza da perícia. Daí por que a nossa afirmativa de que, embora o julgador não esteja vinculado à perícia, somente pode rejeitá-la nos casos provados de erro ou dolo”.

⁴³⁰ Assim, “[...] só aos olhos dos peritos, ordinariamente, é que os fatos aparecem com clareza e em sua verdadeira natureza; e não pode deixar de referir-se às afirmações dos mesmos sobre a existência de caracteres, que só se revelam aos seus olhos mais práticos.” MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 152.

⁴³¹ Para ele: “As garantias do contraditório não permitem uma atuação dessa ordem, no exame da prova dos autos.” MARQUES, *op. cit.*, p.332.

⁴³² No direito pátrio, à guisa de exemplo, temos o artigo 186 do Código Civil, que vincula o dever de indenizar a quem causou dano a outrem. Cf. “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

índole jurídica.⁴³³ Assim, ela existe toda vez que a um fato anterior segue-se, necessariamente, outro posterior.

Obviamente, quando estamos diante de uma lei universal (p.ex. todo corpo solto a determinada altura, cai), podemos inferir que todos os fatos daí derivados, ou seja, com características específicas, tiveram como origem uma causa determinada. Logo, se o réu é acusado de empurrar a vítima do 10º andar, é óbvio que sua morte se deu em virtude da queda, mas isso não prova que ele a empurrou. Ou seja, isso não prova a causalidade. Na seara penal, como bem ressaltou Juarez Tavares, “[...]a única forma de causalidade jurídico-penalmente relevante é a que realiza um fato típico.”⁴³⁴ Igualmente, agora trabalhando em caráter mais geral, ainda que o cigarro cause câncer no pulmão, não é possível dizer que determinada pessoa teve a doença por causa do fumo. Mais uma vez, não se prova a relação de causa e efeito. Poder-se-ia argumentar que num grande número de casos o cigarro causa câncer. Aqui, estamos adentrando no terreno da probabilidade e dos estudos estatísticos.

Não raro, recorre-se à probabilidade e à estatística. Incrivelmente, diversas vezes extraem-se conclusões baseadas em estudos estatísticos, ou em máximas da experiência, para demonstrar a causalidade. Imagine-se que determinada pessoa foi agredida e vai a exame pericial. O perito, após o primeiro exame, manda que ela volte em 30 dias, para verificar a gravidade das lesões a fim de saber, por exemplo, se ela ficou impossibilitada de exercer suas funções por mais de 30 dias. Sem um exame criterioso, baseado no “dia-a-dia”, ou seja, em que lesões do tipo apresentado levam à incapacidade por longo período, “atesta” a gravidade das lesões. Será que essa probabilidade (médica) pode servir como prova

⁴³³ Com muita propriedade, Federico Stella esclarece: “Proseguendo l’indagine sulla ‘causalità generale’, scopriremo ora che la **contrapposizione** tra causalità ‘scientifica’ (le ‘prove’ delle scienza naturali) e causalità ‘giuridica’ (le ‘prove’ del processo penale) – su cui tanto insistono la giurisprudenza (sentenza sul talidomide, sentenza sul processo del legno) e una parte della dottrina tedesca (1) – semplicemente **non esiste**, giacché è la stessa scienza a riconoscere, apertamente e senza riserve, che la ‘causalità generale’ non consente di collegare i **singoli eventi lesivi** all’uso di o all’esposizione a sostanze tossiche: ‘non c’è alcuna possibilità di distinguere – dicono gli studiosi del ‘rischio chimico’ – tra i casi esposti, chi non si sarebbe ammalato in assenza di esposizione e chi, invece, si sarebbe ammalato (...) **egualmente**’.” (grifo do autor). Cf. STELLA, Federico. **Giustizia e Modernità**. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2003. p.291.

⁴³⁴ Cf. TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 29.

idônea? Será que o fato de “sempre” ocorrer dessa forma, enseja tal conclusão? Certamente, que não.

Outra questão, agora baseada em estudos epidemiológicos e bastante interessante, pode ser vislumbrada. Um número X de pessoas de uma vila alega que foi intoxicado por substâncias químicas, jogadas pela empresa Y , a qual ficaram expostas. Em juízo, produzem diversas provas, dentre elas, prova pericial. Apresentam, então, estudo comprobatório de sua alegação, ou seja, de que a exposição àquela substância provava intoxicação. Em tal estudo, um grupo ($X+X^n$) de pessoas foi examinado e concluiu-se que a exposição a tal substância os intoxicou. Como saber, que o mesmo ocorreu com os moradores da vila? Será que isso prova causalidade? Ou seja, será que a intoxicação adveio da exposição às tais substâncias lançadas pela empresa Y ? Note-se que o grupo é menor, ou seja, a intoxicação pode ser verdade para $X+X^n$, mas não para X . Diga-se de passagem, até a metodologia, bem como os percentuais do estudo, haveriam de variar em razão do diferente número de pessoas estudado. Aliás, o que teria acontecido aos outros moradores da vila que não se intoxicaram? Tal prova pericial, baseada em estatística frágil e não no que Jasanoff chamou de “*significativtà statistica*”, pode ser aceita como absoluta? Logo, a resposta nos parece ser no sentido de que não está provada a relação causal entre os fatos.⁴³⁵ Acresça-se a isso, na feliz lembrança da mesma Sheila Jasanoff, que fatores outros podem ter causado a intoxicação.⁴³⁶

⁴³⁵ Jasanoff, em lição que vem ao encontro da nossa, e após ressaltar a liberdade no exame de qualquer material probatório, aduz: “Il caso presentato dall’attore è solitamente costruito aggregando diversi tipi di prove, nessuno dei quali sarebbe da solo decisivo. Gli studi epidemiologici sono, in generale, i più utili perchè si concentrano sui danni alla salute della popolazione. Essi però risultano spesso inaffidabili, o di difficile interpretazione, a causa di vizi metodologici. Uno dei vizi più comuni della ricerca epidemiológica è la ristretta dimensione numerica dei gruppi di popolazione scelti per lo studio, talvolta insufficiente a rilevare una correlazione effettivamente esistente, anche se rara, tra l’esposizione ad una data sostanza chimica e l’insorgere di una patologia.” E, a seguir, formula o seguinte exemplo: “Se, per esempio, l’esposizione ad una sostanza chimica provoca un caso addizionale di cancro ogni 1000 persone, uno studio su un campione di 100 persone probabilmente non rileverà la correlazione. Tali studi, secondo la terminologia in uso, non hanno la “significativtà statistica” sufficiente a dimostrare la veridictà di un’affermazione causale in tema di effetti sulla salute di una determinata sostanza chimica.” Cf. JASANOFF, Sheila. **La Scienza Davanti Al Giudici**. Tradução de Marta Graziadei. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p.209.

⁴³⁶ “Gli studi epi epidemiologici possono riverlarsi non decisivi anche nei casi in cui hanno individuato una correlazione significativa tra l’esposizione chimica e la patologia, a causa di difetti quali l’aver trascurato altri fattori di disturbo, vale a dire fattori diversi dall’esposizione alla sostanza chimica incriminata, suscettibili di produrre in ugual modo gli effetti osservati.” *Ibid.*, p. 210.

Deve-se ter em mente que a maior probabilidade da ocorrência de um fato do que de outro, não impede o surgimento da hipótese contrária, ou seja, que o fato de menor probabilidade tenha ocorrido.⁴³⁷ Assim, probabilidades associadas a estudos estatísticos não servem para provar a causalidade.⁴³⁸

Entretanto, não se pode negar valia a essa espécie de causalidade calcada nas probabilidades, até porque pode servir como importante meio de prova no que concerne à culpabilidade. Importa repisar que não é qualquer probabilidade que não deve ser aceita.⁴³⁹ Um exame de DNA (realizado com condições, aparelhagem e médicos tecnicamente preparados)⁴⁴⁰, onde a probabilidade beira os cem por cento (100%) pode, e deve, ser visto como importante meio de prova da causalidade fática.⁴⁴¹ Igualmente, a identificação datiloscópica baseia-se em

⁴³⁷ Isso já foi notado por Maria Lúcia Karan, ao afirmar que: “[...] quando se trabalha com probabilidades, se está, implicitamente, admitindo uma possibilidade da realidade ter tido um contorno diverso.” Cf. KARAN, Maria Lúcia. Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 35, p. 55-73, jul./set. 2001. p.62.

⁴³⁸ No sentido do texto Federico Stella (*op. cit.*, p. 294), *in verbis*: “La causalità generale secondo l’epidemiologia. – Entrerò subito in medias res, spiegando – per iniziare – le ragioni per le quali la causalità generale di cui parla l’epidemiologia, cioè la scienza da tutti considerata come il fondamento della valutazione del rischio chimico, non può essere utilizzata per stabilire la causalità individuale.”

⁴³⁹ Diversas teorias procuraram robustecer, depurar e objetivar a idéia da causalidade probabilística quantitativa. Além da Evidentiary Value Model, talvez a mais famosa delas seja a bayesiana. Como bem salienta Taruffo (*op. cit.*, p. 195): “La teoría bayesiana no es, en realidad, una doctrina de la prueba; es un método de cálculo sobre la base del cual, frente a la necesidad de valorar la aceptabilidad de la hipótesis sobre el hecho X, se establece la probable frecuencia de X dentro de una clase determinada de eventos, teniendo en cuenta la distribución precedente de los X en esa clase. El teorema de Bayes permite atribuir a esa frecuencia probable un valor numérico fraccionario comprendido entre 0 y 1: este valor representa el grado de convencimiento racional sobre X.”

⁴⁴⁰ O professor Leonardo Greco nos dá notícia de que inúmeros exames de DNA são feitos sem método apropriado, conduzindo a possíveis erros: “Em recente artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, Luiz Fernando Jobim, professor de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, denunciou a inobservância do método apropriado em inúmeros exames de DNA realizados no Brasil e possíveis erros em seus resultados.” Cf. GRECO, A prova no Processo Civil: Do Código de 1973 ao Novo Código. In: Estudos..., *op. cit.*, p. 390.

⁴⁴¹ É certo que alguns autores são contrários a esse critério matemático, mesmo com probabilidades altas. Cf. IACOVIELLO, Francesco Mauro. **La Motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione**. Milano: Giuffrè Editore, 1997. p.122. Em sentido diverso, não negando por completo o uso da prova estatística, mas sua generalização, Taruffo (*op. cit.*, p. 221-222) salienta, para depois advertir, que: “La prueba estadística o, más general, el empleo de probabilidades estadísticas a efectos probatorios tiene, pues, un papel importante que cresce con la extensión del uso de metodologías científicas em sectores probatorios específicos. Pero parece excesivo sostener que ésa se a o vaya a ser el tipo de prueba prevaleciente si se tiene en cuenta que sólo en determinadas condiciones es utilizable correctamente el dato estadístico y resulta apto para producir resultados realmente significativos. Así pues, parece infundada cualquier tesis que pretenda generalizar el empleo de las frecuencias estadísticas hasta convertirlas en una especie de modelo general de prueba, por las razones, ya mencionadas, que se oponen al uso generalizado de modelos probabilísticos de tipo cuantitativo.”

métodos probabilísticos, pois a probabilidade de que duas pessoas possuam doze pontos iguais em cada dedo é baixíssima.

Outra construção que pode ser alvitada na busca da valoração da prova, notadamente da prova pericial, é a da probabilidade lógica.⁴⁴² Ainda que mais atraente, pois o grau de probabilidade é medido não por bases numéricas (matemáticas), mas pelo grau de sustentação que os elementos de confirmação fornecem à hipótese, não se resolve o problema da causalidade.

Assim, nos parece corretíssima a afirmação de Gian Antonio Micheli e Michele Taruffo no sentido de que é preciso

[...] distinguir-se os casos em que a ciência não chega a estabelecer uma prova suficientemente crível, e os casos em que seu resultado tem, necessariamente, a forma de percentagem. Nos primeiros casos, a incerteza da ciência implica um obstáculo à utilização da prova; nos segundos, pode ser utilizada se a certeza existe sobre a possibilidade dos fatos que elas demonstram.⁴⁴³

Contudo, em linha de princípio, não se pode abandonar a prova da causalidade no que pertine aos fatos. Isso, pois, do contrário, os direitos e as garantias, tão caras ao Estado Democrático de Direito, também seriam abandonadas.

4.5 O paradigma nacional: nas pegadas da solução

Percebemos que nossa legislação até confere poderes ao juiz para discordar das conclusões do perito (artigo 182 do Código de Processo Penal).

⁴⁴² TARUFFO, *op. cit.*, p. 223-228.

⁴⁴³ MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A prova. Tradução de Teresa Celina de Arruda Alvim. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 16, p. 155-168, out./dez. 1979. p.164.

Entretanto, na prática, isso se lhe afigura impossível. Nesse sentido, podemos identificar alguns problemas que nos fazem repensar a sistemática da prova pericial.

A elaboração de laudos pouco claros, com palavras vazias e apoiados em pretensa literatura técnico-científica, ou, não raro, em meras observações, destituídas de zelo e carentes de embasamento científico, comprometem sobremaneira suas conclusões. Tais, muitas vezes, são ininteligíveis. Com efeito, ainda que não se faça uma demonstração empírica nesta tese, os que atuam na área criminal, e estão acostumados aos laudos elaborados por peritos oficiais, não se surpreendem com a afirmação do texto. Por óbvio, não esquecemos que a completa penúria dos órgãos estatais incumbidos de tal *mister* é mais um fator a impulsionar a pouca clareza dos laudos.

Identificado o problema, pode-se desmembrá-lo em dois aspectos, todos a serem permeados pelo contraditório.

O primeiro, de índole objetiva, diz respeito aos critérios técnico-científicos a serem observados quando da feitura da prova. Como já dissemos alhures, o conhecimento deve ser explicável e explicado. É preciso que esteja ao alcance de todos, o que por óbvio não exclui peculiaridades só percebidas por especialistas. O que não se pode admitir é que a pseudociência domine o tema, e que o perito seja visto como alguém de saber quase divino. Assim, os critérios que o levaram a chegar a determinada conclusão não podem convencer só a ele. Visando aclarar a questão, iremos nos valer do direito norte-americano. Isso porque o *Daubert case* pode nos guiar a uma solução. Tratando especificamente do direito norte-americano, Barbosa Moreira faz importante advertência no sentido de que não se deve transplantar, de modo acrítico, uma idéia (ou instituto jurídico) estrangeira para um dado ordenamento (no caso o brasileiro). É preciso verificar a compatibilidade, agregando o maior número possível de informações no país de origem, visando evitar rejeição. Entretanto, o mesmo processualista aduz que uma postura isolacionista é inviável.⁴⁴⁴ Na tese, mormente em razão da diferença,

⁴⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, Temas..., 7. série, *op. cit.*, p.157.

explicitada por Damaska⁴⁴⁵, entre a *common law* e a *civil law*, no que tange à matéria probatória, a questão não passará em branco.

O segundo aspecto, de índole subjetiva, diz respeito à vinculação do perito com órgãos oficiais do Estado, sem nenhum outro *expert* para contestar seu trabalho em “igualdade de armas”. Some-se a isso a presunção de veracidade e legitimidade de seu laudo que, em última análise, é um ato administrativo. Está, pois, formada a equação nefasta, cujo resultado é um laudo com “validade absoluta” que, não raro, vem “apoiado” em conhecimentos científicos de caráter duvidoso. Aqui, após breve incursão no direito comparado, mostraremos o modelo que se nos afigura correto.

⁴⁴⁵ “Notoriamente differenti sono le modalità di assunzione delle prove e di svolgimento delle difese nei due sistemi: [...]” Cf. DAMASKA, Mirjan R.. **I volti della giustizia e del potere**. Tradução de Andrea Giussani e Fabio Rota. Bologna: Società editrice il Mulino. 1991. p.28.

5 PROPOSTA DE SOLUÇÃO

5.1 Aspecto objetivo: A jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana

5.1.1 A denominada *relevant evidence*

É possível afirmar que nos EUA há cinquenta e dois sistemas de justiça criminal, a saber: cinquenta dos estados-membros, o da União e o do Distrito de Columbia. Conseqüentemente, há cinquenta e duas fontes de procedimento penal, se levarmos em conta que cada estado possui seu próprio Código.⁴⁴⁶ Em se tratando de crime federal, o diploma processual básico que regula a matéria são as chamadas *Federal Rules of Criminal Procedure*. Ao lado delas, há uma codificação independente, que serve tanto ao processo civil, quanto ao penal, chamada de *Federal Rules of Evidence*, promulgada em 1975.⁴⁴⁷ O diploma serviu de inspiração a vários estados da federação⁴⁴⁸ e elenca normas sobre direito probatório. Interessante mencionar que, diferentemente do Brasil, os professores de Direito Processual (penal e civil) não lecionam direito probatório. Há uma cadeira específica para a disciplina.

