Universidade do Minho
Escola de Direito

Maria João Bogas Ermida Lourenço

Cruzamentos entre Direito e Ciência: pensando o regime da prova pericial no ordenamento jurídico português

abril de 2023

Cruzamentos entre Direito e Ciência: pensando o regime da prova pericial no ordenamento jurídico português
Maria João Bogas Ermida Lourenço
UMinho | 2023

Universidade do Minho
Escola de Direito

Maria João Bogas Ermida Lourenço

Cruzamentos entre Direito e Ciência: pensando o regime da prova pericial no ordenamento jurídico português

Tese de Doutoramento
Doutoramento em Ciências Jurídicas
Especialidade em Ciências Jurídicas Gerais

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Maria Clara da Cunha Calheiros de Carvalho

abril 2023

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações
CC BY-NC-ND

https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

AGRADECIMENTOS

A presente investigação é fruto de um caminho trilhado ao longo de vários anos que fica sobretudo marcado pela dedicação de todos aqueles que sempre me acompanharam.

Agradeço, por isso, à Universidade do Minho e muito especialmente à Escola de Direito, nas pessoas dos seus Presidentes, Docentes e Funcionários, que, desde o ano letivo de 2006/2007, ano em que ingressei na Licenciatura em Direito, foi a instituição que me acolheu no meu percurso académico e, desde o ano letivo 2016/2017, me acolheu também no meu percurso profissional.

Agradeço também muito particularmente à Professora Doutora Maria Clara Calheiros, de quem fui aluna no meu 1.º ano da Licenciatura de Direito e de quem não mais deixei de ser (o que creio ser revelado nesta investigação). A liberdade de pensamento que me permitiu e que tão sabiamente doseou com as suas atinentes e acutilantes reflexões críticas revelaram-se cruciais tanto para o crescimento individual, como para o rumo e conclusão da investigação.

Agradeço, por fim, aos meus pais e ao Pedro, que estiveram sempre presentes neste percurso. Aos três dedico este trabalho.

A todos, os meus sinceros e profundos agradecimentos.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducentes à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

RESUMO

Hoje é por todos reconhecida a crescente importância da prova pericial no funcionamento dos sistemas judiciais contemporâneos. Porém, o seu uso frequente, massivo e diverso, coloca sérios desafios ao modelo de administração de justiça entre nós vigente.

De entre estes será de destacar, por imediato, a (inconsciente) reconfiguração do modelo institucional e probatório que agora parece já fundado na autoridade dos peritos na medida em que a crescente produção de conhecimento científico tende a gerar o risco de substituição do trabalho jurisdicional pelo trabalho dos peritos. Por sua vez, a dependência epistémica dos atores judiciais tende a culminar numa aceitação acrítica da autoridade de qualquer afirmação que seja descrita como *científica* e, por conseguinte, mostra-se generalizada a crença de que as decisões judiciais apoiadas em *provas científicas* são inquestionáveis ou irrefutáveis. Na prática judiciária verifica-se que os juízes tendem a reduzir os seus esforços argumentativos para motivar racionalmente a decisão, bastando-se com a remissão para o relatório pericial sempre que a ele há lugar, crendo que à decisão será atribuída uma autoridade epistemologicamente distinta. A falta de controlo judicial sobre a qualidade de informação apresentada pelos peritos não só acarreta um enfraquecimento no sistema de garantias na apreciação dos factos e na aplicação do Direito, como se pode mostrar contrária às finalidades da prova judicial e pode afetar as bases sobre as quais se constrói a legitimidade das decisões judiciais.

As marcas do nosso tempo, como a hiperespecialização desagregadora, a democratização do ensino e a complexidade dos factos que hoje são levados a decidir nos tribunais, potenciam todos estes reptos, que não são meramente teóricos. De facto, a história da prática do uso da

prova científica está repleta de exemplos de conhecimento não confiável produzido e aceite como *científico* e ainda hoje nas salas dos tribunais esses exemplos vão-se repetindo. A análise da *práxis* judiciária que desenvolvemos e os estudos empíricos disponíveis na literatura justificam estas nossas preocupações.

Na presente investigação procuramos discutir a (des)adequação da configuração processual da prova pericial aos propósitos da prova e ao modelo de administração da justiça que atribui, em exclusivo, a função jurisdicional ao tribunal. Partindo de uma análise epistemologicamente cunhada que nos levou a atribuir um caráter testemunhal à prova pericial, discutimos os pressupostos em que se funda o regime legal da prova pericial. Concluindo que o regime atual não serve os propósitos da prova e que tende a permitir uma atitude deferencial que não se coaduna com os princípios que justificam a exclusividade da função jurisdicional, desenvolvemos, ao abrigo de experiência comparada, alguns contributos para o aperfeiçoamento do regime jurídico da prova pericial no ordenamento jurídico português.