São, pois, com as *Federal Rules of Evidence* (F.R.E) que trabalharemos. Entretanto, antes de examinar as pertinentes à prova científica

⁴⁴⁶ “Under the American version of federalism, the federal (i.e., national) government and each of the fifty states has independent authority to enact criminal codes applicable within the territorial reach of its legislative powers. Each also has the authority to enforce those criminal laws through its own criminal justice agencies and its own laws of criminal procedure. Thus, we have, in many respects, fifty-one different criminal justice processes in this country, one for each of the states and one for the federal government. A fifty-second jurisdiction is provided by Congress’ decision to treat separately the District of Columbia, creating for it a separate criminal code and a separate criminal justice process that stands apart from the federal criminal law and process applied in the federal district courts spread throughout the states.” Cf. LAFAVE, Wayne R., ISRAEL, Jerold H., KING, Nancy J.. **Criminal Procedure**. Fourth Edition. Hornbook Series, Thomson West. 2004. p. 3-4.

⁴⁴⁷ “Various attempts to codify evidence law were defeated by apathy and procedural conservatism, until the enactment of the Federal Rules of Evidence in 1975.” Cf. PARK, Roger C.; LEONARD, David P.; GOLDBERG, Steven H. **Evidence Law**. A Student’s Guide to the Law of Evidence as Applied in American Trials. 2. ed. Thomson West, 2004. p.10.

⁴⁴⁸ “Most jurisdictions have now codified their common law of evidence, and most of codifications are similar in organization and substance to the Federal Rules of Evidence.” *Ibid.*, p.10.

(F.R.E. n. 701/706), faz-se necessário um exame das regras atinentes à relevância das provas em geral no modelo norte-americano. Isso porque a prova científica há de subsumir-se aos critérios gerais do direito probatório (F.R.E. n. 401/415). É importante ressaltar que não se fará um exame aprofundado das questões de relevância, admissibilidade ou, ainda, de exclusão da prova. Tal tema, por demais complexo, exigiria estudo minucioso que foge ao escopo da tese. Assim, nosso estudo limitar-se-á ao necessário à compreensão do tema.

Com efeito, a idéia consubstanciada na regra federal de número 401, pertinente à relevância da prova, fornece um conceito do que seja *relevant evidence*. Assim, pode-se dizer que prova relevante é (significa) qualquer prova que faça a existência de um fato relacionado com algum processo mais provável ou menos provável.

Não se trata, inobstante a simplicidade da redação, de regra facilmente compreensível. Note-se que a norma é vaga⁴⁴⁹, deixando, como sempre, à jurisprudência a tarefa de cunhar seus contornos.

Já as *rules* 402 e 403 aduzem que as provas relevantes devem ser admitidas e as irrelevantes não. É importante ressaltar que nem toda prova tida como relevante será admitida no julgamento. Por vezes, uma prova pode ser relevante (de acordo com a *rule* 401), mas não ser admitida pelo juiz, ou seja, não se permite que os jurados dela conheçam (exemplo clássico é a da busca e apreensão sem mandado). Tal prova é, pois, excluída do processo.⁴⁵⁰ Não se desconhece o expressivo poder que gozam os juízes cujos ordenamentos filiam-se à família da *civil*

⁴⁴⁹ No sentido do texto, confira-se PARK; LEONARD; GOLDBERG, *op.cit.*, p.129, onde se lê: "Rule 401 adopts a very broad concept of relevancy."

⁴⁵⁰ Essa garantia encontra suporte, basicamente, na 4ª emenda ("The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized."). Vale mencionar que nos EUA, surgiu na Suprema Corte, no caso *Boyd v. United States* (1886), a primeira notícia de um julgado que tornou inadmissível certa categoria de prova. Entretanto, foi em *Weeks v. United States* (1914), que se cunhou a expressão *exclusionary rule of evidence* ou, simplesmente, *exclusionary rule* (regra de exclusão). Cumpre acrescentar, que a idéia da *exclusionary rule* não é uma unanimidade doutrinária, confira-se, a propósito, AMAR, Akhil Reed. **The Constitution and criminal procedure: first principles**. New Haven – London: Yale University Press, 1997, p. 1-40. Para uma visão mais recente das decisões da Suprema Corte acerca da matéria, confira-se ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale *et al.* **Criminal Procedure and the Constitution**. St. Paul: West Publishing Co., 2005, p. 55-81.

law, diversamente dos da *common law*.⁴⁵¹ Mas, isso não infirma, nesse aspecto, o que está escrito no texto, pois o fato é que provas irrelevantes, inúteis, desnecessárias, somente aproveitam a quem quer usar o processo com fins espúrios. Ou seja, permitem a quem não tem razão procrastinar o feito, fazendo com que o detentor de uma posição jurídica de vantagem não possa fruir seu direito.

Vê-se, pois, que a prova há de ser relevante para o deslinde da causa, devendo ser, então, admitida. Poder-se-ia argumentar que uma forte carga de subjetivismo permearia a idéia de relevância na admissibilidade da prova.⁴⁵² Entretanto, os mecanismos de controle jurisdicional, com a possibilidade de interposição de recursos, amenizariam possível erro cometido.

5.1.2 Estudo dos principais casos

Não é da tradição de nosso direito o estudo de casos (ou *cases*). Aliás, trata-se de uma peculiaridade dos ordenamentos alinhados a *civil law*, mormente pela influência recebida da Europa continental. A busca, a qualquer custo, de uma segurança jurídica, fruto de um racionalismo irracional que pretendeu valer-se da metodologia das ciências ditas exatas, engessou o estudo dos casos, preocupando-se por demais com a norma⁴⁵³, como se a mesma fosse um fim em si mesma. Desprezou-se o fato, relegando-o a algo de somenos importância. No Brasil esse é o

⁴⁵¹ O panorama está mudando. O direito americano já possui meios de ensejar um incremento dos poderes instrutórios do juiz e o direito inglês, com o advento do Código de Processo Civil (1999), deu grande passo nesse sentido.

⁴⁵² Em nosso ordenamento, na conformidade do artigo 130 do Código de Processo Civil, o juiz não deve permitir que provas desnecessárias ou inúteis (em suma as provas irrelevantes) sejam carreadas para o processo. Nota-se, igualmente, um quê de subjetivismo, pois o que é irrelevante para um juiz, pode não ser para outro.

⁴⁵³ No sentido do texto confira-se Ovídio Baptista da Silva: "A busca de segurança jurídica que o racionalismo pretendeu obter através da utilização da metodologia das ciências da natureza ou da matemática – origem do normativismo moderno – fez com que a doutrina e o ensino universitário suprimissem o estudo de 'casos', preocupando-se, tanto nos manuais quanto na docência universitária, apenas com a 'norma', com eliminação do 'fato'. A separação entre 'direito' e 'fato', inspirada nos dois mundos Kantianos, o mundo do ser e o do dever ser, que deita raízes no racionalismo dos filósofos do século XVII, permanece intocada na doutrina contemporânea, mesmo que ninguém tenha dúvida de que o Direito, como ciência da compreensão, exista no 'fato', hermeneuticamente interpretado." BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 36.

cenário. Contudo, cumpre assinalar que com o advento da emenda constitucional n. 45/04, instituindo a chamada súmula vinculante, é provável que o estudo de casos torne-se mais freqüente.

Não se pode negar, contudo, que o estudo do direito comparado fornece importantes subsídios para que possamos aprimorar nosso ordenamento.⁴⁵⁴ No caso do direito norte-americano, a jurisprudência exerce preponderante influência na formação do tecido jurídico. Sendo assim, o estudo dos casos (*cases*) mais significativos, em sua maioria apreciados pela Suprema Corte, torna-se imperioso.

A partir dos anos sessenta, a Suprema Corte Americana empreendeu uma verdadeira revolução no processo penal. A incorporação das garantias contidas no *Bill of Rights*, consubstanciadas nas dez primeiras emendas à Constituição americana, valorizou, indiscutivelmente, os direitos individuais. Mas, sua força, nas décadas subseqüentes, irradiou-se para diversos setores, revigorando a forma do “*due process of law*” em seu viés substantivo.

A supremacia da Constituição⁴⁵⁵, interpretada pela Suprema Corte, serviu de fio condutor para uma verdadeira constitucionalização do processo penal federal e o dos estados.⁴⁵⁶ Não obstante cada estado americano tenha seu próprio código penal e de processo penal, as *Federal Rules of Criminal Procedure*, que regulam o processo penal no âmbito federal, representam uma espécie de modelo aos códigos estaduais. Assim, a “*constitutional regulation of the criminal justice process*”, disseminou-se no ordenamento americano.

⁴⁵⁴ Não que se esteja esquecendo a lição de Barbosa Moreira que alerta para o perigo de importações açodadas. Propõe, pois, “[...] a aferição escrupulosa da compatibilidade entre o enxerto pretendido e a compleição do organismo que o vai acolher”. BARBOSA MOREIRA, *Temas...*, 7. série, *op. cit.*, p.157.

⁴⁵⁵ Nas palavras de Samaha: “In other words, the U.S. Constitution is the final authority in criminal procedure” Cf. SAMAHA, Joel. **Criminal Procedure**. Sixth Edition. Minnesota: Thomson Wadsworth, 2005. p.28.

⁴⁵⁶ A propósito, assim se manifesta a doutrina norte-americana: “The inclusion of the above guarantees in the Bil of Rights created a potencial for extensive constitucional regulation of the nation’s criminal justice processes, but two important doctrinal developments were required before that potencial could be realized. First, those guarantees had to be made applicable in large part to the state proceedings and not simply to federal criminal proceedings.” Cf. LAFAVE, Wayne R., ISRAEL, Jerold H., KING, Nancy J.. **Criminal Procedure**. Fourth Edition. Hornbook Series, Thomson West. 2004, p.45. Veja-se, também, a opinião de Samaha (*op. cit.*, p. 28): “All courts can interpret the Constitution, but the U.S. Supreme Court has the last word; its decisions bind all other courts, legislatures, executives, and criminal justice officials.”

No que concerne ao direito probatório, a Suprema Corte também esteve presente interpretando as *Federal Rules of Evidence* e fixando entendimentos cuja força foi sentida nas cortes estaduais. Interessa-nos, precisamente, aquelas pertinentes à prova pericial, incluindo-se aí as declarações do perito. Nesse sentido, vale ressaltar o nosso artigo 421, § 2º do Código de Processo Civil, que em notória importação do sistema da *common law*, introduziu a perícia por declarações orais. Contudo, como bem salientou Leonardo Greco, tal não prosperou.⁴⁵⁷

Visando acompanhar a evolução da matéria, proveniente dos julgados da Suprema Corte, quatro casos serão analisados, a saber: *Frye v. United States*, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, *General Electric v. Joiner* e, por fim, *Kumho v. Carmichael*. Os casos não foram escolhidos aleatoriamente. Tais representam uma mudança de paradigma no trato das questões atinentes à prova científica e, inclusive, quanto ao que seja considerado um conhecimento científico. Isso foi sentido a partir da primeira metade do século XX, pois, anteriormente, não havia preocupação em cunhar uma teoria sobre o assunto.⁴⁵⁸

É, entretanto, indubitável, que o chamado *Daubert case* constitui um marco, na medida em que desencadeou intensos debates sobre o controle judicial da chamada prova científica. Revelou-se, pois, verdadeiro corte epistemológico. Na análise que se segue, mostraremos as particularidades de cada decisão.

⁴⁵⁷ São essas as palavras do mestre: “A introdução da perícia por depoimento oral (CPC, art. 421, § 2º), parcial importação do sistema da *common law*, não vingou. Não é da nossa tradição.” GRECO, A prova no Processo Civil: Do Código de 1973 ao Novo Código. In: Estudos..., *op. cit.*, p. 388.

⁴⁵⁸ A propósito confira-se KIELY, Terrence F. **Forensic evidence: science and the criminal law**. EUA: CRC Press LLC, 2000. p. 10: “An examination of judicial materials from 1798 until 1800s teaches that the question of what was or was not ‘science’ or reputable developments in science was of concern only to those who were indeed engaged in scientific endeavors. There was no pressure or perceived need on the part of the legal system, with respect to court activity, to utilize or forge an overarching theory of what was or was not science. The key factor was the solidity of the foundation for the expertise of the witness herself, not directly the reliability of general acceptability of any methodology utilized. In fact, it was not until 1923 in the case of *Frye v. United States*,¹⁹ that the question was formally addressed by the courts. Even after the *Frye* decision, it was not until 70 years later that the U.S. Supreme Court returned to the issue.”

5.1.2.1 *Frye v. United States*

O caso, 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.

O réu foi condenado por homicídio qualificado. No curso do julgamento, seu advogado requereu o testemunho de um perito para que o mesmo depusesse sobre o resultado do teste feito pelo réu (*systolic blood pressure*). Alegava-se que variações na pressão sanguínea poderiam ser causadas por mudanças emocionais, oriundas de impulsos nervosos, enviados pelo sistema nervoso central que é autônomo, ou seja, não controlável. Sustentava-se, ainda com base em experimentos científicos, que sentimentos como o medo, a raiva, a dor, alterariam a pressão sanguínea. O mesmo se daria no tocante a submissão de uma testemunha ao teste (ou do acusado) que estaria sob forte emoção (mais precisamente com medo diante do exame). Assim, o resultado poderia não corresponder à verdade, ou seja, poderia haver variação de pressão sem que isso correspondesse, obrigatoriamente, a uma idéia de culpa.

A proposta do réu (ou melhor, do seu advogado) foi negada. O advogado pediu, então, que o teste fosse feito numa testemunha, na presença dos jurados. O que foi igualmente negado.

A defesa queria uma discussão maior sobre a metodologia aplicada, ou melhor, sobre a máquina que realizava o teste, e não uma simples submissão a algo tido como científico. Pleiteava-se uma explicação convincente, ou ao menos verificável, do exame.

Em verdade, o que se viu foi uma espécie de covardia do judiciário americano, que preferiu manter uma postura de pseudoneutralidade (como se isso fosse possível em qualquer ciência), não discutindo a questão e tomando como

verdade científica algo ainda experimental, ou pelo menos discutível do ponto de vista da ciência. Emprestou-se caráter absoluto a uma técnica.⁴⁵⁹

A Corte decidiu, enfim, 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.⁴⁶⁰ A regra da *general acceptability*, nascida no caso *Frye*, perdurou por setenta anos até que o *Daubert case* (1993) mudasse o paradigma das questões atinentes à prova científica, ou melhor, à sua cega admissibilidade.

5.1.2.2 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*

Indiscutivelmente, o *Daubert case* representa significativa mudança paradigmática no que tange à prova científica. Com efeito, após setenta anos tendo o caso *Frye* como *standard*, a Suprema Corte reinterpretou as *Federal Rules of Evidence*, inserindo critérios ensejadores de maior controle de tal prova. Assim, mitigou-se a idéia de que o perito era dono de um saber intangível. Isso, sem dúvida alguma, condiz com uma sociedade cada vez mais informada, mormente pela mídia, e que não aceita soluções inexplicáveis. E, mais, está em notória correspondência com o moderno conceito de ciência. É certo que há determinados tecnicismos, e isso ocorre em qualquer ciência, ininteligíveis ao leigo, mas é preciso que se tenha um mínimo de entendimento acerca das conclusões da perícia.

Eis, em linhas gerais, a causa.

⁴⁵⁹ É certo que o próprio Juiz Van Orsdel, em seu voto, admitiu que há uma zona cinzenta entre técnicas experimentais e as já demonstradas: "Somewhere in this twilight zone, the court continued, the evidential force of the principle must be recognized, and while courts will go a long way in admitting expert testimony deduced from a well-recognized scientific principle or discovery, the thing from which the deduction is made must be sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs. We think the systolic blood pressure deception test has not yet gained such standing and scientific recognition among physiological and psychological authorities as would justify the courts in admitting expert testimony deduced from discovery, development, and experiments thus far made." Cf. *Frye v. United States*, 54 App.D.C. 47 293 F.1014 (1923). Mas, isso não fez com que o caso fosse revisto.

⁴⁶⁰ KIELY, *op.cit.*, p.12.

Os autores (*petitioners*), dois menores de idade (Jason Daubert e Eric Schuller), representados por seus pais, alegaram terem nascido com sérios defeitos (deformidades) decorrentes da ingestão, por sua mãe, de um medicamento anti-náusea, de nome Bendectin, fabricado pela ré (a empresa *Merrell Dow Pharmaceuticals*).

Após a *discovery*, a ré alegou que o Bendectin não causaria defeito algum (*birth defects in human*) e que os autores não tinham nenhuma prova que sustentasse suas pretensões. A tese defensiva da empresa, Merrell Dow Pharmaceuticals, veio embasada no testemunho⁴⁶¹ do Dr. Steven H. Lamm.

O médico epidemiologista, com larga experiência no que concerne à exposição de variegadas substâncias químicas, afirmou que, após rever todas as trinta publicações, envolvendo mais de cento e trinta 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*).⁴⁶² 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 (Bendectin) similares a outras substâncias conhecidas, sendo certo que tais causavam defeitos em crianças.

A corte distrital, citando o caso Frye como precedente, entendeu que as provas (*evidence*) trazidas pelos autores não eram capazes de infirmar o

⁴⁶¹ A rigor, não se trata de um testemunho nos moldes do que conhecemos. O nome correto para as declarações a que aludimos é *affidavit* que significa declaração jurada, depoimento juramentado, ou, ainda, atestado.