Palavras chave: ciência; epistemologia; função jurisdicional; prova pericial; verdade.

ABSTRACT

Today, the increasingly importance of expert evidence on the contemporary judicial systems is unanimously recognized. However, its frequent, massive and diverse usage poses serious dangers to the current model of administration of justice.

Among the various dangers, it is worth highlighting the (unconscious) reconfiguration of the institutional and evidentiary model that now seems to be based on the authority of experts, insofar as the growing production of scientific knowledge tends to generate the risk of replacing jurisdictional work with experts' work. Moreover, the epistemic dependence of judicial actors leads to an uncritical acceptance of any statement that is described as scientific and, therefore, it becomes widespread the belief that judicial decisions supported by scientific evidence are unquestionable or irrefutable. In judicial practice, judges tend to reduce their argumentative efforts to reason on the decision, relying only on referring to the expert report whenever there is room for it, believing that the decision will be attributed an epistemologically distinct authority. The lack of judicial control over the quality of the information presented by the experts not only weakens the system of guarantees in the assessment of the facts and in the application of the Law, but can also prove to be contrary to the purposes of judicial evidence and can affect the bases on which the legitimacy of judicial decisions is created.

The hallmarks of our time, such as the hyperspecialization, the democratization of teaching and the complexity of the facts that today are presented in the courts, enhance all these challenges, which are not merely theoretical. In fact, the historically the usage of *scientific evidence* is full of examples of unreliable knowledge produced and accepted as scientific and even today in

courtrooms these examples are repeated. Therefore, our concerns are even more justified by the analysis of judicial *praxis* here developed and the empirical studies available in the literature.

In this investigation, we seek to discuss the (inadequacy) adequacy of the procedural configuration of expert evidence to the purposes of the evidence and to the model of administration of justice that assigns, exclusively, the jurisdictional function to the court. Starting from an epistemologically coined analysis that led us to assign a testimonial character to expert evidence, we discuss the assumptions on which the legal regime of expert evidence is based. We conclude that the current regime does not serve the purposes of evidence and that it tends to allow a deferential attitude that is not in line with the principles that justify the exclusivity of the jurisdictional function, we develop, based on comparative experience, some contributions to the improvement of the legal regime of expert evidence in the Portuguese legal system.

Keywords: epistemology; expert testimony; jurisdictional function; science; truth.

ÍNDICE

Abreviaturas e siglas xviii

Introdução 20

PARTE I OS (NOVOS) DESAFIOS DO E AO CONHECIMENTO E SEUS REFLEXOS AO NÍVEL PROCESSUAL: INCURSÃO HISTÓRICA E O NOVO PARADIGMA DE PROVA 38

Delimitação do objeto de análise e ordem metodológica da exposição 39

1. Processo judicial e episteme em sintonia: retrospetiva em reflexão 43

1.1. Breve resenha sobre a evolução histórica dos modelos probatórios 43

1.2. Os crescentes avanços da ciência e implicações na lógica probatória: o paradigma da *prova científica* 52

2. O atual estado: o cientificismo 63

2.1. A exaltação da ciência: aproximação aos "mitos e paradigmas" 64

2.1.1. O mito da infabilidade da ciência 65

2.1.2. Paradigma da individualização 72

2.2. Os riscos da exaltação da ciência no modelo atual de administração da justiça 76

3. Da *prova científica* à prova pericial 82

3.1. A *prova científica* é epistemologicamente distinta? O problema da demarcação aplicado ao nosso objeto de estudo 83

3.2. Clarificação terminológica: aproximação ao conceito de *prova científica* 89

Ponto de ordem 92

PARTE II ENQUADRAMENTO LEGAL DA PROVA PERICIAL NO CPP E CPC 93

Delimitação do objeto de análise e ordem metodológica da exposição 94

1. Prova pericial no CPP 98

1.1. Admissibilidade 98

1.2. Produção 99

1.2.1. Quem realiza a perícia 99

1.2.2. Objeto da perícia 102

1.2.3. Realização da perícia 104

1.2.4. Relatório pericial 108

1.2.5. Meios de reação 110

1.3. Valor da prova pericial 111

2. Prova pericial no CPC 116

2.1. Admissibilidade 117

2.2. Produção 118

2.2.1. Quem realiza a perícia 118

2.2.2. Objeto da perícia 123

2.2.3. Realização da perícia 125

2.2.4. Relatório 127

2.2.5. Meios de reação 128

2.3. Força probatória 131

3. Modelo(s) de prova pericial 133

3.1. Síntese comparativa 133

3.1.1. Admissibilidade 133

3.1.2. Produção 135
3.1.2.1. Quem realiza a perícia 135
3.1.2.2. Objeto da perícia 136
3.1.2.3. Realização da perícia 137
3.1.2.4. Relatório 139
3.1.2.5. Meios de reação 140
3.1.3. Força probatória 145
3.2. Ensaio justificativo 147
Ponto de ordem 152

Parte III APROXIMAÇÃO TEÓRICO-DOUTRINAL À PROVA PERICIAL: (DES)CONSTRUINDO CONCEITOS 154
Delimitação do objeto de análise e ordem metodológica da exposição 155
1. A complexidade da prova pericial 157
1.1. Diferentes concetualizações e configurações 157
1.2. Aproximações a um conceito de prova pericial 165
1.3. Visão comparatística: a prova pericial e figuras afins 170
1.3.1. Perícias e exames 171
1.3.2. Relatórios periciais e pareceres 174
1.3.3. Relatórios periciais e informações periciais 176
1.3.4. Relatórios periciais e relatórios sociais 177
1.3.5. Diferentes classificações das perícias 178
1.3.5.1. Perícias obrigatórias e perícias facultativas 179
1.3.5.2. Perícias singulares, perícias colegiais e perícias multidisciplinares 179
1.3.5.3. Primeiras perícias, segundas perícias e novas perícias 180

1.3.5.4. Perícias de natureza pública/oficial e perícias de natureza particular/privada 181

2. A prova pericial do ponto de vista subjetivo 182

2.1. O papel do perito no processo judicial 182

2.2. Visão comparatística: o perito entre os diferentes participantes processuais *lato sensu* 184

2.2.1. O perito e o juiz 184

2.2.2. O Perito e o árbitro 186

2.2.3. O Perito e o jurado 187

2.2.4. O Perito e a testemunha 187

2.2.5. Perito e técnico, assessor técnico e consultor técnico 192

2.2.6. Perito e demais técnicos que não os técnicos, assessores técnicos ou consultores técnicos anteriormente analisados 196

3. Natureza jurídica e epistemológica da prova pericial 197

3.1. Ser-se perito 200

3.2. Identificando (legalmente os) especialistas 203

3.3. A prova pericial e o seu caráter testemunhal 205

3.3.1. Os contributos da epistemologia do testemunho 208

3.3.1.1. Tese reducionista 208

3.3.1.2. Tese antirreducionista 210

3.3.2. Superação das teorias tradicionais e implicações na prova pericial 211

Ponto de ordem 214

PARTE IV APROXIMAÇÃO À PRÁTICA JUDICIÁRIA: A DESADEQUAÇÃO DO BROCARDO *IUDEX PERITUS PERITORUM* 217

Delimitação do objeto de análise e ordem metodológica da exposição 218

1. Retrato da casuística judiciária 226
1.1. Admissibilidade 226
1.1.1. As reservas à admissibilidade da prova pericial no âmbito do CPP 227
1.1.2. A política aberta de admissibilidade no CPC 231
1.2. Produção 234
1.3. Força probatória 237
1.3.1. O valor (reforçado) da prova pericial no CPP 238
1.3.2. A(ilusória) livre apreciação da prova no CPC 242
2. (O risco da) Transferência do ofício jurisdicional para o perito e (da) subversão dos propósitos da prova 245
2.1. O mito da infalibilidade da ciência: a deficiente cultura científica e a crença nas potencialidades da ciência 252
2.2. Inadequada comunicação dos resultados e dependência epistémica 260
3. Diferentes atitudes perante a prova pericial: o caso particular das perícias públicas/oficiais e do perito nomeado pelo tribunal face às perícias de parte 268
4. Insatisfação (não) generalizada 273
Ponto de ordem 277
PARTE V REFLETINDO CRITICA E EPISTEMOLOGICAMENTE SOBRE OS MODELOS DA PROVA PERICIAL: DESADEQUAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS JURÍDICOS E EPISTEMOLÓGICOS DA PROVA PERICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS 279
Delimitação do objeto de análise e ordem metodológica da exposição 280
1. Admissibilidade 283
2. Produção 286
2.1. Quem realiza a perícia 286
2.1.1. Perícia de natureza pública/oficial 286