⁴⁶² À guisa de exemplo, dois dos peritos que opinaram foram: Shanna Helen Swan, mestre em bioestatística pela Universidade de Columbia e doutora em estatística pela Universidade de Berkeley, além, dentre outros títulos, de consultora da Food and Drug Administration e Stewart A. Newman, mestre em química pela Universidade de Columbia e doutor, também em química, pela Universidade de Chicago, além de professor do New York Medical College.

standard oriundo do *leading case Frye*. Isso porque a conclusão apresentada pela empresa ré estava lastreada na aceitação geral da comunidade científica.

Igualmente, a *U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit* (que foi a corte de apelação) seguiu o mesmo caminho, citando, inclusive, outras cortes de apelação que, instadas sobre a potencialidade lesiva do Bendectin, não aceitaram re-análises dos estudos. Demais disso, salientaram o peso do trabalho apresentado pela *Merrell Dow Pharmaceuticals*.

Mas, o panorama começou a mudar.

Instada a se manifestar, a Suprema Corte começou por salientar que há setenta anos, ou seja, desde o caso *Frye*, a regra da “*general acceptance*” domina, nas cortes do país, os critérios de admissibilidade de novas provas científicas, inobstante, severas e crescentes críticas.

Anotou a Suprema Corte que a discussão deveria ater-se à interpretação das *Federal Rules of Evidence* dali para frente e não discutir uma decisão de setenta anos atrás. O suporte teórico advém das *rules* 401 e 402, que, conjugadas com a *rule* 702, possibilitariam uma revisão da questão atinente à prova científica e ao depoimento do perito. Assim, concluíram 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 prova científica, caberá à corte determinar sobre a questão a ser examinada pelo perito, bem como sua qualificação no que toca a seu saber científico. Além disso, deve-se verificar se o saber é adequado para o fato a ser examinado.

Há, ainda, outras considerações a serem extraídas do caso, verdadeiro *leading case*. Assim, 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 testar sua exatidão; iiiii) há margem de erro; iiiiii) o método é aceito por considerável parcela da comunidade científica (*general acceptance*), onde conceitos similares são estudados e usados.

A rigor, a Suprema Corte, interpretando as *Federal Rules of Evidence* e rejeitando o *Frye test*, tratou a chamada aceitação geral da comunidade científica como mais um critério a ser analisado e não como o único ou essencial.⁴⁶³

5.1.2.3 *General Electric v. Joiner*

Robert Joiner trabalhava como eletricista na *Water & Light Department of Thomasville*, empresa situada na Geórgia, desde 1973. Seu trabalho o obrigava a ficar em contato com transformadores elétricos que usavam um fluido contendo componentes minerais. Cumpre acrescentar que, além da exposição de suas mãos e braços, não raro o fluido entrava em contato com seus olhos e boca.

Em 1983, portanto após dez anos de trabalho, descobriu-se que o fluido de alguns transformadores estavam contaminados com PCBs (substância tóxica e perigosa). O perigo para saúde humana era de tal ordem que o Congresso, salvo raras exceções, proibira sua produção e venda desde 1978.

Acometido de câncer no pulmão, Robert atribuiu a causa de sua doença à exposição aos PCBs e seus derivados. Trouxe à baila o depoimento de diversos *experts*. A defesa, por sua vez, alegou que estes basearam suas conclusões em especulações, mostrando, inclusive, a ausência de um estudo

⁴⁶³ Assim, podemos concluir com Kiely (*op.cit.*,p.14): “The Daubert relevancy standard simply means that the scientific information that a party seeks to introduce into evidence has the ability to make some fact that is of consequence to the action more probable or less probable than it would be without it.”

epidemiológico sério. Além disso, considerou tais estudos desconexos e realizados, tão-somente, em laboratório com animais.

A corte concordou com a ré, no sentido de que os estudos com animais não seriam aptos a corroborar a tese de correlação entre a exposição aos PCBs e o câncer. Demais disso, os peritos não conseguiram estabelecer uma relação de causa e efeito.

O caso trouxe mais uma vez à tona, a dificuldade do Judiciário em lidar com a evolução científica, com a inserção de novas técnicas, por vezes complexas, com o valor a ser emprestado ao testemunho do perito. A particularidade de cada caso (lembramos que os seres humanos são diferentes entre si, respondendo, portanto, de maneiras diferentes aos estímulos, inclusive no que tange a substâncias estranhas ao seu organismo) esbarra em genéricos exames laboratoriais, insuficientes, ou pelo menos questionáveis, quando do estabelecimento da relação entre a causa do mal e seu efeito.

A decisão ora comentada reconheceu os méritos do *Daubert case*, uma vez que os esforços e a cooperação da comunidade científica no desempenho da atuação jurisdicional são bem-vindos. Entretanto não levou em conta o que fora apresentado por Robert Joiner.

Vimos, claramente, uma expansão dos poderes da Justiça no que concerne à admissibilidade e validade da prova científica. As cortes, na opinião de Kiely e do juiz Breyer, que atuou no caso, continuavam como *gatekeepers*.⁴⁶⁴

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 15.

5.1.2.4 *Kumho Tire v. Carmichael*

Trata-se do último grande caso, decidido pela Suprema Corte, na linha *Frye x Daubert*, julgado em 1999.

O pneu de um carro, em verdade uma “minivan”, estourou, causando, não só lesões, mas também a morte dos ocupantes.

O perito (de nome *Carlson*), contratado pelos autores, concluiu que havia um defeito de fabricação no pneu, isso teria sido a causa de seu estouro, causador do acidente que vitimou os ocupantes do veículo. A conclusão foi baseada em vários fatores, incluindo exame pessoal da peça. Para Carlson o pneu, por defeito de fabricação, não suportou e rompeu-se.⁴⁶⁵

A empresa ré (de nome *Kumho Tire*) alegou que o testemunho do perito, incluindo a metodologia empregada, não estava de acordo com os moldes adotados desde o *Daubert case*.

No julgamento reafirmou-se o entendimento de que o juiz é o guardião (*gatekeeper*) no que toca à admissibilidade das provas, inclusive as ditas científicas. Reafirmou-se, outrossim, que o modelo inaugurado no *Daubert case* era apto a guiar o entendimento no que concerne à prova científica.

Entretanto, a discussão da causa tomou outros rumos. Baseado na diferença entre conhecimento técnico (*specialized knowledge*), ainda que sustentado por especialistas, no caso um engenheiro, e conhecimento científico, entenderam que o depoimento do perito não ensejava a responsabilização da fábrica pelo

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p.16: “Carlson concluded that the tire did not bear at least two of the four ‘overdeflection symptoms’, nor was there any less obvious cause of separation; and since neither overdeflection nor the punctures caused the blowout, he surmised that either a manufacturing or design defect caused the separation.”

estouro do pneu. Além disso, as conclusões não se encontravam embasadas em escritos científicos.⁴⁶⁶

5.1.3 Síntese do aspecto objetivo

Cumpre salientar que não concordamos com Federico Stella, uma vez que não vislumbramos diferenças significativas no que toca a prova científica (bem como à prova em seu aspecto geral) em matéria cível ou penal.⁴⁶⁷ Assim, o paradigma construído no caso *Daubert* é inteiramente aplicável ao processo penal.

Demais disso, é preciso esclarecer que não elegemos o *Daubert case* como capaz de resolver todos os problemas da prova científica em seu aspecto objetivo.⁴⁶⁸ Não perdemos de vista que mesmo nos EUA, muitas cortes não o

⁴⁶⁶ Cf. PARK; LEONARD; GOLDBERG, *op. cit.*, p. 519, onde se lê: “Two years after *Joiner*, *Kumho Tire Co. v. Carmichael* provided the long-awaited answer to the question of whether *Daubert* applied to non-scientific expert testimony – testimony based on technical or other specialized knowledge. The district court granted summary judgment for defendant tire company after excluding the testimony of the plaintiff’s tire expert, who could not show through publications or otherwise, that other experts supported his views about detecting tire abuse. In holding that the exclusion was justified, the Supreme Court said that although the experts who base their testimony on specialized experience rather than formal scientific training need not meet the requirements that might be imposed on scientific testimony, they must nevertheless use a demonstrably valid methodology. The expert’s theory in *Kumho* was that where two of four specified signs of owner abuse of the tire are missing, the cause of a tire’s separation can be assigned to manufacturing defect. The Court agreed with the trial judge that the theory, in addition to having no demonstrable support from others in the field, did not have adequate data or other explanation to support it. Further, the Court would not credit the expert’s implicit theory that his post-accident visual and tactile inspection of the tire could determine that the tire had not been abused despite the presence to some degree of the specified signs of abuse.” No mesmo sentido, Kiely (*op.cit.*, p. 17): “The Court concluded that expert Carlson’s testimony here was not reliable under the *Daubert* criteria, and would be barred.”

⁴⁶⁷ “Peccato che la Corte Suprema americana non affronti esplicitamente il problema del metodo scientifico nel giudizio penale. È vero – come sottolineano i commentatori – che la sentenza si fonda sulle norme federali sull’evidenza (la Rule 702), le quali si riferiscono indistintamente ai processi civili e ai processi penali (24), ma è ragionevole pensare che altro sia lo standard di affidabilità e di validità di un’ipotesi scientifica richiesto dalla regola di giudizio del più probabile che no, e altro lo standard richiesto dalla regola dell’oltre il ragionevole dubbio.” Cf. STELLA, *op. cit.*, p.441. As regras de valoração da prova científica, e o próprio conceito de ciência, são os mesmos no processo civil e no processo penal. Ocorre que havendo dúvida quanto ao conjunto probatório, não se pode condenar o réu. Vigee, pois, o in dubio pro reo. Ou seja, se a prova pericial não se harmonizar com as outras, de modo a convencer o juiz acerca da verdade dos fatos, não haverá condenação, pois esta só pode ocorrer *by any reasonable doubt*.

⁴⁶⁸ Na Itália, segundo Paolo Tonini (*op. cit.*, p.295), a orientação oriunda do *Daubert case* já começa a influenciar a questão da prova científica (e da própria ciência) no processo.

adotam e que “[...] the extent and the shape of the Daubert Revolution are yet to be determined”.⁴⁶⁹ Assim, ainda que estejamos de acordo com a afirmação de Jan Beyea e Daniel Berger, no sentido de que os casos acima mencionados possuem problemas de interpretação no que se entende por ciência, podemos extrair ilações importantes no trato da matéria, notadamente a partir do *Daubert case*.⁴⁷⁰

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 vem iluminar prova⁴⁷¹. Suas premissas e conclusões devem ser postas à prova. Roger C. Park e outros, colacionando argumentos sobre a polêmica entre *Frye* x *Daubert*, concordaram que “[...] a strong argument for Daubert may be that it is healthy to have judges take a scientific perspective and to ask, “Can this be tested?” “Where’s your data?”⁴⁷²

Percebe-se claramente uma mudança de atitude, pois desde o caso *Frye*, os juízes adotavam uma posição mais passiva.⁴⁷³ Pode-se dizer que “[...] the idea behind it is that judges should defer to scientists.”⁴⁷⁴ Assim, se um saber era aceito pela maioria da comunidade científica, haveria de sê-lo também pelo julgador. A partir da década de 70, o *Frye test* passou a ser criticado⁴⁷⁵, sendo certo que a

⁴⁶⁹ PARK; LEONARD; GOLDBERG, *op. cit.*, p. 524.

⁴⁷⁰ “The Supreme Court’s opinions in *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*¹, *General Electric Company v. Joiner*², and *Kumho Tire v. Carmichael*³ contain two inconsistent views of science. In some places, the Court views science as an imperfect ‘process’ for refining theories, whereas in other places, the Court views science as universal knowledge derived through ‘formal logic’. The latter view, long out of favor with philosophers and historians of science, comports with the current cultural vision of science and is likely to be adopted by district and appeals court judges, without vigorous “education”, or until such time as higher courts recognize that the two views need to be synthesized into a consistent whole.” Cf. BEYEA, Jan; BERGER, Daniel. *SCIENTIFIC MISCONCEPTIONS AMONG DAUBERT GATEKEEPERS: THE NEED FOR REFORM OF EXPERT REVIEW PROCEDURES*. In: **Law and Contemporary Problems: Complex Litigation at the Millennium**. North Carolina: Duke University School Of Law, v. 64, ns. 2&3, p. 327-328, spring/summer, 2001.

⁴⁷¹ A expressão é de Hélio Tornaghi (*op. cit.*, p. 172), um dos maiores processualistas do Brasil: “A perícia não prova somente, mas também ilumina a prova.”

⁴⁷² PARK; LEONARD; GOLDBERG, *op. cit.*, p. 523.

⁴⁷³ Como bem salienta Paolo Tonini (*op. cit.*, p. 294): “La novità sta nel fatto che sono stati elaborati i criteri sulla base dei quali il giudice deve valutare quando un determinato metodo costituisce o meno una conoscenza ‘scientifica’; in tal modo, non è la comunità scientifica, bensì il giudice che decide quando il metodo è da ritenersi affidabile in relazione a quel determinato processo.”

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 522.

⁴⁷⁵ “Especially since the early 1970s, however, the Frye standard has been subjected to critical analysis, limitation, modification, and finally outright rejection. Some courts found the Frye standard satisfied in the teeth of expert testimony that the technique in question was too new and untried and the test results too inconclusive for court use. While asserting the continuing vitality of the Frye standard, other courts held that general acceptance goes to the weight rather than the admissibility of

principal crítica era no sentido de ser o mesmo “[...] too slow, too unreceptive to new science.”

No *Daubert case*, ficou assentado que a aceitação geral da comunidade científica (*general acceptance*) era mais um critério a ser levado em consideração. No julgamento, a Suprema Corte listou, de forma não exaustiva, os fatores capazes de ensejar confiabilidade ao saber científico, são eles: *testability, error rate, peer review and publication and general acceptance*.⁴⁷⁶

É possível afirmar que o julgamento abeberou-se na filosofia de Karl Popper e de Carl Hempel. Isso, porque o conhecimento científico, estampado na prova pericial, deve submeter-se a testes empíricos (Hempel), sendo, pois testado, falseado e refutado (Popper).⁴⁷⁷

O conhecimento científico deve ser submetido à comunidade científica, ou melhor, deve ser filtrado, debatido, por ela.⁴⁷⁸ Trata-se de procedimento que visa legitimá-lo. Ficou assentado no *Daubert case* que a submissão à crítica dessa comunidade era importante.⁴⁷⁹ 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.⁴⁸⁰ Não há

the evidence. Still others reasoned that the standard applies only to tests for truthfulness, to relatively esoteric applications of science, to the ‘hard sciences’ or to very general principles or methodology rather than to the body of studies or results being applied to reach a conclusion in the case at bar. Many opinions simply ignored the standard, and many others blithely equated it with a requirement of showing the accuracy and reliability of the scientific technique. Finally, in the 1970s and 1980s, a strong minority of jurisdictions expressly repudiated Frye.” Cf. STRONG, John W.; BROUN, Kenneth S.; DIX, George E. *et al. McCormick on Evidence*. Fifth edition. St. Paul: Hornbook Series, 1999. p.306.

⁴⁷⁶ Cf. DAUBERT v. Merrell Dow Pharmaceuticals. Disponível em: <www.findlaw.com> . Acesso em: 22 mar. 2006.

⁴⁷⁷ “The Court follows with a quote from the philosopher Carl Hempel: “(T)he statements constituting a scientific explanation must be capable of empirical test. [...] And then a quote from Karl Popper: ‘(T)he criterion of scientific status of a theory is its falsifiability, or refutability, or testability.’” Cf. FOSTER, Kenneth R.; HUBER, Peter W.. *Judging science: scientific knowledge and federal courts*. Londres: MIT Press, 1999. p. 37.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p.179. “Peer review effectively filters out studies that are egregiously flawed, studies whose designs reveal glaring and irremediable deficiencies, and manuscripts that include too slanted an interpretation of the data or that are too badly written to be useful. Thus, it dramatically raises the average quality of the papers in a journal by excluding the garbage. Peer review also encourages authors to moderate their claims.”

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 175. “Scientists generally agree on the importance of peer-review as a quality-control mechanism and on the importance of publication in peer-reviewed journals.”

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p.165-166.

dúvida de que a publicação socializa, torna o conhecimento acessível. No caso *Kumho Tire v. Carmichael*, p.ex., esses requisitos não foram atendidos.

Percebe-se que no caso *Daubert*, a Suprema Corte, após citar Popper e seu conceito de ciência, rende-se à falibilidade da prova científica e da própria ciência⁴⁸¹, no que toca à relação de causalidade.⁴⁸²

Já dissemos alhures que nosso Código de Processo Penal é cínico, pois permite ao juiz discordar do perito, mas tal tarefa lhe é praticamente impossível. O denominado livre convencimento motivado deve permitir que o juiz profira sua decisão usando argumentos passíveis de controle e aferição.⁴⁸³ Da maneira como vemos hoje, o juiz é refém do perito.

Para que isso não aconteça, o *standard* oriundo do *leading case* norte-americano fornece importantes subsídios a guiar o aspecto objetivo da perícia, bem como de suas conclusões. Assim, além de demonstrar que possui capacidade técnica para desempenhar a função, o que significa ser um especialista na área, o perito precisa expor suas conclusões de maneira clara, motivando e explicando o método utilizado, sua adequação à espécie, sua margem de erro, enfim, tudo que possa sustentar e dar credibilidade ao trabalho.