2.1.1.1. Desconstruindo as presunções de imparcialidade e competência da perícia pública/oficial 287
2.1.1.1.1. O mito da imparcialidade 288
2.1.1.1.1.1. A imparcialidade de origem: desadequação dos critérios de seleção do perito 291
2.1.1.1.1.2. A (im)parcialidade cognitiva 300
2.1.1.1.1.3. A (im)parcialidade motivacional 302
2.1.1.2.2. O mito da competência 303
2.1.1.2.2.1. Falta de meios técnicos e humanos 305
2.1.1.2.2.2. Não cumprimento de procedimentos e outras más práticas 309
2.1.2. Perito designado pelas partes 323
2.1.3. Preferência pela perícia singular 326
2.2. Objeto da perícia 327
2.3. Relatório 330
2.4. Meios de reação 331
3. Força probatória 333
Ponto de ordem 337
PARTE VI EXPERT TESTIMONY: O MODELO DE PROVA PERICIAL DOS EUA 340
Delimitação do objeto de análise e ordem metodológica da exposição 341
1. Caso Frye v. United States: o critério da aceitação geral 349
1.1. O caso 349
1.2. Os contributos da decisão 351
1.3. Dificuldades de ordem prática, resultados e críticas ao modelo 352
2. Federal Rules of Evidence (1975) 358
3. Caso Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.: os fatores Daubert 361
3.1. A decisão e os seus contributos para o atual quadro 362
3.2. A decisão e os seus contributos para o atual quadro 364

3.3. Discutindo os critérios Daubert 367
3.3.1. A filosofia da ciência em Daubert 367
3.3.2. Publicação e revisão por pares 370
3.3.3. Taxas de erro 371
3.3.4. Críticas generalizadas 372
3.4. O quinto fator Daubert 374
4. Caso General Electric Company et al. v. Robert K. Joiner et ux. 376
4.1. O caso 376
4.2. A decisão e os seus contributos para o atual quadro 378
5. Case Kumho Tire Company, Ltd. et al. v. Carmichael et al. 381
5.1. O caso 382
5.2. A decisão e os seus contributos para o atual quadro 383
5.3. Críticas 386
6. Revisão das Federal Rules of Evidence em 2000 388
7. Atual prática e críticas ao modelo 393
7.1. Propostas de revisão do modelo 405
7.2. Aproximação do modelo adversarial de perícias norte americano ao modelo público de perícias continental? 408
Ponto de ordem 420

PARTE VII CONTRIBUTOS PARA O APERFEIÇOAMENTO DO REGIME JURÍDICO DA PROVA PERICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS 423
Delimitação do objeto de análise e ordem metodológica da exposição 424
1. Admissibilidade da prova pericial 430
1.1. Relevância 432
1.2. Necessidade 433

1.3. Validade 439
1.4. Competência do perito 443
2. Produção da prova pericial 448
2.1. Desconstruindo os mitos e paradigmas 448
2.1.1. Mito da infalibilidade 448
2.1.2. Superação do paradigma da individualização 450
2.1.3. A confiabilidade da prova pericial 453
2.1.4. A credibilidade do perito 457
2.2. Da distinta configuração da prova pericial: do relatório pericial como documento à atividade pericial com natureza testemunhal 460
2.3. O contraditório como ferramenta cognoscitiva (e de novo a epistemologia do testemunho) 462
2.4. Relatório 471
2.5. Os juízes como "cientistas amadores" 477
3. Força probatória e valoração da prova pericial 483

Conclusões 496

Referências citadas 515
Doutrina 515
Jurisprudência 541
Tribunais nacionais 541
Tribunal Europeu dos Direitos do Homem 545
Tribunais norte-americanos 545

Anexos 547
Anexo A - caso Frye v. United States (1923) 548

Anexo B - Federal Rules of Evidence (1975) 550

Anexo C - Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals inc. (1993) 554

Anexo D - General Electric Company et al. v. Robert K. Joiner et ux. (1997)..... 570

Anexo E - Kumho Tire Company, ltd. et al. v. Carmichael et al. (1997) 584

Anexo F – Federal Rules of Evidence (2000) 601

ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac.	Acórdão
Art.	Artigo
ASJP	Associação SIndical dos Juízes Porgueses
Atu.	Atualizada
CC	Código Civil
CEDH	Convenção Europeia dos Direiros do Homem
Cf.	Conferir
CML	Conselho Médido Legal
CSM	Conselho Superior da Magistratura
DIAP	Departamento de Investigação e Ação Penal
DL	Decreto-lei
DNA	DeoxyriboNucleic Acid
Etc.	Et cetera
EUA	Estados Unidos da América
ENFSI	European Network of Forensic Science Institutes
GML	Gabinete de Medicina Legal
GMLF	Gabinete de Medicina Legal e Forense
GNR	Guarda Nacional Republicana
I.e.	Isto é
INMLCF	Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses

L	Lei
LPC	Laboratório de Polícia Científica
MP	Ministério Público
OA	Ordem dos Advogados
OPC	Órgãos de Polícia Criminal
P. ex.	Por exemplo
PCR	Polymerase Chain Reaction
PJ	Polícia Judiciária
Proc.	Processo
PSP	Polícia de Segurança Pública
Rev.	Revista
RU	Reino Unido
SMMP	Sindicato dos Magistrados do Ministério Público
SNS	Serviço Nacional de Saúde
SS.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
STR	Short Tandem Repeats
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
VNTR	Variable Numbers of Tandem Repeats