⁴⁸¹ Paul Roberts (*op. cit.*, p.262) faz menção a cinco principais limitações da prova científicas, *in verbis*: “Scientific evidence has five principal limitations with merit further elaboration: (i) science never tells the whole story; (ii) forensic evidence is not pure science; (iii) some purported ‘science’ is not scientific; (iv) some purported ‘experts’ are not experts; and (v) science has to be presented to, and evaluated by, non-scientists.”

⁴⁸² No sentido do texto é de mencionar a lição de Comoglio: “Di fronte alle ineliminabili incerteza della scienza e della comunità scientifica (79), in ordine all’identificazione di un necessario antecedente causale nella determinazione di eventi dannosi, si afferma che il giudice possa comunque dare ingresso ad una expert testimony pur fondata su teorie scientifiche non generalmente accettate, a patto che egli – con un vaglio ben più penetrante, di quanto non accada per i lay witnesses – sappia sottoporre siffatte teorie ad un esame critico di fondatezza, di validità metodológica e di applicabilità al caso concreto, formulando eventualmente, ove occorra, persino ipotesi di controllo atte a falsificarle, per saggiarne con mezzi estremi la razionale tenuta (80).” Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. L’utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatistica. **Rivista di Diritto Processuale**, Milão, Cedam, Ano LX (2ª série), n. 4, p. 1145-1170, out./dez. 2005. p.1163.

⁴⁸³ Como bem salientou Taruffo: “la giustificazione della decisione giudiziaria non può ridursi ad una sequenza di passaggi formali (tanto meno ad una semplice concatenazione di sillogismi), perché il ragionamento giustificativo è assai più complesso, ricco e flessibile, (...)” Cf. TARUFFO, Michele. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. In: _____. **Sui Confini**. Bologna: Società editrice il Mulino, 2002. p. 131.

Nem se diga que, em nosso ordenamento, os poderes conferidos aos sujeitos do processo (artigo 176 do CPP) de formularem quesitos e ao juiz de rejeitar o laudo (artigo 182 do CPP) resolvem o problema. A necessidade de uma perícia mais acessível ao juiz e às partes não se satisfaz dessa forma. Com efeito, é perfeitamente possível que o perito se utilize de critérios próprios (e por que não dizer contestáveis) para responder aos quesitos, deixando o juiz em posição difícil para valorar a confiabilidade do estudo.

Enfim, não perdemos de vista que no modelo norte-americano, o perito é inquirido (*cross examination*), ou seja, é tratado como testemunha, e precisa melhor embasar suas conclusões diante do juiz. Entretanto, mesmo aqui no Brasil, seu conhecimento científico não pode ser acessível só a ele.

5.2 O aspecto subjetivo: perito e assistente técnico

Não é segredo para ninguém, minimamente familiarizado com a área penal, que a perícia é oficial, ou seja, realizada pelos órgãos do Estado. O próprio Código de Processo Penal (artigo 159, *caput*)⁴⁸⁴ assim preceitua. Os peritos são, portanto, ligados ao Estado. No Rio de Janeiro, até bem pouco tempo atrás, eram, inclusive, vinculados aos quadros policiais. Logo, o ICCE (Instituto de Criminalística Carlos Éboli) e o IML (Instituto Médico-Legal) estavam subordinados às ordens do Executivo, como mais um braço da estrutura policial do Estado. Será que isso não comprometeria a isenção das perícias? Numa reposta açodada sim. Mas, e os juízes? Também não são servidores públicos? Também não estão ligados ao Estado (que, inclusive, os remunera)? Será que suas decisões, mormente quando o particular litiga contra o Estado, não ficariam comprometidas? A resposta é, obviamente, negativa.

⁴⁸⁴ Reza o caput do artigo 159 do CPP: “Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais”.

A questão comporta algumas considerações, pois, a rigor, diversos serviços públicos são considerados, inclusive, de melhor qualidade, sendo um bom exemplo o das universidades públicas. A própria magistratura, bem como o Ministério Público, são compostos por servidores públicos. Diga-se de passagem, na Espanha, o perito ligado a órgãos oficiais do Estado goza de maior prestígio, não sendo necessário o exercício do contraditório na fase judicial (*juicio oral*).⁴⁸⁵

Melhor solução adotou a Itália. Com efeito, há uma lista com o nome e a especialidade de cada perito em poder do tribunal.⁴⁸⁶ Valendo-se dela, o juiz nomeia o que melhor se adequar ao caso concreto, ressaltando-se que a inscrição no álbum do tribunal não vincula o magistrado, que deve, contudo, motivar sua escolha acaso desvinculada do mesmo.⁴⁸⁷

Cumprido acrescentar que, em virtude de recentes reformas pelas quais passou o processo penal italiano, dentre elas a inserção da possibilidade de realização de investigações feitas por particular⁴⁸⁸ (no caso, o acusado), algumas considerações se impõem. Assim, notadamente no que toca à prova pericial, estamos com Vittorio Grevi, quando aduz que “[...]la disciplina della perizia (artt.220-

⁴⁸⁵ “Como veremos en su momento, acudir a estos organismos oficiales supone, amén de determinadas garantías de veracidad, un eficaz instrumento a efectos de prueba si se consideran como ‘diligencias objetivas de valor incontestable’ (prueba preconstituída) y, por ende, no necesitadas de reproducción en el juicio oral, si no se impugnaron por las partes, y entran en juicio oral como prueba documental (leyéndose en el juicio oral conforme al art.730 de LECrim). De no ser así, deberían someterse a contradicción em la fase juicio oral, citando a quienes actuaron como *peritos* em el informe que se impugna, o articulándose contraprueba (SSTC 100/1958 y 24/1998, entre otras).” DEU, *op. cit.*, p.165.

⁴⁸⁶ “Presso ogni tribunale esiste un ‘albo dei periti, diviso in categorie’, otto delle quali costituisco discipline sine quibus non: medicina legale, psichiatria, [...]” CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. Quinta edizione. Milano: Giuffrè, 2000. p.738.

⁴⁸⁷ Essa parece ser a opinião da melhor doutrina, apoiada em jurisprudência da Corte de Cassação, *in verbis*: “L’iscrizione all’albo speciale non è, quindi, vincolante per il giudice il quale però, discostandosene, deve motivare la nomina del perito evitando scelte del tutto discrezionali e ingiustificate (Cass., sez. VI, 15 giugno 2000, p.m. in proc. Campiano, in Cass. Pen., 2001, 2345).” APRILE, *op. cit.*, p. 237. Veja-se, também, o magistério de Andrea Antonio Dalia e Marzia Ferraioli: “Il giudice che intende nominare, como perito, un esperto non iscritto negli albi, è tenuto ad indicare, nell’ordinanza di nomina, le ragioni della scelta, che deve essere circoscritta, comunque, a soggetti che prestino attività professionale presso un ente pubblico.” DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di Diritto Processuale Penale**. Quinta edizione. Padova: Cedam, 2003. p. 239.

⁴⁸⁸ Para uma visão mais detalhada sobre a chamada investigação privada no Direito italiano, cf. VENDITTI, Pasquale; VENDITTI, Giuseppe. **Le investigazioni private**. Milano: Altgamma, 2006.

233) riveste nel nuovo codice una notevole importanza, anche grazie ad alcuni suoi innegabili tratti di novità.”⁴⁸⁹

Com efeito, o juiz continua tendo o poder de requisitar prova pericial (científica), entretanto, essa prerrogativa restringe-se à fase judicial (chamada de *dibattimento*). Nesta fase, a perícia pode ser determinada de ofício ou a requerimento das partes que podem indicar assistentes técnicos. É permitido ao juiz, entretanto, valer-se tão-somente dos conhecimentos dos assistentes técnicos (artigos 225 e 233 do Código de Processo Penal italiano) nomeados pelas partes. A aferição da idoneidade do saber manifestado basear-se-á no exame cruzado das declarações e conclusões.

Na fase das investigações preliminares (*indagini preliminari*)⁴⁹⁰, o juiz só pode determinar a realização de prova pericial, ou seja, nomear um perito para realizá-la, a requerimento das partes e em caso de urgência (artigo 392, 1, f, do Código de Processo Penal italiano), sendo que tais requisitos são cumulativos. As partes, por sua vez, ao invés de requerer tal medida, podem atalhar o caminho, valendo-se de assistentes técnicos (*consulenti tecnici*). A acusação e a parte civil, assim como o réu, contratam, pois, “peritos” para auxiliá-las.

Em face disso, a primeira objeção que se poderia fazer é quanto a uma possível privatização do processo penal. O Ministério Público pagaria os honorários do assistente técnico (seu “perito”), pois, enquanto órgão do Estado, goza de possibilidade para tanto, já o acusado ficaria desfavorecido.

Parece-nos que a saída esteja no modelo norte-americano. Se o acusado possuir recursos, contratará seu assistente técnico. Do contrário, poderá valer-se dos peritos que integram a justiça gratuita (defensoria pública). A “defensoria pública” dos EUA tem um quadro de peritos que atuam em auxílio aos

⁴⁸⁹ Cf. GREVI, Vittorio. Prove. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio (Org.). **Compendio di Procedura Penale**. Seconda Edizione. Padova: Cedam, 2003. p. 330.

⁴⁹⁰ “La indagini preliminari sono l’attività di ricerca e raccolta di informazioni che il pubblico ministero e la polizia giudiziaria, acquisita la notizia che un reato sarebbe stato commesso, svolgono per consentire allo stesso pubblico ministero di assumere ‘le determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale’ (art.326), cioè di decidere se esercitare o non esercitare tale azione.” Cf. SCAPARONE, Metello. Indagini preliminari e udienza preliminare. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio (Org.). **Compendio di Procedura Penale**. Seconda Edizione. Padova: Cedam, 2003. p.456.

hipossuficientes. Diga-se de passagem, nos parece que a Defensoria Pública de nosso país deveria criar um núcleo de atuação junto às delegacias. Ora, se deve haver uma assistência jurídica ampla e gratuita, não vemos como não adotar tal medida. Isso frustraria, inclusive, eventuais alegações de agressões e coações.

De toda sorte, como ninguém trabalha de graça, faz-se necessária uma remuneração justa pelo trabalho.

No Brasil, pensamos que deva continuar a existir a perícia oficial. Mas, com real e efetiva possibilidade de contradição da mesma.

Em verdade, pensamos que a idéia de uma perícia dita oficial, nos moldes do vetusto e autoritário Código de Processo Penal, denota uma visão errônea de Estado, impensável, portanto, nos dias atuais. Trata-se de uma concepção em que há completa presunção de legalidade e legitimidade do ato administrativo estatal. Ou seja, do laudo elaborado pelos peritos oficiais.⁴⁹¹

Não há dúvida quanto à relevância, para a manutenção da capacidade de força do Poder Executivo, do instituto do ato administrativo. Como se sabe

[...]ato administrativo é a manifestação unilateral de vontade da administração pública que tem por objeto constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados ou entre seus próprios entes, órgão e agentes.⁴⁹²

⁴⁹¹ Essa concepção parece encontrar eco nos tribunais, haja vista a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, onde se lê o seguinte trecho: “Laudo pericial, assinado por experts oficiais, tem presunção de legitimidade.” Apelação Criminal nº 2005.38.02.002020-0/MG, 3ª Turma, Relator: Tourinho Neto, publicado em 15/09/2006, DJ p.28. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 20 dez. 2006. Infelizmente, no Supremo Tribunal Federal ainda se encontram decisões privilegiando tal concepção. A propósito, veja-se o *habeas corpus* nº 83.657, 2ª Turma, Relator: Celso de Mello, publicado no ementário volume 02148-5, p.01025. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2006.

⁴⁹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 136.

Trata-se, portanto, de prolação surgida unicamente no seio do Estado que tem o condão de vincular terceiros, sejam eles servidores ou cidadãos, sem qualquer função pública.⁴⁹³

Note-se que eventual derrogação do Direito Civil apresenta-se por meio dos chamados “atributos” do ato administrativo, que são as qualidades específicas deste ato unilateral estatal que garantem a existência e a efetivação dos seus efeitos.

Inobstante a discussão doutrinária sobre a nomenclatura que devem receber tais atributos, não há grandes distanciamentos sobre ao que se referem. Adotaremos, pois, a classificação de Celso Antonio Bandeira de Mello, que fala em presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade.⁴⁹⁴

Os três últimos atributos são gradações do vínculo que surge entre a Administração Pública e o administrado. Enquanto na imperatividade se enuncia a inserção do particular em relação jurídica sobre a qual não teve qualquer intervenção prévia, o atributo da exigibilidade permite a utilização de meios de coerção indiretos que levem a este terceiro a convicção que deva atuar conforme a vontade estatal. Num último estágio, situações de urgência ou permissões legais

⁴⁹³ A atividade administrativa do Estado é caracterizada pela existência de uma série coordenada de prerrogativas e sujeições. Este modelo ainda é fruto direto do advento da conformação estatal fundada numa separação de poderes, cujo exemplo rematado é o surgido com a Revolução Francesa. O poder do Estado, antes concentrado nas mãos do príncipe, passa a ser distribuído entre diversas funções distintas, embora de forma alguma estanques, possuindo, assim, diversos pontos de relacionamento e interseção. Nesse prisma, se o Executivo, ramo do poder destinado à implementação das políticas públicas, era um temor natural, devido aos desmandos do “rei-absoluto”, também a sua inação era preocupante, sobretudo se originada das interpretações impostas pelo Judiciário, de tradicional vinculação com os interesses da nobreza. Esse fino equilíbrio que deveria pautar a existência do Executivo é representado em seus extremos, nesse início da Revolução Francesa, pelo “Princípio da Legalidade Administrativa” de um lado e pela existência de um “Conselho de Estado”, submetido, hierarquicamente ao governante, pelo outro. Garantia-se, assim, a submissão estrita do governante à “vontade geral” sem que, com isso, sua ação fosse pautada pelo entendimento dos tribunais. Ainda que a insubmissão total ao Poder Judiciário seja insustentável no atual estágio do nosso Estado Democrático de Direito, justificam-se algumas situações juridicamente diferenciadas em prol da Administração. Isso em razão dos interesses especiais que ela defende, qualificados, globalmente, de “interesse primário”. Ou seja, aqueles atinentes a toda sociedade, se observados os seus membros na qualidade de cidadãos de uma coletividade e não vistos pelos seus interesses meramente individuais.

⁴⁹⁴MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 369.

permitem à própria Administração que ingresse na esfera do particular e exerça, de forma própria, o comando que emitira. A tal possibilidade de constrangimento físico dá-se o nome de executoriedade do ato administrativo.

Todos os atributos se destacam por, além de prescindir do particular, também se darem sem qualquer necessidade de apelo ao Poder Judiciário. No entanto, se esses últimos três sucintamente descritos são meios de força, a presunção de legitimidade também ocorre sobre os atos ampliativos⁴⁹⁵, aqueles que aumentam o patrimônio jurídico do cidadão, como são as licenças, as permissões (atos negociais) e os pareceres e vistos (atos enunciativos).⁴⁹⁶

A presunção de legitimidade é composta de duas afirmações: a de que o ato possui validade, foi emitido em conformidade com a lei, e de que os fatos subjacentes aos motivos daquele ato administrativo correspondem à realidade. Esta característica, também chamada de “presunção de veracidade” é o que permite a fé pública nos documentos estatais⁴⁹⁷ e leva à inversão do ônus da prova em favor da Administração Pública quando levado o ato administrativo a juízo.⁴⁹⁸

Essa concepção é insustentável. Esse laudo, que corporificou o ato administrativo e vem impregnado da concepção acima mencionada, ao ser usado no processo, fará tabula rasa dos direitos e garantias fundamentais assegurados em nível constitucional. Assim, como bem afirmaram Sérgio Ferraz e Adílson Abreu Dallari, é a administração (o Poder Público) “quem tem que demonstrar a legalidade de sua atuação”, salientando que “a presunção de legalidade vale até o momento em que o ato for impugnado.”⁴⁹⁹

Na Espanha, Eduardo García de Enterría adverte que democracia pressupõe transparência e uma ampla gama de liberdades, dentre elas a liberdade de informação. Aduz, ainda, que deve haver liberdade de crítica, bem como controle dos atos de poder do Estado “en cuanto cualquier duda razonable pueda plantearse

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 370.

⁴⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p.210.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 182.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 183.

⁴⁹⁹ Cf. DALLARI, Adílson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 139.

sobre la corrección de su actuación.”⁵⁰⁰ Concepción Barrero Rodríguez sustenta, na mesma linha, que a presunção de veracidade dos atos administrativos (do Poder Público) comporta diversos temperamentos e condições. Aduz, outrossim, que a jurisprudência espanhola vem reconhecendo a impossibilidade de que tal presunção seja vista de forma absoluta.⁵⁰¹

O Conselho de Estado francês já determinou, em diversas oportunidades, que essas presunções de veracidade e legitimidade, vistas de forma absoluta, representam grave afronta aos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Não se pode, pois, considera-las intocáveis, deve haver uma motivação (explicação) convincente.

Tratando de matéria probatória no processo administrativo, Alain Plantey e François-Charles Bernard, após concluir pela igualdade entre Estado e particular, sustentam a inadmissibilidade de inércia probatória por parte da Administração que, não raro, limita-se a apresentar documentos meramente descritivos, como, p.ex., autos de infração. Sustentam que o Poder Público precisa contribuir para a descoberta da verdade.⁵⁰²

Na Itália, Vincenzo Cerulli Irelli aponta como pressuposto essencial do processo administrativo sua correta instrução. Nesse sentido, apoiado em precedentes do Conselho de Estado Italiano, rechaça qualquer presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos que não tenham base probatória.⁵⁰³

No direito argentino, é interessante notar a posição de Agustín Gordilho. Após discorrer sobre a prova no processo administrativo, entende o autor

⁵⁰⁰ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y contról de la Administracion**. Madrid: Civitas, 2000. p. 110-111.

⁵⁰¹ Cf. RODRÍGUEZ, Concepción Barrero. **La Prueba en el Procedimiento Administrativo**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2003. p. 217 e ss.

⁵⁰² Cf. PLANTEY, Alain; BERNARD, François-Charles. **La Preuve Devant Le Juge Administratif**. Paris: Economica, 2003. p. 92-96.

⁵⁰³ Cf. IRELLI, Vincenzo Cerulli. **Corso di Diritto Amministrativo**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001. p. 406.

que a presunção de legalidade dos atos administrativos não pode levar o julgador a adotar a máxima de que “en la duda a favor del Estado.”⁵⁰⁴

Transpondo a questão para o laudo do perito, não é possível cogitar-se de uma presunção de veracidade e legitimidade tão-somente pela vinculação do *expert* ao Estado. Nem se venha falar em supremacia do interesse público, pois já deixamos consignado alhures que um suposto e genérico interesse, denominado de público, precisa ser perfeitamente especificado. Ou seja, não basta sua mera invocação. A par da duvidosa vigência do “princípio da supremacia do interesse público” em nossa ordem constitucional, alguns setores doutrinários enxergam como sua prerrogativa a presunção de legitimidade dos atos administrativos e sua imperatividade.⁵⁰⁵ Nada mais equivocado, como demonstramos à exaustão.

Ora, se no Direito Administrativo não se pode mais falar em veracidade e legitimidade absoluta de seus atos, como poderia ser diferente no Direito Processual Penal?

É preciso que o perito seja confrontado, em igualdade de condições pelas partes, a fim de que não possa “esconder-se” nas presunções, acima mencionadas, atinentes ao ato administrativo, ou melhor, que seu laudo não seja imotivado, carente de embasamento científico. Isso será feito com o concurso de assistentes técnicos habilitados para tanto. Na doutrina pátria, Ada P. Grinover já vislumbrava a possibilidade de as partes contratarem assistente técnico⁵⁰⁶. Inobstante, é certo que o juiz, na esmagadora maioria das vezes, prefere, comodamente, aceitar a perícia oficial, fazendo letra morta o artigo 182 do Código de Processo Penal. Diante do enorme número de demandas que chegam ao Judiciário, o réu é mais um nome no papel e o ofício de julgar é visto, não raro, como um mero

⁵⁰⁴ Para uma ampla compreensão do tema, consulte-se GORDILHO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. v. VII. t. 4.

⁵⁰⁵ Para uma visão mais geral, consulte-se SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁵⁰⁶ “As referências que se fizeram à doutrina estrangeira e nacional, bem como às propostas de lege ferenda não significam, em absoluto, que o direito à designação de assistente técnico pelas partes seja estranho ao nosso direito processual penal vigente.” Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito à prova. Contraditório e perícias penais. O direito ao assistente técnico. In: _____. **O Processo em Evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 336.

trabalho de subsunção. Assim, premissa maior, premissa menor e síntese, aliada a uma crescente especialização de funções (julgar e produzir laudos), parece-nos tornar a justiça cada vez mais desumana e burocratizada. O juiz adota, então, uma postura passiva. Julga, enquanto o perito oficial produz o laudo que lhe servirá de base. Valendo-me das palavras de Damaska, é como se estivesse anestesiado.⁵⁰⁷

Não se trata, pois, de privatizar o processo penal, mas de acabar com a perícia oficial-absoluta. Buscando-se assistentes técnicos nas universidades (e em instituições de pesquisa) e melhorando a qualidade da perícia estatal, o exame do magistrado será embasado com mais segurança.

Questões relativas a impedimentos e suspeições dos peritos oficiais continuaram a existir. Já no que tange ao assistente técnico, sua atuação seria semelhante a do advogado, ou seja, o mesmo agiria com o que Ada P. Grinover e outros chamaram de "*legítima parcialidade institucional*".⁵⁰⁸ Por óbvio, não estamos sustentando que o assistente técnico produza um laudo inverossímil, e que não guarde compromisso com o conhecimento científico, só porque foi "contratado" pela parte. Sua função será a de trazer uma outra visão, igualmente científica, a exame que se sujeitará, obviamente, a *testability*, *refutability* e *falsifiability*.

Isso haveria de gerar benefício às partes, na medida em que o ordenamento lhes facultaria (em igualdade de armas), a possibilidade de trazer ao conhecimento do juiz, influenciando eficazmente em sua decisão, material pericial-probatório. E, a imparcialidade do julgador restaria fortalecida.

⁵⁰⁷ "Come conseguenza dell'abitudine e della specializzazione, le reazioni del funzionario in quanto professionista e in quanto persona sono sciesse: egli acquista la capacità di anestizzare la propria sensibilità umana, se necessario, e di prendere, nella sua qualità di funzionario, decisioni che egli non avrebbe mai preso come individuo." Cf. DAMASKA, *op.cit.*, p.53.

⁵⁰⁸ "Disse a mais conceituada doutrina que o advogado, na defesa judicial dos interesses do cliente, age com legítima parcialidade institucional. O encontro de parcialidades institucionais opostas constitui fator de equilíbrio e instrumento da imparcialidade do juiz." Cf. ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.220.

5.3 O contraditório na perícia e o direito à prova

Consagrado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o contraditório (ora chamado de princípio, ora de garantia fundamental, ora de direito)⁵⁰⁹ representa um dos pilares de um processo equo num Estado que se diga Democrático de Direito.⁵¹⁰ Aliás, prestigiada sede doutrinária pátria chegou a afirmar, com razão, que o contraditório é tão importante que sem ele não há processo.⁵¹¹ Em face disso, é de se afirmar que o contraditório deve estar presente em qualquer tipo de processo⁵¹², inclusive os de jurisdição voluntária.⁵¹³

Passarei a estudar o contraditório em sua essência, mas antes, cumpre esclarecer que um contraditório efetivo pressupõe seu exercício não só sobre questões de fato, mas também de direito⁵¹⁴.

Por certo, o equívoco que reinava em tempos não muito distantes, deve-se a errôneas interpretações dos brocardos *iura novit curia* e *narra mihi factum, dabo tibi ius*.⁵¹⁵ Assim, nos parece que ainda que seja lícito ao juiz dar a qualificação que se lhe mostre correta, deve ele permitir que as partes se manifestem sobre a *quaestio iuris*. Isso visa evitar surpresas em relação à questão de direito debatida.⁵¹⁶

⁵⁰⁹ Mais importante do que nomeá-lo, é entender seu real conteúdo e extensão.

⁵¹⁰ Diga-se de passagem, no *caput* do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assim nos qualificamos.

⁵¹¹ Para uma ampla visão, consulte-se DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

⁵¹² Consideramos, pois, superada a concepção que entendia não haver contraditório no processo de execução. Confira-se, por tudo e por todos, a magistral obra do professor Leonardo Greco sobre o tema, onde se lê: “O contraditório, como expressão do princípio da participação democrática e reflexo da dignidade humana no processo, não deve sofrer qualquer limitação no processo de execução.” GRECO, Leonardo. **O Processo de Execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. I, p. 268.

⁵¹³ No sentido do texto, GRECO, Leonardo. **Jurisdição Voluntária Moderna**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 32-34.

⁵¹⁴ No mesmo sentido do texto é a lição de Michele Taruffo: “Si tratta soprattutto di capire che la struttura basilare del processo si fonda sulla contrapposizione di due o più ipotesi relative alla situazione di fatto e di diritto che sta alla base della controversia.” Cf. TARUFFO, Michele. *Giudizio: Processo, Decisione*. In: _____. **Sui Confini**. Bologna: Società editrice il Mulino, 2002. p. 164.

⁵¹⁵ A errônea interpretação dos brocardos traz problemas, tanto no processo civil, quanto no penal e em várias questões. No processo civil cf. GRECO, Leonardo. **A Teoria da Ação no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 57-62.

⁵¹⁶ Veja-se a lição de Nicolò Trocker: “Data l’attuale configurazione del meccanismo processuale (imperiato su un principio dispositivo ‘attenuato’ e privo de un sistema rigoroso di preclusioni

Nesse sentido, nos parece absurda a norma contida no artigo 383 do Código de Processo Penal, uma vez que a oitiva da defesa é imposição do contraditório em questões de direito. Logo, o juiz deve dar às partes, e principalmente à defesa, o direito de se manifestarem sobre a questão de direito apresentada, qual seja, a mudança na qualificação jurídico-penal. Isso porque, não raro, a defesa orienta-se no sentido de infirmar a adequação típica contida na denúncia, renegando os fatos naturalísticos expostos. Na doutrina, Weber Martins Batista, já sustentava e aplicava, a meu ver corretamente, tal medida.⁵¹⁷

Por fim, vale ressaltar que adoção do contraditório no que pertine a questões de direito, tem merecido guarida, p.ex., no artigo 16 do Código de Processo Civil Francês.⁵¹⁸ No Código de Processo Penal Tipo para a América Latina, o artigo 322 procura, no sentido do que se expôs, evitar a surpresa.⁵¹⁹

Conclui-se, pois, que um contraditório pleno e efetivo pressupõe espectro largo, abrangente, como expressão da garantia de um processo justo.

Encontrando paralelo em diversos ordenamentos ao redor do mundo⁵²⁰, é curioso notar que o contraditório só ganhou assento constitucional com a Carta de 1937 (art.122,§ 11), sendo ignorado nas constituições de 1824, 1891 e 1934. Nas constituições posteriores, 1946 e 1967, manteve suas feições. Cumpre esclarecer que na constituição revogada (1967), bem como nas anteriores, a

normativamente determinate), una parte può facilmente venirsi a trovare di fronte ad una situazione di fatto o di diritto del tutto nuova ed imprevista che la coglie completamente impreparata.” Cf. TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**. Problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974. p. 499.

⁵¹⁷Cf. BATISTA, Weber Martins. **Direito Penal e Direito Processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.163.

⁵¹⁸ O mencionado artigo determina que o juiz “[...]ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit autres que d’ordre public qu’il a relevés d’office ou sur les explications complémentaires qu’il a demandées, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”.

⁵¹⁹ O artigo está assim redigido: “322. Sentencia y acusación. La sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias descritas en la acusación y en el auto de apertura del juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación. En la condena, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o de la del auto de apertura del juicio, o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia. Empero, el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura del juicio, si previamente no fue advertidosobre la modificación posible de la calificación jurídica (art. 310); la regla comprende también a los preceptos que se refieren sólo a la pena y a las medidas de seguridad y corrección.”

⁵²⁰ Cf. artigos 5º e 6º da Convenção Européia de Direitos do Homem; artigo 103, I da Lei Fundamental (Alemanha); artigo111 da Constituição italiana.

previsão do contraditório cingia-se ao processo penal. Inobstante, a melhor doutrina já o estendia aos diversos tipos de processo (p.ex., civil e trabalhista).⁵²¹

O contraditório já foi definido pelo binômio: informação + possibilidade de manifestação.⁵²² Ou seja, como sendo a necessidade de ciência dos atos e termos do processo com a conseqüente possibilidade de manifestar-se acerca dos mesmos.⁵²³ Com a devida vênia, visto dessa forma, a tradicional audiência bilateral veste-se de indumentária cuja pobreza franciscana salta aos olhos.

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 as mesmas proponham alegações, requeiram a produção de provas ou de diligências, enfim, possam, querendo, impugnar, substancialmente, os atos dos demais atores do processo.⁵²⁴

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.⁵²⁵

Não se olvida que, por vezes, seja necessário sacrificar um direito fundamental em detrimento do interesse público. Entretanto, isso deve ser feito com extrema cautela e, principalmente, identificando quais interesses concretos estão por trás do dito interesse coletivo. Tal medida impõe-se, pois, do contrário, o interesse público poderia, tal como ocorreu em passado não muito distante, justificar qualquer restrição aos direitos e às garantias fundamentais. Não custa lembrar que não só aqui, mas também na Itália, com Mussolini, e na Alemanha, com Hitler, para citar

⁵²¹ Confira-se, com ampla citação doutrinária, NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.129.

⁵²² Cf. GONÇALVES, Plínio Aroldo. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p.126.

⁵²³ Diga-se de passagem, Carnelutti já afirmava que o próprio conflito, oriundo dos interesses contrários dos litigantes, justificaria o contraditório. Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del nuovo processo civile italiano**. 2. ed. Roma: Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1941. p. 96-98.

⁵²⁴ No sentido do texto, confira-se GRECO, Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. In: Estudos..., *op. cit.*, p. 241-245.

⁵²⁵ Cf. FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraditório. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, Giuffrè, ano XLII, p.781-782, 1988.

apenas alguns exemplos, a crença num suposto interesse público sempre caiu como luva aos interesses de governos autoritários.

Hodiernamente, mormente após os ataques de 11 de setembro, o mundo vem assistindo estupefato, porém com incrível resignação, a adoção de medidas que, para dizer o mínimo, fazem tábula rasa dos direitos e garantias fundamentais. Sob o manto da necessidade e da premência de se combaterem os “terroristas”, sempre visando o interesse mundial (e, portanto, público), bárbaras, como a prisão de Guantanamo, bem como interferências pra lá de indevidas na esfera dos direitos fundamentais, vêm sendo praticadas por diversas nações, notadamente os norte-americanos⁵²⁶ e os ingleses⁵²⁷.

Ultrapassada a questão da audiência bilateral, o contraditório há de ser visto como direito de influência. Ou seja, como direito de influir eficazmente numa decisão estatal, de todas as formas possíveis, que surtirá efeitos na esfera de direitos individuais do cidadão. Tal aspecto não pode ser colocado em segundo plano.

É indubitável que em qualquer sociedade o poder encontra-se pulverizado em diversas esferas. A família, a igreja, a mídia, enfim, diversos setores findam por exercer parcela de poder no Estado. Entretanto, ainda que o Estado não controle todas as formas de poder, sendo que inclusive quanto a algumas nem lhe caiba fazê-lo, pode-se afirmar que, em razão da soberania, sua autoridade paira sobre todas.⁵²⁸ Assim, diversas formas de poder convivem, mas são inferiores ao poder uno e indivisível do Estado.

Visto dessa forma, pode-se afirmar que o Estado exerce sua supremacia de diversos modos e em todos os setores de sua atividade, por meio de

⁵²⁶ Para uma visão desse panorama, vale consultar a posição crítica de Joel Samaha (*op. cit.*, p. 527-557), no último capítulo (n. 15) de sua obra, inteiramente dedicado ao tema, cujo título é: “*Criminal Procedure in Crisis Times*”.

⁵²⁷ Não custa lembrar o trágico assassinato, cometido “por engano” pela polícia inglesa (*Scotland Yard*), do brasileiro Jean Charles, confundido com um terrorista, no metrô de Londres.

⁵²⁸ No sentido do texto, Cândido Dinamarco (*A Instrumentalidade...*, *op. cit.*, p. 88): “Embora ao Estado não caiba o exercício do poder nacional em todas as áreas, nem valer-se de todas as fontes de poder, certo é que ele detém o comando global de todas as manifestações deste, justamente em razão da soberania, que o põe a montante de todos os demais pólos de poder.”

decisões. Destarte, ao legislar, decide em abstrato, ao aplicar a lei, em qualquer tipo de processo, decide em concreto, no campo da política ao escolher prioridades também estão presentes decisões oriundas de seu poder de império. Poderíamos continuar pensando num sem número de hipóteses, que acabariam por resumir-se no poder conferido ao Estado, por meio do contrato social, de decidir, impondo, coativamente, sua vontade.

Essa idéia de poder, e correlatamente de decisão, não deve levar a uma concepção arbitrária. Em nosso sentir, a passagem da democracia representativa para a deliberativa, por si só, já impôs um corte epistemológico.⁵²⁹ Entendemos ainda, que esta acepção de poder deve ser vista de outra forma, qual seja, como influência.⁵³⁰ A influência pode ser entendida como uma modalidade mais ampla e moderada de poder⁵³¹, por meio de uma interação comunicativa através da convicção ou persuasão.⁵³² Em sentido amplo, como demonstra Dinamarco, deve ser entendida como a relação entre agentes na qual um induz o outro a agir de determinada forma, a qual não agiria sem provocação.⁵³³

Transpondo a questão para o cenário processual, é possível pensar em algumas colocações.