INTRODUÇÃO

O mundo em que vivemos mudou profundamente nas últimas décadas. O fim da lógica bipolar nas relações internacionais irrompeu na emergência de novos equilíbrios, novos atores, novos riscos e ameaças. Atualmente vivemos num tempo de crises plurais e de modificações do sentido da vivência de valores e de perda de referências comuns que julgáramos intemporais. No quadro traçado por Zygmunt Bauman vivemos numa época por si designada como "modernidade líquida", em que as relações sociais, económicas e de produção são frágeis, fugazes e maleáveis como os líquidos. Uma época marcada por economias capitalistas globais com crescente privatização de serviços e revolução da informação e na qual as relações económicas se sobrepõem às relações sociais e humanas e em que se evidencia um novo peso de responsabilidade individual porque os padrões tradicionais podem ser substituídos por outros autoescolhidos, reconhecendo-se que cada pessoa será, por si, uma instituição[1].

Nesta mudança de paradigma que nos leva a questionar muito que déramos por certo, assumiram particular relevância os desenvolvimentos técnicos e científicos: a revolução verificada

[1] Cf. BAUMAN, Zygmunt – *Modernidade líquida.* Rio de Janeiro: Zahar, 2011. ISBN 978-85-378-0772-9.

nestas áreas tem vindo a permitir potencialidades civilizacionais inimagináveis, mas também novas fragilidades e a recuperação de preocupações passadas. Fruto desses desenvolvimentos, praticamente todas as áreas de atuação humana e as áreas do saber empírico conheceram reformulações à luz de novas abordagens, produto de novos critérios e processos de produção, tanto de informação como de conhecimento.

A estas alterações não ficou indiferente o sistema judicial. De facto, nos últimos anos, em parte devido à especialização (e por vezes à hiperespecialização) das nossas sociedades, e em parte devido ao significativo e crescente impacto que a ciência e a tecnologia têm no nosso quotidiano, a ciência invadiu o campo do Direito.

Talvez as implicações mais imediatas se tenham feito sentir num plano legislativo, já que os avanços da ciência e da tecnologia criaram novos e mais complexos problemas, muitas vezes de compatibilização com/entre direitos e princípios fundamentais. Pensemos, p. ex., na difícil articulação das técnicas de neuroimagem com os direitos dos arguidos e os princípios gerais do processo penal; ou a articulação dos direitos, liberdades e garantias com os meios de captação de som e imagem; ou a realização coerciva de testes de DNA em ações de estabelecimento da filiação; ou ainda noutros problemas que se têm debatido no Direito da bioética, como a procriação medicamente assistida, a interrupção voluntária da gravidez, o suicídio assistido e a clonagem.

Mas as interações entre o Direito e a ciência também se fazem sentir no plano judicial. Com efeito, as salas dos tribunais têm sido tomadas por litígios mais complexos que exigem cada vez mais conhecimentos técnicos e científicos de que os juízes não dispõem. Serão meros exemplos as ações judiciais em que se discutem danos ambientais, responsabilidade médica, cibercriminalidade, direitos de autor sobre *Non-fungible token*, ou ainda questões relacionadas com a procriação medicamente assistida ou a aplicação da inteligência artificial nas mais variadas áreas de atuação humana.

Em simultâneo, os avanços da ciência e a tecnologia impulsionaram a criação de métodos e instrumentos que permitem, com maior certeza e segurança, o conhecimento e a demonstração de factos juridicamente relevantes. Pensemos, a este respeito e a título exemplificativo, nas técnicas de identificação lofoscópica ou fotográfica e nas potencialidades dos já mencionados meios de gravação e de captação de som e imagem. E isto, claro, sem esquecer a tecnologia de DNA que apenas nos EUA e nos casos reanalisados pelo Innocent Project já possibilitou a exoneração de trezentas e setenta e cinco pessoas condenadas injustamente, das quais vinte e

uma haviam sido condenadas a pena de morte[2]. Em todas estas situações, e em muitas outras, a tecnologia e a ciência prestaram um importante auxílio na concretização das finalidades da realização da justiça.

Estas últimas interações assumem tal relevância que na revisão da dogmática jurídica em termos comparados é possível notar um consenso de que a prova de natureza técnica e científica é cada vez mais frequente, diversa e massiva no contexto probatório, relevando-se ainda numa prova dominante, não por ser aquela que é produzida em maior número de casos, mas por se mostrar, quando produzida, decisiva na resolução dos litígios[3]. É essa razão que justifica igual consenso na dogmática de que a prova pericial, através da qual a prova técnica e científica são produzidas no processo, se apresenta como um dos fenómenos mais importantes das últimas décadas em contexto probatório.