No processo, o Estado exerce seu poder por meio de decisões vinculativas, ou seja, de caráter cogente. Assim, do juiz, que sequer foi eleito, ainda que se possam apontar inúmeros inconvenientes da democracia representativa, emanam atos de poder estatal.⁵³⁴ Nessa dinâmica, eminentemente dialógica e

⁵²⁹ Nesse sentido, a democracia passa a ser concebida através de pressupostos comunicativos dinâmicos, vale dizer, sob o prisma do diálogo intersubjetivo, da ação comunicativa. São essas as palavras de Habermas: "Todavia, a idéia de democracia, apoiada no conceito do discurso, parte da imagem de uma sociedade descentrada, a qual constitui – ao lado da esfera pública política – uma arena para a percepção, a identificação e o tratamento de problemas de toda a sociedade." Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II, p. 24.

⁵³⁰ Vale ressaltar, nesse ponto, que a influência nem sempre pode ser vista como poder, caso não seja dotada de imperatividade. Cf. DINAMARCO, A Instrumentalidade..., *op. cit.*, p. 109.

⁵³¹ Cf. DEUTSCH, Karl Wolfgang. **Política e governo**. 2. ed. Tradução de Maria José Mendes. Brasília: Editora UnB, 1983. p. 45.

⁵³² Cf. HABERMAS, *op. cit.*, p. 73-98.

⁵³³ Cf. DINAMARCO, A Instrumentalidade..., *op. cit.*, p.109.

⁵³⁴ "Não há dúvida de que o juiz profere atos de positivação de poder. As suas decisões – e não se fala aqui apenas da sentença – podem ser impostas, já que o poder jurisdicional é inevitável, pouco importando a vontade do particular, que não pode se subtrair ao poder do juiz. Mas o juiz, como se

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 nelas influenciar.⁵³⁵ É a sociedade, por meio do jurisdicionado, participando das decisões estatais.⁵³⁶ Como já mencionado, o princípio democrático não esgota a participação popular pela representação legislativa⁵³⁷, devendo, pois, ser compreendido dentro da moldura participativa e deliberativa que só um diálogo humano proporciona.

Visando dar concretude ao que foi dito, pode-se dizer que, por meio do procedimento processual, o Estado legitima sua atuação⁵³⁸, 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.⁵³⁹ Cumpre ressaltar que não estamos “confundindo” os conceitos de processo e procedimento que são distintos.⁵⁴⁰

sabe, não é eleito.” Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. I, p.407.

⁵³⁵ Confira-se, na doutrina alienígena, a lição de Tarzia onde afirma que o contraditório compreende poderes que correspondem à “[...]possibilità di partecipare attivamente allo svolgimento del processo e pertanto di influire sui provvedimenti del giudice.” TARZIA, Giuseppe. Il contraddittorio nel processo esecutivo. In: _____. **Esecuzione forzata e procedure concursali**. Milano: Cedam, 1994. p. 60. Na doutrina pátria, confira-se a lição de Leonardo Greco, *in verbis*: “Hoje o direito de influir eficazmente na prestação jurisdicional, seja qual for a sua natureza, com todos os meios aptos a alcançar esse resultado, é uma garantia da qual não pode ser privado qualquer cidadão, como exigência de participação eficaz [...]”. Cf. GRECO, O Princípio do Contraditório. In: Estudos..., *op. cit.*, p. 551. No mesmo sentido, veja-se DINAMARCO, A Instrumentalidade..., *op. cit.*, p.112-113.

⁵³⁶ Assim, estamos de acordo com Marinoni, *in verbis*: “A legitimação do processo se liga a uma possibilidade real, e não meramente formal, de participação.” Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. I, p.409.

⁵³⁷ Para uma visão sobre a crise da democracia representativa, baseando-se no modelo norteamericano, confira-se GARGARELLA, Roberto. **Crisis de la Representación Política**. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 1997.

⁵³⁸ Cf. LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: UnB, 1981.

⁵³⁹ No sentido do texto, Ferrajoli: “En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción [...]”. Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p.26.

⁵⁴⁰ No sentido do texto, THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. I, p. 45. Confira-se, ainda, SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I, p. 26.

Colocadas as premissas que nos parecem adequadas à compreensão do contraditório, podemos examinar sua relação com a prova pericial.

O direito à prova no processo penal, assim como em qualquer outro, é uma garantia da parte, possuindo íntima ligação com o contraditório.⁵⁴¹ Trata-se de direito conferido constitucionalmente à parte⁵⁴², no sentido de se garantir ao cidadão a adequada participação no processo. Assim, visando demonstrar suas alegações, as partes possuem verdadeiro direito à prova.⁵⁴³

No que concerne à prova pericial, não haveria de ser diferente. Nesse sentido, a parte tem direito a: i) requerer a produção da prova pericial, bem como apresentar quesitos; ii) acompanhar, se possível, a colheita do material que servirá de base para o laudo; iii) manifestar-se sobre a conclusão dos peritos, requerendo esclarecimentos e complementações ao laudo e iv) que o juiz examine a prova pericial, levando em conta seus argumentos, mesmo que discordantes do laudo oficial.

Visto dessa forma, nos parece intuitivo que requerida determinada perícia no curso do processo, ou sendo a mesma determinada de ofício, as partes deverão ser intimadas para, querendo, acompanhar todos os passos de sua produção e finalização.

⁵⁴¹ No sentido do texto, Antonio Scarance Fernandes: “De diferentes formas vem a doutrina se manifestando sobre as exigências que compõem o direito a prova, relacionando-o, em regra, com o direito ao contraditório.” Cf. FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005. p. 77. No mesmo sentido, DALIA; FERRAIOLI, *op. cit.*, p. 212, onde se lê: “Il diritto alla prova si esercita in funzione del contraddittorio innanzi al giudice e, in quanto tale, è diritto di tutte le parti del processo, la pubblica e le private.”

⁵⁴² No sentido do texto, Cândido Dinamarco: “Direito à prova é o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento.” Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v. III, p. 46-47.

⁵⁴³ É certo que a prova pode ser vista sob vários aspectos, dentre eles, p.ex., como um ônus da parte. No que pertine à tese, abordaremos a prova como direito.

5.3.1 A questão no inquérito policial

O que acabou de ser exposto ganha colorido especial na fase do inquérito policial. Nossa análise trabalhará com duas questões distintas, a saber: inquérito policial em que haja indiciado e inquérito policial sem indiciamento.⁵⁴⁴

É cediço que a persecução penal em nosso país é dividida em duas fases. O inquérito policial é, pois, a primeira fase da persecução penal. Trata-se de fase pré-processual destinada a formar a *opinio delicti* do órgão da acusação.

A doutrina amplamente majoritária sempre negou vigência ao contraditório nesta fase da persecução penal.⁵⁴⁵ Entretanto, com o advento da Constituição da República, de 1988, alguns autores passaram a sustentar que o inquérito, em virtude do artigo 5º, LV, da Carta Magna, deveria despir-se de sua indumentária inquisitória, vestindo-se com o manto do contraditório.

Tal posição teórica não prosperou, pois a doutrina entendeu que a Constituição garantiu o contraditório nos processos administrativos e não nos procedimentos administrativos. Sustentou-se que no inquérito não haveria a prolação de decisão alguma, já que o relatório do delegado, quando da conclusão do procedimento, não possuía caráter decisório (vinculativo). Ou seja, como não se decidia nada, não haveria necessidade de se garantir o contraditório. Demais disso, argumenta-se que o contraditório é incompatível com a função de investigar. Esta,

⁵⁴⁴ Ainda que não haja uma disciplina expressa sobre o indiciamento em nosso Código de Processo Penal, é certo que, por várias vezes (p.ex. art.(s) 6º, 15), se faz menção à ele. Segundo Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, “[...]o indiciamento há de ostentar-se como ato do procedimento, que resulta do encontro de um feixe de indícios convergentes, que apontam o suposto fator da infração penal.” Cf. PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O indiciamento como ato de Polícia Judiciária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 577, p. 313-316, nov. 1983. p. 313. Não é o escopo da tese discutir com profundidade a questão. Entretanto, estamos com Fauzi Hassan Choukr quando aduz que é importante resgatar a importância do indiciamento, uma vez que sua pior consequência é social e não endoprocessual. Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.165-178.

⁵⁴⁵ “Logo, é também desaconselhável uma investigação contraditória processada no inquérito. Ao contrário do que pensam alguns, não se deve tolerar um inquérito contraditório, sob pena de fracassarem as investigações policiais, sempre que surja um caso de difícil elucidação.” Cf. MARQUES, *op. cit.*, p. 151. Tourinho Filho (*op. cit.*, v.I, p. 52) , após explanar longamente sobre o contraditório no processo e sua (in) aplicação ao inquérito policial, conclui: “Se assim é, parece-nos não ter sentido estender-se o instituto do contraditório ao inquérito, em que não há acusação.”

então, restaria prejudicada se fosse permitido ao sujeito passivo ciência acerca do desenvolvimento das investigações.

Assim não me parece.

Em primeiro lugar, a questão terminológica não impressiona. O legislador, no Código de Processo Penal, trata, p.ex., em “Do processo sumário” (Livro II, título II, capítulo V) e todos sabem que a referência é ao procedimento sumário. Assim, a menção a processo administrativo não pode ser “levada ao pé da letra”, ou seja, em sua literalidade.

Quanto à distinção entre processo e procedimento, calcada na prolação de um provimento decisório, também não nos impressionamos.

É certo que o relatório não vincula o *dominus litis*, mas daí a dizer que sua carga decisória é nula vai uma distância muito grande.

Com efeito, imagine-se, à guisa de exemplo, um delegado, após exaustiva (e, por vezes, extensa) investigação, que imagina ter desbaratado uma importante quadrilha fraudadora, há anos, do Fisco. Ao fim do trabalho, quando da feitura do relatório, será que fará uma descrição isenta, ou seja, será que só relatará (perdoe-se o tautologismo)? Por certo, essa isenção é impossível. Isso porque há uma total interação entre o sujeito e o objeto. É indubitável que a autoridade policial está psicologicamente ligada a seu trabalho e, defendê-lo, é o mínimo que dela se pode esperar. Nunca é demais dizer que o delegado é vinculado aos órgãos de repressão do Estado (a polícia) que tem interesse em receber o que supostamente foi sonegado. Esse mesmo Estado, por meio da autoridade policial, em investigação sigilosa, onde não há espaço para o direito de influência, como já deixamos claro o principal aspecto do contraditório dialógico e participativo, pressiona o suposto fraudador para que o mesmo adira ao Refis, parcelando o débito. Isso faz com que a persecução penal seja “paralisada”. Ou seja, usa-se o processo penal como instrumento de cobrança.

Demais disso, há autores que vislumbram, tanto no processo quanto no procedimento, a existência de uma decisão, de um ato final de poder⁵⁴⁶. A partir dessa premissa, inferimos que o inquérito policial, ainda que um mero procedimento administrativo e preparatório da ação penal, pode levar a uma espécie de decisão que influirá na formação da *opinio delicti*.

Nesse sentido, sendo o inquérito policial um ato de poder do Estado que invade a esfera de direitos e garantias individuais, sustentamos que deva ser observado o contraditório. Visto sob a perspectiva do direito de influência, de interferir eficazmente numa decisão estatal que afetará sua esfera privada, nos parece salutar implementá-lo nessa fase da persecução penal. Nunca é demais lembrar que o relatório, resultado final da investigação, pode (ou melhor, vai) influir na decisão do *Parquet* em denunciar ou arquivar.

Nunca é demais lembrar que a denúncia, ou a queixa, podem ser oferecidas a qualquer momento, bastando que esteja presente a justa causa, bem como as outras condições para o regular exercício do direito de ação. Não há, pois, necessidade de o inquérito estar relatado para que haja acusação. Assim, a participação do interessado (acusado, investigado, envolvido, indiciado) no sentido de influenciar os atos de poder do Estado mais se impõe.

Nessa modalidade de contraditório que defendemos, o mais importante é ser informado da investigação. Aliás, o direito à informação não é novidade alguma. Diversas normas internacionais e nacionais contemplam tal diretriz. Assim, o Pacto das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos (art. 14, n. 3, “a”)⁵⁴⁷, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, chamada de Pacto de São José da Costa Rica, (art. 8º, n. 2, “b”)⁵⁴⁸, a Convenção Europeia de Direitos Humanos,

⁵⁴⁶ Feliciano Benvenuti, tomando a distinção entre processo e procedimento pelo aspecto subjetivo, ou seja, no que toca à participação de todos os interessados no ato final de poder, sustenta que no procedimento todos os atos de poder emanam da pessoa a quem compete o ato final, logo, sem participação dos interessados. Diversamente, no processo, há participação dos interessados no ato final de poder. Ver ampla explicação em BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, s/l, n. I, p. 131-138, 1952.

⁵⁴⁷ O referido artigo assegura a toda pessoa o direito de “[...] ser informada, sem demora, em uma língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação.”

⁵⁴⁸ Artigo 8, n. 2, b: “[...]comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada.”

celebrada em Roma, em 04 de janeiro de 1950 (art.6, n. 3, “a”)⁵⁴⁹, a Constituição Italiana (art. 111, n. 3)⁵⁵⁰, a Constituição Espanhola (art. 24, n. 2)⁵⁵¹, bem demonstram a preocupação com o direito à informação, visando evitar acusações surpreendentes.

Não estamos, como se percebeu, defendendo um contraditório nos moldes da audiência bilateral clássica, mas sim como possibilidade de influência numa decisão estatal, a ser precedida de informação. É óbvio que a autoridade não precisa intimar o sujeito passivo da investigação, informando-o que seu telefone está sob censura (“grampeado”, no jargão policial), pois tal medida desnaturaria sua finalidade. Mas, por igualmente óbvio, não se podem levar a cabo investigações secretas e intermináveis, sem a participação eficaz do interessado, que podem redundar em grave violação ao seu *status dignitatis*.

Ressalte-se que o direito à informação encontra paralelo em diversas situações, sendo de inegável relevância num Estado pautado na transparência.

No chamado *Miranda case*⁵⁵², emblemático *leading case* decidido pela Suprema Corte norte-americana, foram desrespeitados os direitos do réu, durante a fase pré-processual (*police investigation*, mormente no interrogatório em sede

⁵⁴⁹ Artigo 6, n. 3, a: “[...]ser prontamente informado, numa língua que compreenda e de modo pormenorizado, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada.”

⁵⁵⁰ Artigo 111, n. 3: “Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell’accusa elevata a suo carico, disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; [...]” Ainda que na Itália não vigore o contraditório na fase anterior à acusação (indagini preliminari), a doutrina afirma que: “La persona sottoposta alle indagini può – e, in alcuni casi, deve – essere avvisata che nei suoi confronti si sta investigando e, per effetto di tale informazione, è posta in grado di esercitare il diritto alla difesa.” Cf. DALIA; FERRAIOLI, *op. cit.*, p.156.

⁵⁵¹ Manuel Jaén Vallejo, na obra em que colaciona decisões oriundas da Corte Constitucional Espanhola, mostra que acerca do dispositivo constitucional, ficou assentado que há necessidade de informação durante a fase instrutória a fim de: “[...]evitar que se produzcan acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral, sin que se les haya otorgado la posibilidad de participación en dicha fase instructora, y facilita que la instrucción judicial siga asumiendo su clásica función de [...]” En segundo lugar, la garantía de la audiencia previa es consecuencia de la supresión en esta modalidad de procedimiento del Auto de procesamiento e implica que el Juez ponga en conocimiento del imputado el hecho objeto de las diligencias previas y [...]” Cf. VALLEJO, Manuel Jaén. **LA JUSTICIA PENAL EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL 2000**. Madrid: Dykinson, 2001. p. 63-64. A mesma solução tem merecido o aplauso da doutrina na voz de Teresa Armenta Deu (*op. cit.*, p. 50): “La proyección de este derecho alcanza a momentos preprocesales, en relación con la detención y la necesidad de información sobre los derechos y la razón de la detención (arts. 17.3 CE y 520.2 LECrim) y a situaciones anteriores a la propia formulación de la acusación, [...]”.

⁵⁵² Cf. *MIRANDA v. Arizona*. Disponível em: <www.findlaw.com>. Acesso em: 05 jul. 2006. Para um apanhado das principais decisões sobre a matéria, confira-se ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale *et al.* **Criminal Procedure and the Constitution**. St. Paul: West Publishing Co., 2005, p. 287-311.

policial), de ser informado acerca de seus direitos, notadamente o de constituir advogado e de não se auto-incriminar. A falta de informação ao réu sobre os rumos da investigação e seus desdobramentos, impossibilitando o acompanhamento da defesa técnica, levou à nulidade da condenação.

Destarte, sustentamos a existência de contraditório no inquérito policial.⁵⁵³ Conforme salientou Leonardo Greco, o contraditório, na perspectiva do direito de influência, é “exigência de participação eficaz, haja ou não litígio, haja ou não cognição exaustiva, haja jurisdição provocada ou de ofício, seja qual for o procedimento.”⁵⁵⁴

Vencida essa questão, pensamos que a prova pericial deva seguir idêntico caminho. A perícia, realizada durante a primeira fase da persecução penal, mormente se impossível de ser repetida, precisa submeter-se ao contraditório. Sustentar a possibilidade de contraditório diferido, nos parece uma tentativa de fugir do problema, como que varrendo a sujeira para debaixo do tapete.⁵⁵⁵ Como já afirmamos acima, o contraditório diferido deve ser visto com reservas, ou seja, deve ser encarado como medida de exceção.

Além disso, o contraditório deve ser exercido desde a formação da prova. A constituição italiana, no seu artigo 111, n. 4⁵⁵⁶, faz menção expressa a tal necessidade. A doutrina parece endossar tal posição. Entretanto, na Itália, como regra, e paradoxalmente, não se permite o contraditório na primeira fase da persecução penal, chamada de *indagini preliminari*.

⁵⁵³ No mesmo sentido, confira-se TUCCI, Rogério Lauria, **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 177-184. Fauzi Hassan Choukr, comentando o contraditório na investigação criminal e mostrando preocupação com o (des) respeito aos direitos e garantias fundamentais, aduz: “A defesa, adequadamente, assegurada por esta nova roupagem investigativa, passa a ter mecanismos eficientes de proteção à liberdade individual, colaborando na diminuição do arbítrio historicamente existente nas atividades policiais, colaborando com a construção de uma Justiça Criminal preocupada não somente com a repressão mas, sobretudo, com a dignidade humana.” Cf. CHOUKR, *op. cit.*, p.147.

⁵⁵⁴ Cf. GRECO, O Princípio do Contraditório. In: Estudos..., *op. cit.*, p. 551-552.

⁵⁵⁵ Aliás essa parece ser a orientação do Supremo Tribunal Federal. À guisa de exemplo, vejam-se: i) embargos de declaração em agravo de instrumento nº 494949/SP, 1ª Turma, Relator Sepúlveda Pertence, publicado no ementário volume 02157-18, p.03543; ii) habeas corpus nº 73.647/SP, 2ª Turma, Relator Maurício Corrêa, publicado no ementário volume 01840-02, p.00400 e iii) recurso extraordinário nº 230020/SP, 1ª Turma, Relator Sepúlveda Pertence, publicado no ementário volume 02157-03, p.00465. Disponíveis em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2006.

⁵⁵⁶ Reza o artigo 111, n. 4, da Constituição Italiana: “[...] Il processo penale è regolato dal contraddittorio nella formazione della prova (c.p.p 187, 190, 498). La colpevolezza [...]”

Partindo da premissa de que o contraditório deve ser observado desde a formação da prova, nos parece que as perícias que não puderem ser repetidas precisam submeter-se ao contraditório, desde a fase da colheita da prova, sob pena de não poderem ser admitidas no processo com fins incriminatórios. Estamos, pois, no terreno da impossibilidade de admissão da prova que incrimine o acusado, seja para supedanear eventual denúncia, seja para embasar futura condenação.

Não se olvida que algumas provas técnicas precisem ser realizadas no momento de seu descobrimento sob pena de perecimento ou de impossibilidade de posterior análise. O exame cadavérico é um bom exemplo. Se determinada pessoa morre, deve ser permitido ao(s) interessado(s), em geral a família, que acompanhe a necropsia, que formule quesitos ou exames, visando esclarecer a causa da morte, enfim, que influencie numa decisão estatal que pode afetar sua vida privada. Basta imaginar que na hipótese acima, o filho da vítima seja suspeito de tê-la envenenado. Parece óbvio que o mesmo tem direito de acompanhar a perícia e até discordar, propondo outros métodos de análise diferentes dos usados. Não há dúvida de que o resultado de tal prova, que não se poderá repetir, trará importantes conseqüências para ele.

Poder-se-ia objetar o seguinte: minha mãe morreu. Será que vou me preocupar em chamar um perito (médico-legista)? Será que não é melhor “liberar logo o corpo”? Será que a perícia a ser feita (a dita oficial) não resolve o problema?

A resposta a tais indagações corresponde justamente ao direito que o interessado deve possuir de influenciar, até com uma postura passiva, negativa, uma prova que não mais poderá ser produzida.

Sustentar que as partes terão direito a contestar a perícia, bem como o laudo do perito, em momento posterior corresponde a verdadeira falácia. Isso porque não sendo mais possível reconstruir a situação inicial, diversos aspectos terão se perdido, restando, comprometida, para não dizer inviável, uma conclusão correta.

O contraditório, visto como direito de informação/influência, encaixa-se perfeitamente ao inquérito policial, sendo de observância obrigatória nas provas científicas (periciais) que não se repitam.

Como já dissemos alhures, na Itália, tanto a acusação quanto o investigado (*indagato*) podem requerer, por meio de incidente probatório, uma perícia que se mostre urgente (artigo 392 do Código de Processo Penal italiano - CPPi). Tal ato é realizado em contraditório, com prévia informação às partes que podem nomear assistentes técnicos. O Ministério Público pode, dentro de seus poderes investigatórios, determinar uma perícia urgente, valendo-se de seu assistente técnico. Deve, entretanto, notificar a defesa para, querendo, nomear também seu assistente técnico, podendo quesitar e acompanhar a perícia desde o começo. Ou seja, na formação da prova, como manda a Constituição. A questão interessante é que o investigado pode se opor ao assistente do Ministério Público e, então, não restará outra solução ao órgão do Estado a não ser requerer ao juiz a determinação da prova. Cumpre ainda acrescentar que a lei 397/2000, em vigor na Itália, atribuiu poder análogo ao defensor no sentido de realizar perícias urgentes e que não se possam repetir. Por óbvio, adotando-se a sistemática anteriormente exposta (artigo 360 do CPPi).

O ordenamento italiano, que vinha prestigiando o direito à informação, paradoxalmente, não contempla o direito à informação em face de um exame de local a ser feito pelas partes. Assim, a polícia (ou o Ministério Público), caso necessite ingressar no local do crime, por exemplo, não precisa avisar (cientificar) à defesa, mas essa pode estar presente (artigos 354 e 356 do CPPi). O mesmo vale para o defensor quando vai ao local. Não vemos como isso possa ser praticamente realizável, a não ser que já se conheça o teor das investigações.

Percebe-se que o contraditório, visto como informação/influência, é, via de regra, observado desde a formação da prova, independente da fase (pré-processual ou processual).

Outra questão diz respeito à realização da perícia quando não se fizer a mínima idéia de quem seja o autor do crime, ou seja, quando não houver um indiciado formal.

Neste caso, ainda sim, nos parece que tal prova não possa ser admitida no processo. Isso, pois, com mais razão, um futuro réu poderá ser condenado com base em prova da qual jamais participou, onde não exerceu seu direito de influência/contraditório. O contraditório diferido, mesmo que sedutor enquanto solução viável, não deve ser aplicado. A rigor, essa prova servirá, como todas as outras do inquérito policial, para formar a *opinio delicti* do acusador. Não podendo integrar no processo (mais uma vez estamos no campo da admissibilidade da prova). Alguns questionamentos surgirão.

Com efeito, poder-se-ia indagar: como ficaria o processo?; prescindiria dessa prova?; e o “futuro” réu? e a vítima?

Em nosso sentir, trata-se de verdadeira opção política do Estado-Legislator em privilegiar o contraditório e o próprio réu. Assim, se outras provas não houver, restará, tão-somente, a absolvição. Afinal, é melhor absolver um culpado, a condenar um inocente. Quanto à vítima, nunca é demais lembrar que o processo penal não foi feito para ela, mas sim para o réu.

A questão da inadmissibilidade de tal prova no processo encontra paralelo na idéia de *hearsay*, ou melhor, nas regras que a regulam. (vide o sistema probatório norte-americano e, mais precisamente, as mesmas *Federal Rules of Evidence*).

Com efeito, *hearsay*, num conceito básico, é qualquer declaração, oral ou escrita, proferida com finalidade probatória que não passou pelo crivo do contraditório (*Federal Rules of Evidence*, rule nº 801 (a), (b) e (c)).⁵⁵⁷ Trata-se,

⁵⁵⁷(a) Statement. A “statement” is (1) an oral or written assertion or (2) nonverbal conduct of a person, if it is intended by the person as an assertion.

(b) Declarant. A “declarant” is a person who makes a statement.

(c) Hearsay. “Hearsay” is a statement, other than one made by the declarant while testifying at the trial or hearing, offered in evidence to prove the truth of the matter asserted.”

portanto, de meio de prova que não se submeteu ao contraditório e que pode gerar “*unacceptable danger*” para o julgamento. Por óbvio, há exceções⁵⁵⁸, contudo, a regra geral é pela sua inadmissibilidade⁵⁵⁹. Logo, em raciocínio análogo, concluímos que a prova pericial realizada sem contraditório, ainda que não haja um sujeito passivo definido, há de ser vista como verdadeira *hearsay*.

Dada, pois a importância do contraditório num Estado Democrático de Direito, qualquer prova produzida que não passe por seu crivo, mesmo na fase do inquérito policial, não pode ser admitida no processo, em hipótese alguma.

5.4 Sistematizando os vetores

Nesse momento do trabalho, recuperaremos as premissas teóricas que o nortearam.

É possível afirmar que um processo penal garantista é a maior arma do réu-cidadão contra o Leviatã⁵⁶⁰. Nesse contexto, a busca da verdade é imperativa. Isso, pois dela advém a realização da justiça. A simbiose é completa, uma vez que a descoberta da primeira, permitirá a realização da segunda.⁵⁶¹ Não custa (re)lembrar que estão em jogo a liberdade e a própria vida de um ser humano.

⁵⁵⁸ Para uma detida análise das exceções, cf. PARK; LEONARD; GOLDBERG, *op. cit.*, p.287-415. E, ainda, STRONG, John W.; BROUN, Kenneth S.; DIX, George E. *et al.* **McCormick on Evidence**. Fifth edition. St. Paul: Hornbook Series, 1999. p.373-392.

⁵⁵⁹ Não podemos descuidar da complexidade do tema. Entretanto, é valiosa, para os fins da tese, a lição de Roger C. Park e outros (*op. cit.*, p. 257), *in verbis*: “Why is hearsay excluded? There are many answers to that question, and this text is not the place to canvass them all.¹ One answer is sufficient for most purposes: hearsay is excluded because the out-of-court declarant has not been subjected to the test of cross-examination. The absence of cross-examination creates an unacceptable danger that the trier of fact will give too much value to the declarant’s statement.”

⁵⁶⁰ Cf. No sentido do texto, Afrânio Silva Jardim: “O processo penal passou a ser ao mesmo tempo um engenhoso instrumento de repressão penal e uma forma de autolimitação do Estado, pelo princípio *nulla poena sine iudicio*.” E, prossegue o mestre: “A moderna estruturação do processo penal permite dizer que, mais do que um sábio método de se descobrir a verdade possível, é ele um meio de garantia e resguardo dos direitos individuais.” Cf. JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.43.

⁵⁶¹ Parafraseando Jaime Guasp, tem-se que “no hay más que una Justicia, como no hay más que una Verdad.” Cf. GUASP, Jaime. **La Prueba en el proceso civil español**. Madrid: Estudios Jurídicos Civitas, 1996. p. 101.

Nesse desiderato, as provas possuem aspecto ímpar, sendo certo que, como afirmado alhures, constituem o cerne do processo.⁵⁶² Assim, de sua produção e posterior análise pelo magistrado dependerá a descoberta da verdade, bem como a justa solução do caso penal. A prova, portanto, sob essa perspectiva, é um direito das partes que, quando da prolação da decisão, conhecerão, por meio da motivação, as razões que levaram o juiz a excluir ou limitar determinada iniciativa probatória.⁵⁶³

No que concerne à prova pericial, ou científica, a questão ganha nuances particulares. Tal é baseada (ou melhor, oriunda) em conhecimentos específicos (científicos) que só o perito tem. Aliás, a razão de ser da perícia é o desconhecimento técnico-científico do magistrado acerca da matéria.

Entretanto, o juiz não pode tornar-se refém desse saber, ou melhor, não pode tornar-se refém das conclusões do *expert*, sob pena de sua conversão em julgador da causa. Isso, sobretudo, porque a concepção moderna de ciência não mais permite alusão a um conhecimento científico absoluto e infenso a críticas. Some-se a isso o fato de que esse tipo de prova, não raro, é baseado em estudos estatísticos, probabilísticos, enfim, de caráter matemático, que, de modo algum, são aptos a demonstrar causalidade.

Por fim, como no processo penal brasileiro prevalece a chamada perícia oficial, realizada, muitas vezes, sem a presença das partes quando realizada na fase da investigação preliminar (inquérito policial). E, gozando o laudo pericial de presunção de veracidade e legitimidade, torna-se quase impossível à parte contraditar o perito.⁵⁶⁴ A prova pericial vigora, pois, como prova absoluta. O juiz não sabe como se chegou à conclusão apresentada, muitas vezes fruto de *junk*

⁵⁶² Estamos tratando da prova em sua acepção jurídica, pois, como já mencionado, ela é categoria mais ampla que o Direito “tomou emprestado” da realidade da vida. Vide p. 62-63 da tese.

⁵⁶³ No sentido do texto, confira-se TARUFFO, Michele. **La Motivazione Della Sentenza Civile**. Padova: Cedam, 1975. p. 439-440.

⁵⁶⁴ Com muita propriedade Cândido Dinamarco afirma que “nunca os encargos probatórios devem ser tão pesados para uma das partes, que cheguem ao ponto de dificultar excessivamente a defesa de seus próprios direitos.” Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v. III. p. 81.

science,⁵⁶⁵ e as partes não lhe conseguem prover com material científico apto a contraditar o perito oficial. Isso torna impossível que o magistrado motive sua decisão, pois finda por incorporar as conclusões do laudo, comprometendo sua independência.

Valendo-nos dos ensinamentos oriundos do *Daubert case*, procuramos demonstrar como qualquer perícia deve se orientar. Consignamos que o saber científico do perito não pode ser conhecido só por ele próprio e que também não pode basear-se em pseudociência. Embora seja um conhecimento específico, deve ser explicitado e explicado às partes e ao juiz que não pode ficar refém do laudo. Cumpre ressaltar que os assistentes técnicos, apesar de agirem com parcialidade institucional, não estão dispensados de apresentarem suas conclusões nos mesmos moldes. Ou seja, não podem se basear na chamada *junk science*.

No que concerne ao segundo vetor (aspecto subjetivo), temos que a manutenção de uma perícia oficial não é óbice a 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 comunidade científica à sua teoria *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. E, os juízes terão base para fazer valer o artigo 182 do Código de Processo Penal.

⁵⁶⁵ Taruffo leciona, citando o direito norte-americano, que: “L’esperienza insegna, specialmente negli ordinamenti in cui questi fenomeni sono per varie ragioni più diffusi, come gli Stati Uniti, che la scienza che viene introdotta nei processi non è sempre buona, ossia valida e attendibile. È molto diffusa anche la scienza cattiva (cioè la *junk science*, o scienza spazzatura), ossia l’impiego di nozioni pseudoscientifiche che sono in realtà prive di ogni attendibilità, e che il giudice usa traendole dalla propria scienza privata (quando si comporta da apprendista stregone), ovvero gli vengono fornite da periti che non sono all’altezza della situazione.” Cf. TARUFFO, Michele. Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica. In: _____. **Sui Confini**. Bologna: Società editrice il Mulino, 2002. p. 343.

Os aspectos acima mencionados possuem íntima ligação com a motivação da decisão judicial que, em última análise, é uma “garanzia di controllabilità democrática sull’amministrazione della giustizia.”⁵⁶⁶ A *testability* impõe um conhecimento testado e exposto à refutação. 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 motivação idônea e justificativa.

Cumpramos observar que tais aspectos precisam estar atrelados a uma prova pericial realizada em contraditório.⁵⁶⁷ Tal deve ser visto, sobretudo, como direito de influência. Logo, a prova, qualquer que seja ela e enquanto verdadeiro direito da parte, necessita da batuta do contraditório desde sua formação, sob pena de desafinar. E, não seria diferente com a prova pericial.

Não concordamos com os que dizem que a perícia realizada no inquérito policial não precisaria submeter-se ao contraditório, mormente inexistindo sujeito passivo definido (indiciado). Mesmo no inquérito policial, assim como em qualquer procedimento estatal, não se pode dele prescindir. Isso, pois, é corolário de um Estado Democrático de Direito que todos possam influir eficazmente nas decisões estatais, principalmente nas que afetarão diretamente sua esfera de direitos individuais. Assim, o contraditório, como direito de influência, deve permear a perícia e o trabalho do perito (aspectos objetivo e subjetivo).

Não é preciso grande esforço para perceber que as partes beneficiar-se-ão, pois poderão participar, ativa e legitimamente, da produção de prova que influirá no resultado final do processo. E, o juiz, ao decidir, terá mais segurança, pois os laudos periciais não mais espelharam um saber místico (indecifrável). Ao contrário, as diversas nuances da ciência (conhecimento científico), claramente expostas, possibilitaram uma decisão justa.

⁵⁶⁶ Cf. TARUFFO, Michele. **La Motivazione Della Sentenza Civile**. Padova: Cedam, 1975. p. 407.

⁵⁶⁷ Como bem salientou Calamandrei o contraditório é “o princípio fundamental do processo, sua força motriz e sua garantia suprema.” (tradução livre) Cf. CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democrazia**. Padova: Cedam, 1954. p. 148.