Assim também será porque, pela sua própria natureza, a prova pericial coloca hoje novos desafios no contexto probatório que nos forçam a refletir sobre a forma como a ciência deve entrar nos processos judiciais e como devem os tribunais integrar os conhecimentos das outras áreas do saber na sua tomada de decisão quando confrontados com questões e problemas que exigem especiais conhecimentos de que os juízes não dispõem.

De facto, o papel dominante que o conhecimento científico está a desempenhar na decisão dos processos judiciais tem repercussões nos princípios básicos sobre os quais se constrói a atividade judiciária e, pois, no funcionamento do sistema de administração da justiça como o conhecemos. Assim é, por um lado, porque a crescente produção de conhecimento científico gera a tentação de substituição do trabalho jurisdicional dos tribunais pelo trabalho dos peritos e assim se fragilizam as bases sobre as quais se constrói a legitimidade das decisões judiciais; e, por outro o recurso a esta prova nas situações de dependência epistémica em que se discutem factos cuja compreensão exige especiais conhecimentos, e por isso de difícil compreensão para o julgador, fragiliza o controle judicial sobre a qualidade de informação apresentada pelos peritos e tal acarreta um enfraquecimento no sistema de garantias na apreciação dos factos e na aplicação do Direito.

---

[2] Os números que apresentamos reportam-se à data da nossa última consulta do *site* https://innocenceproject.org/exonerate/ [04.06.2022]. Ao longo da investigação desenvolveremos maiores considerações sobre o projeto e sobre as afirmações que aqui apresentamos.

[3] Não existindo dados concretos sobre a realidade portuguesa, sempre nos parece que esta não seja muito diferente dos dados conhecimentos na realidade italiana, p. ex., em que os peritos (ou como aí se designam *consulente tecnico*) intervêm em 67% dos litígios e em 95% dessas situações os juizes socorrem-se das conclusões por aqueles apresentadas para a resolução da causa - cf. ANSANELLI, Vincenzo - El modelo italiano de la *consulenza tecnica d'ufficio.* Falta de caracterización probatória de los instrumentos de la adquisición del conocimiento científico en el proceso civil. In Picó i Junoy, Joan - *La prueba pericial a examen: Prupuestas de lege ferenda* [Em linha]. Barcelona: Editora JM Bosch, 2020. [10.01.2023]. pp. 241-254. Disponível em https://vlex.es/vid/modelo-italiano-consulenza-tecnica-876405895. ISBN 9788412210651, p. 243.

Este é um fenómeno que se produz nas distintas tradições e diferentes âmbitos dos sistemas jurídicos porque há um conjunto de causas que o justifica que está mais vinculado ao desenvolvimento económico e social a que temos assistido do que propriamente aos sistemas jurídicos. De entre essas causas assumem particular relevância a massificação do ensino superior e o crescendo de universidades que aumentou numero de peritos disponíveis para prestar informação especializada, mas também o desenvolvimento ciência e o seu alargamento a novas áreas de saber, que viria a convocar uma cada vez maior tecnicização de conhecimento, que suscita a necessidade crescente de contar com peritos que permitem explicar matérias que eram do conhecimento comum e que agora integram conhecimento técnico, científico e especializado. Tudo isto culmina no crescimento de produção de prova pericial no processo judicial na proporção inversa do uso da experiência e conhecimento do julgador.

Uma realidade que é mais premente pelo facto de a associação entre a ciência e a justiça surgir cada vez mais como instrumento retórico no discurso político e judicial. Tal é justificado tanto pelo declínio da confiança dos cidadãos no Estado e no sistema de justiça, como pela imagem idealizada da ciência como meio infalível e capaz de revelar a verdade. Uma realidade que resultará em larga medida da pressão social sobre a justiça que assume hoje uma dimensão que era desconhecida até há alguns anos atrás, muito por força dos meios de comunicação massiva, das tentações utilitárias e das novas funções da administração da justiça na democracia, que (re)colocaram uma tensão nova na pretensão de verdade no contexto judicial.

Este é um tema que suscita não só o interesse dos diferentes profissionais que operam no sistema judicial, mas também da sociedade civil em geral. Prova disso resulta do sucesso de personagens como Poirot, de Agatha Christie ou de Sherlock Holmes, de Conan Doyle, ou de séries de investigação criminal como o CSI. O seu sucesso resultará de uma narrativa que revela de forma detalhada e sensasionalista a investigação que, pela sua natureza, habitualmente se desenrola em contexto privado e inacessível à maioria das pessoas. Particularmente nas últimas décadas, no mundo televisivo e como resposta ao interesse do mercado, tem sido perpassada uma visão muitas vezes distorcida daquela que é realidade investigação, refém das potencialidades da ciência e da tecnologia, automatizada, célere e infalível. Instituiu-se, por via disso, uma representação irreal do sistema da administração da justiça, no qual se depositam expectativas utópicas relativamente às suas reais e possíveis concretizações, e renovadas preocupações com a verdade nos processos judiciais.