6 CONCLUSÕES

De tudo que foi exposto, cabe, neste momento, articular os tópicos principais do trabalho. Ainda que a questão da prova pericial não esteja por completo resolvida, pois guarda íntima relação com a evolução do conhecimento científico, a presente tese procurou fornecer novos elementos ao debate, propondo mudanças em sua sistemática. Sendo uma prova especial, de aspecto endoprocessual ímpar, seu estudo deve ser cuidadoso. Isso, pois, um processo que se queira respeitador dos direitos e das garantias fundamentais, precisa chegar à verdade, para que cumpra um de seus principais escopos, que é o de fazer justiça.

Assim, são essas as principais conclusões:

1. Qualquer ciência, ou saber, almeja chegar à verdade. Ainda que existam limitações e condicionantes, a busca da verdade sempre se fez (ou melhor, se faz) presente.
2. A ciência, por óbvio, também se conduz em sua busca. O conhecimento científico, por natureza, tem pretensão de chegar à verdade. E, o Direito, enquanto ciência, não haveria de ser diferente.
3. Percebe-se, entretanto, que a ciência vem experimentando uma mudança de paradigma. Com efeito, a idéia de um saber absoluto (intocável), tão ao gosto dos tradicionais, foi desafiada por Karl Popper, que, em verdadeiro corte epistemológico, propôs uma nova visão.
4. Assim, assumindo seus ensinamentos, entendemos que o conhecimento científico deve ser testado, refutado e falseado (*testability, refutability e falsifiability*). Isso não o diminui, apenas o desvencilha das amarras do senso comum e da *junk science*.

5. Neste contexto, chegar a uma verdade absoluta é impossível, até pela própria limitação da ciência, do conhecimento científico. Mas, isso não deve levar ao raciocínio de que ela seja prescindível ou inalcançável.
6. No direito processual, a verdade não precisa ser adjetivada (formal, material/real, ou processual), pois, enquanto valor humanitário, sua busca deve ser uma preocupação constante. Para isso, todos os meios disponíveis têm de ser empregados em sua construção.
7. O processo, enquanto instrumento de realização da jurisdição, deve espelhar a verdade, para que faça justiça. Isso será alcançado analisando-se o acervo probatório.
8. É por meio das provas que se chega à verdade.
9. Dentre as provas, a perícia (ou prova pericial, ou científica, ou técnica) ganha especial destaque, pois atrelada (dependente) a um conhecimento específico que só o *expert* (perito) possui.
10. Esse conhecimento não pode ser uma incógnita para as partes e para o juiz. É preciso que se observem os requisitos para que qualquer saber científico seja aceito no processo. Tais foram construídos no *Daubert case*, julgado pela Suprema Corte norte-americana, e são: *testability, error rate, peer review and publication and general acceptance*. Com isso visa-se evitar laudos e opiniões baseados em *junk science*. Estamos no aspecto objetivo da perícia.
11. Igualmente, o perito oficial deve ser confrontado por assistentes técnicos das partes. Notadamente no processo penal, onde a perícia é oficial, o perito não pode esconder-se numa suposta presunção de veracidade e legitimidade de seu laudo (que, em

última análise, é um ato administrativo). Trata-se do aspecto subjetivo da prova pericial.

12. Unindo os dois vetores (ou seja, os dois aspectos acima mencionados), e catalisando-os, está o contraditório.
13. O contraditório deve ser observado em questões de fato e de direito, devendo integrar a prova desde sua formação.
14. Assim, a prova pericial deve formar-se sob o crivo do contraditório, sendo certo que o contraditório diferido não atende a moderna concepção do mesmo, qual seja, como direito de influência. Aliada à audiência bilateral, trata-se do direito de influir eficazmente numa decisão estatal que incidirá na esfera de direitos individuais do cidadão.
15. Nesse sentido, sustentamos a existência do contraditório no inquérito policial. Logo, eventual perícia realizada em seu curso, sem contraditório, não pode integrar a relação processual. Ainda que não haja indiciado.
16. A conjugação do contraditório, numa perícia pautada em critérios aferíveis e verdadeiramente científicos (no sentido que lhe deu Popper, bem como a Suprema Corte norte-americana) e com possibilidade real de confrontar o laudo do perito, não mais visto com as presunções absolutas do ato administrativo, levará a uma prova mais correta, e, conseqüentemente, a uma decisão mais justa e bem fundamentada.
17. A observação dos aspectos objetivo e subjetivo, jungidos pelo contraditório, conduzirá a uma prova segura, que chegue à verdade e que, enfim, faça justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

AMAR, Akhil Reed. **The Constitution and criminal procedure: first principles**. New Haven – London: Yale University Press, 1997.

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

ANDREETA, José Pedro; ANDREETA, Maria de Lourdes. **Quem se atreve a ter certeza?** A realidade quântica e a filosofia. São Paulo: Mercuryo, 2004.

APRILE, Ercole. **La Prova Penale** (artt.187 – 271 cod. proc. pen.). Milano: Giuffrè, 2002.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rengel. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: **Temas de Direito Processual**. 6. série. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. In: **Temas de Direito Processual**. 7. série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Processo Civil e Penal: Mão e Contramão? **Revista de Processo**, São Paulo, n. 24, p.18, abr./jun.1999.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 358, p. 91-114, nov./dez.2001.

BATISTA, Weber Martins. **Direito Penal e Direito Processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BECKER, Ronald F. **Scientific evidence and expert testimony handbook: a guide for lawyers, criminal investigators and forensic specialists**. Illinois: Charles Thomas - Publisher, 1997.

BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, s/l, n. I, p. 131-138, 1952.

BEYEA, Jan; BERGER, Daniel. Scientific Misconceptions Among Daubert Gatekeepers: The Need for Reform of Expert Review Procedures. In: **Law and Contemporary Problems**: Complex Litigation at the Millennium. North Carolina: Duke University School Of Law, v. 64, ns. 2&3, p. 327-328, spring/summer, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 494949/SP, 1ª Turma, Relator Sepúlveda Pertence, publicado no ementário volume 02157-18, p.03543. Habeas Corpus nº 73.647/SP, 2ª Turma, Relator Maurício Corrêa, publicado no ementário volume 01840-02, p.00400. Recurso Extraordinário nº 230020/SP, 1ª Turma, Relator Sepúlveda Pertence, publicado no ementário volume 02157-03, p.00465. Disponíveis em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83.657, 2ª Turma, Relator: Celso de Mello, publicado no ementário volume 02148-5, p.01025. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2006.

_____. Tribunal Regional Federal. Apelação Criminal nº 2005.38.02.002020-0/MG, 3ª Turma, Relator: Tourinho Neto, publicado em 15/09/2006, DJ p.28. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 20 dez. 2006.

BUZAID, Alfredo. Processo e Verdade no Direito Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 47, p. 92 e 98, jul./set. 1987.

CALAMANDREI, Piero. La sentenza civile come mezzo di prova. In: _____. **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano editore, 1972. v. V.

_____. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In: _____. **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano editore, 1972. v. V.

_____. **Processo e Democrazia**. Padova: Cedam, 1954.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. **Introdução ao direito** (filosofia, história e ciência do direito). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. v. II.

CANARIS, Claus-Wihelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1986.

CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del nuovo processo civile italiano**. 2. ed. Roma: Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1941.

CARO, Agostino De. **Poteri Probatori del Giudice e Diritto alla Prova**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CHASE, Oscar G. **Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context**. New York: New York University Press, 2005.

CHAUÍ, Marilena de Souza. Vida e obra. In: **Os pensadores**. São Paulo, Nova Cultural, 1996.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COMOGLIO, Luigi Paolo. L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatistica. **Rivista di Diritto Processuale**, Milão, Cedam, Ano LX (2ª série), n. 4, p. 1145-1170, out./dez. 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. Quinta edizione. Milano: Giuffrè, 2000.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de Direito Processual Civil**. Tradução de Benedicto Giacobini. Campinas: RED, 1999.

DALBIGNAT-DEHARO, Gaëlle. **Vérité Scientifique et Vérité Judiciaire en Droit Prive**. Paris: L.G.D.J, 2004.

DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di Diritto Processuale Penale**. Quinta edizione. Padova: Cedam, 2003.

DALLARI, Adílson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DAMASKA, Mirjan R. **I volti della giustizia e del potere**. Tradução de Andrea Giussani e Fabio Rota. Bologna: Società editrice il Mulino. 1991.

DAUBERT v. Merrell Dow Pharmaceuticals. Disponível em: <www.findlaw.com>. Acesso em: 22 mar. 2006.

DERSHOWITZ, Alan. **Rights from Wrongs: A Secular Theory of the Origins of Rights**. New York: Basic Books, 2004.

DEU, Tereza Armenta. **Lecciones de Derecho Procesal Penal**. 2. ed. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, 2004.

DEUTSCH, Karl Wolfgang. **Política e governo**. 2. ed. Tradução de Maria José Mendes. Brasília: UnB, 1983.

DILTHEY, Wilhelm. **Historia de la Filosofía**. 2. ed. México: Efe – Fondo de Cultura Económica, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v. III.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 6. ed. São Paulo: EDUSP, 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005.

FERNÁNDEZ, Ricardo Rodríguez. **Derechos Fundamentales y Garantías Individuales en el Proceso Penal**. Granada: Comares, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

_____. **Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale**. 7. ed. Roma: Laterza, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, Giuffrè, ano XLII, 1988.

FLORIAN, Eugênio. **Elementos de Derecho procesal penal**. Tradução de L. Prieto Castro. Barcelona: BOSCH-casa editorial, s/d.

FOSTER, Kenneth R.; HUBER, Peter W.. **Judging science: scientific knowledge and federal courts**. Londres: MIT Press, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la Administración**. Madrid: Civitas, 2000.

GARGARELLA, Roberto. **Crisis de la Representación Política**. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 1997.

GIANNITI, Pasquale. **Processo civile e penale a confronto**. Padova: Cedam, 2003.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em Descontrole**. 3. ed. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2003.

GONÇALVES, Plínio Aroldo. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GORDILHO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. v. VII. t. 4.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. In: _____. **Estudos de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. In: _____. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. Um Difícil Mister. In: _____. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. O Conceito de Prova. In: _____. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. O Princípio do Contraditório. In: _____. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. **A Teoria da Ação no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **Jurisdição Voluntária Moderna**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **O Processo de Execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. I.

GREVI, Vittorio. Prove In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio (Org.). **Compendio di Procedura Penale**. Seconda Edizione. Padova: Cedam, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Marcha do Processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. Direito à prova. Contraditório e perícias penais. O direito ao assistente técnico. In: _____. **O Processo em Evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

_____. O conteúdo da garantia do contraditório. In: _____. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

GUASP, Jaime. **La Prueba en el proceso civil español**. Madrid: Estudios Jurídicos Civitas, 1996.

GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. **Procédure Pénale**. 2. ed. Paris: Litec, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. v. II.

HEIDEGGER, Martin. Sobre a essência da verdade. Tradução de Ernildo Stein. In: _____. **Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução de António Correia. 7. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

HOBBSAWM, Eric J. **A Era das Revoluções**. 16. ed. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. **La Motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione**. Milano: Giuffrè Editore, 1997.

IRELLI, Vincenzo Cerulli. **Corso di Diritto Amministrativo**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.

ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale *et al.* **Criminal Procedure and the Constitution**. St. Paul: West Publishing Co., 2005.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JASANOFF, Sheila. **La Scienza Davanti Ai Giudici**. Tradução de Marta Graziadei. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

KARAN, Maria Lúcia. Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 35, p. 55-73, jul./set. 2001.

KIELY, Terrence F. **Forensic evidence: science and the criminal law**. EUA: CRC Press LLC, 2000.

LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. **Criminal Procedure**. Fourth Edition. Hornbook Series, Thomson West. 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEMPERT, Richard O.; GROSS, Samuel R.; LIEBMAN, James S. **A Modern Approach to evidence: text, problems, transcripts and cases**. 3. ed. ST.Paul: West Group, 2000.

LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963. v. II.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos**. São Paulo: Manole, 2005.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. III.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: UnB, 1981.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tradução de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951. t. I.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. I.

MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. **Cidadania e Justiça**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 6, p. 237-248, 1999.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1998. v. II.

MATTEUCCI, Nicola. Opinião pública. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A prova. Tradução de Teresa Celina de Arruda Alvim. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 16, p. 155-168, out./dez. 1979.

MIRANDA v. Arizona. Disponível em: <www.findlaw.com>. Acesso em: 05 jul. 2006.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução de Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORELLO, Augusto M. La Prueba Científica. In: **La Prueba: Tendencias modernas**. 2. ed. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2001.

MURPHY, Peter. **Evidence, Proof, and Facts**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES BAPTISTA, Francisco das. **O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NIETZSCHE, Friedrich W. A arte em “o nascimento da tragédia”. In: _____. **Os pensadores**. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

_____. O nascimento da tragédia no espírito da música. In: _____. **Os pensadores**. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

_____. Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral. In: _____. **Os pensadores**. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

OLMEDO, Jorge A. Clariá. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, s/d, t. I.

PARK, Roger C.; LEONARD, David P.; GOLDBERG, Steven H. **Evidence Law, A Student's Guide to the Law of Evidence as Applied in American Trials**. 2. ed. Thomson West, 2004.

PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. In: _____. **Le Prove nel Diritto Civile Amministrativo e Tributario**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1986.

PEGORARO, Olinto A. **Ética é justiça**. Petrópolis: Vozes, 1995.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a Nova Retórica**. Tradução de Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. A Ética e os personagens do processo. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n.13, p. 241-248, jan./jun. 2001.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O indiciamento como ato de Polícia Judiciária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 577, p. 313-316, nov. 1983.

PIZZI, William T. **Juicios y Mentiras**: crónica de la crisis del proceso penal estadounidense. Tradução de Carlos Fidalgo Gallardo. Madrid: Tecnos, 2004.

PLANTEY, Alain; BERNARD, François-Charles. **La Preuve Devant Le Juge Administratif**. Paris: Economica, 2003.

PLATÃO. Defesa de Sócrates. Tradução de Jaime Bruna. In: _____. **Os pensadores**. II. São Paulo: Abril Cultural, 1972.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REIS, José Carlos. **Wilhelm Dilthey e a autonomia das ciências histórico-sociais**. Londrina: Eudel, 2003.

RIBEIRO, Cláudio da Silva. **Psicologia histórica**: interdisciplinariedade e aspectos metodológicos. Disponível em: <www.psicologia.com.pt>. Acesso em: 11 fev. 2005.

ROBERTS, Paul. **Science, Experts, and Criminal Justice**. In: MC CONVILLE, Mike; WILSON, Geoffrey (Org.) *The Handbook of the Criminal Justice Process*, Oxford: Oxford University Press, 2002.

RODRÍGUEZ, Concepción Barrero. **La Prueba en el Procedimiento Administrativo**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2003.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SAMAHA, Joel. **Criminal Procedure**. Sixth Edition. Thomson Wadsworth, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.I.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCAPARONE, Metello. Indagini preliminari e udienza preliminare. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio (Org.). **Compendio di Procedura Penale**. Seconda Edizione. Padova: Cedam, 2003.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Dores do mundo**. S/ referência de tradutor. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, s/ d.

SOUZA, Mériti de. **A Experiência da Lei e a Lei da Experiência**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

STELLA, Federico. **Giustizia e Modernità**. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRONG, John W.; BROUN, Kenneth S.; DIX, George E. *et al.* **McCormick on Evidence**. Fifth edition. St. Paul: Hornbook Series, 1999.

SUCAR, Germán. Verdad y ficción. In: BERGALLI, Roberto; MARTYNIK, Claudio (Comp.). **Filosofía, política, derecho**: homenaje a Enrique Marí. Buenos Aires: Prometeo, 2003.

TARUFFO, Michele. **Il controllo di razionalità della decisione fra lógica, retorica e dialettica**. Disponível em: <www.studiocelentano.it> Acesso em: 10 mar. 2006.

_____. **La Prueba de los Hechos**. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

_____. **La Motivazione Della Sentenza Civile**. Padova: Cedam, 1975.

_____. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. In: _____. **Sui Confini**. Bologna: Società editrice il Mulino, 2002.

_____. Idee per una teoria della decisione giusta. In: _____. **Sui Confini**. Bologna: Società editrice il Mulino, 2002.

_____. Giudizio: Processo, Decisione. In: _____. **Sui Confini**. Bologna: Società editrice il Mulino, 2002.

_____. Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica. In: _____. **Sui Confini**. Bologna: Società editrice il Mulino, 2002.

TARZIA, Giuseppe. "Il contraddittorio nel processo esecutivo". In: **Esecuzione forzata e procedure concursali**. Milano: Cedam, 1994.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Teorias do Delito (Variações e Tendências)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. I.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 3.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1 e 3.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**. Problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, Rogério Lauria, **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Teoria do direito processual penal**: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VALLEJO, Manuel Jaén. **LA JUSTICIA PENAL EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL 2000**. Madrid: Dykinson, 2001.

VENDITTI, Pasquale; VENDITTI, Giuseppe. **Le investigazioni private**. Milano: Altagamma, 2006.

VISHINSKI, Andrei. **A Prova Judicial no Direito Soviético**. Tradução de Roberto Pereira de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1957.

WALTER, Gerhard. **Libre Apreciación de la Prueba**. Tradução de Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)