Nada mais acertado, no nosso entender, para o perfeito funcionamento da justiça do que a centralidade deste debate entre verdade e processo judicial. Atualmente, um dos novos desafios se coloca nesta relação verifica-se precisamente na conjuntura probatória das interseções entre o Direito e a ciência e, de entre estas, muito concretamente, aquele que se coloca quanto à forma como a ciência pode contribuir para a resolução dos litígios como na sala dos tribunais. Assim será porque no manuseamento da ciência neste contexto judicial produz-se um choque entre dois discursos com pretensão de verdade: o da ciência e o do processo.

Hoje são por todos nós conhecidos os efeitos sobre o sistema de garantias das pretensões de superação das decisões próprias dos juízes pela ciência e pela suposta verdade absoluta que esta poderia asseverar. Hoje, cientes dos exemplos passados, é mais do que tempo de pensar no futuro, sobretudo se considerarmos a massificação da produção deste tipo de conhecimento nos tribunais.

Não obstante, contrastando com a importância adquirida no âmbito comparado, o quadro que aqui expusemos não tem conhecido eco na literatura especializada. Na sua maioria, apenas as regras processuais sobre a produção de prova pericial têm merecido alguma atenção, mas sem uma reflexão crítica ou uma análise de como tais regras podem impactar o funcionamento do sistema da justiça. Mas os desafios próprios da produção de conhecimento especializado no processo judicial exigem uma reflexão para lá das regras probatórias. Questões que se prendem com a admissibilidade, produção e valoração do conhecimento produzido pelos especialistas são questões que exigem uma análise profunda de um ponto de vista epistemológico, mas também institucional.

De que forma o compromisso entre ciência e Direito pode reafirmar a verdade ao serviço da justiça é o mote que nos move. Os contributos da ciência e tecnologia no contexto probatório e as relações de interdependência que se estabelecem nestas diferentes mundividências assume-se como ponto central desta investigação. Nesse contexto importa não só questionar como os sistemas jurídicos têm enfrentado este cenário, mas também quais são os desafios que temos que enfrentar no que diz respeito à produção de conhecimento especializado relevante para a tomada de decisão judicial.

Todas estas questões que aqui colocamos convergem naquele que é o objetivo da nossa investigação, que perpassa pela reflexão crítica em torno da produção da ciência no plano judicial e dos desafios que, dos pontos de vista epistemológico e institucional, colocam ao atual modelo

de administração da justiça. A questão central que colocamos é então a seguinte: o regime de prova pericial vigente no nosso ordenamento jurídico serve o nosso modelo de administração de justiça?

Considerando que tal objetivo é extremamente amplo, centrar-nos-emos em três aspetos essenciais de relevância e em que nos parece existir maior confusão e necessidade de aprofundar a literatura tradicional sobre a matéria: a admissibilidade, a produção e a valoração do conhecimento especializado. A reflexão sobre estes aspetos leva-nos a refletir sobre um conjunto de outras questões, que deles ramificam: qual a natureza da *prova científica*? Será a *prova científica* epistemologicamente distinta da prova técnica, artística e/ou especializada? O que justifica a crença dos juristas na infabilidade do conhecimento *científico*? Serão os reptos que aqui expusemos, no nosso contexto judiciário, reais ou meramente teóricos? Como é que o perito participa no contexto judicial? Como é que o seu conhecimento é incorporado no processo e em que medida é considerado na decisão final? Que critérios são utilizados para seleção do perito? Mostrar-se-ão esses critérios adequados às exigências e propósitos da prova pericial? A preferência pelo modelo preferencial de perícia oficial é uma opção que se mostra epistemicamente orientada? O caráter oficial do perito assegurará por si confiabilidade da atividade pericial e dos seus resultados? Reunirá o perito oficial ou nomeado pelo tribunal maior competência e imparcialidade do que o perito nomeado pelas partes? Como se delimita o objeto da perícia? Como se realiza o controlo da atividade pericial? Podem as partes e o tribunal intervir na sua produção? Considerando a exclusividade de prova pericial oficial ou por perito nomeado pelo tribunal nos processos de natureza penal e a possibilidade de afastamento dessa rega no processo civil, mas também a diferente força probatória ao juízo científico prevista no CPP e CPC, o nosso ordenamento jurídico conhece apenas um modelo de prova pericial ou diferentes modelos de prova pericial? Em caso de resposta afirmativa, o que justificará a existência de vários modelos? O que justifica a diferente força probatória atribuída ao juízo inerente à prova pericial no CPP e CPC? Terá essa diferente força probatória implicações na prática judiciária? É verdadeiramente possível e exequível aos atores judiciários exercerem contraditório da prova pericial? Pode o tribunal afastar-se das conclusões do relatório pericial? Quais as exigências para esse afastamento? Os resultados alcançados noutros países da mesma tradição jurídica e por isso com idêntico modelo de prova pericial conhecem as mesmas provocações? Seria mais adequado, tanto de um ponto de vista epistémico como institucional, o modelo de *expert testimony* adotado nos EUA? Quais os seus

préstimos? Podemos transpor (parte) (d)esse modelo no nosso ordenamento jurídico? De que forma seria possível fazê-lo?

Apresentada a questão central da investigação, um esclarecimento se impõe para que o leitor compreenda a razão pela qual alargamos o nosso objeto de estudo e objetivo da investigação à prova pericial e não a restringimos à *prova científica* quando o que motivou esta investigação foram os desafios decorrentes da produção de *prova científica* no plano judicial.

Sem pretendermos adiantar algumas das conclusões a que fomos chegando, devemos desde já desvendar que ao longo da investigação que realizamos, quando nos confrontamos com o problema da demarcação quando procurávamos fazer uma distinção da *prova científica* e *não científica*, concluímos que a dita *prova científica* não se mostra epistemologicamente distinta da demais prova especializada e que para além de não ser possível avançarmos uma definição daquilo que pode ser considerado como *científico* ou *não científico*, tal dicotomia de nada serviria os propósitos da investigação e só ofuscaria os problemas com que nos debatemos porque, em boa verdade, as preocupações que estão na sua base são comuns tanto à *prova científica* como a todo o tipo de conhecimento técnico e/ou especializado que é produzido no processo.

Além disso, vários outros argumentos, também de pendor legal, e que serão expostos oportunamente, apontam para que a dita *prova científica* seja um género da prova pericial.

E finalmente porque ao longo da investigação fomos formando a convicção de que, tanto de um ponto de vista epistémico como institucional, mais importante do que a designação do conhecimento, é a qualidade do conhecimento que é produzido no processo que deve ser o foco da análise que, por isso, esta deverá centrar-se na avaliação da confiabilidade do conhecimento, independentemente da sua natureza *científica* ou *não científica*.

Cremos que o que fomos dizendo nas páginas anteriores justificaria por si pertinência da presente investigação, sobretudo se considerarmos que a tendência é para uma intensificação da produção de prova pericial. Mas cremos que esta é uma investigação cuja pertinência também se justifica pelo facto de no nosso quadro doutrinal e jurisprudencial não haver reflexão destas nossas preocupações.

Com efeito, a situação em Portugal contrasta com a enorme importância que à *prova científica* foi atribuída pela doutrina e jurisprudência dos países que integram o modelo anglo-saxónico, em que os perigos e preocupações que relatamos há muito têm merecido amplo debate legal, doutrinal e jurisprudencial. Um debate que mereceu repercussões além-fronteiras. De facto,

os estudos desenvolvidos pela dogmática de tradição romano-germânica desenvolveram-se, em larga medida, a partir dos contributos de autores anglo-saxónicos, e muito particularmente de autores norte-americanos, que parecem mais conscientes da cautela necessária na entrada da ciência no plano judicial. Apesar de, ainda que sem dimensão comparável ao trabalho desenvolvido no mundo anglo-saxónico, estas nossas preocupações tenham sido discutidas na tradição jurídica que integramos, sobretudo em Itália e Espanha, certo é que em Portugal a prova pericial, do ponto de vista que aqui perspetivamos, não foi ainda objeto de um estudo doutrinal autónomo e aprofundado, que julgamos justificar-se porque estamos em crer que a ausência de reflexão não significa a inexistência dos problemas epistemológicos, institucionais ou procedimentais que identificamos. Aliás, algumas e importantes reflexões críticas sobre o tema já foram desenvolvidas por quem, depois de exercer as funções de perito em contexto judicial, relatou o seu desagrado com o modelo de perícias e com a forma como os juristas perspetivam a sua intervenção nos processos judiciais. Julgamos, por isso, que essa ausência de discussão não significa que tudo esteja bem, mas apenas que os juristas desconhecem (ou preferem desconsiderar) a existência de todos esses reptos.

E cremos que isso justificará também esta investigação, que pode servir tanto para consciencializar desses problemas, como para fomentar a sua discussão mais alargada com o fito de aperfeiçoar o quadro atual.

Adicionalmente, os parcos, dispersos e pouco profundos estudos já desenvolvidos sobre a prova pericial em Portugal assumem-se maioritariamente processualistas e assentam numa interpretação das normas processuais sem desenvolvimento de reflexões críticas das consequências práticas e procedimentais dessas mesmas regras. Mas não é esta perspetiva de análise que pretendemos. Partiremos dessas normas como base para uma discussão que transcende o direito processual e que perpassa para a ciência da prova[4]. Como já dissemos, procuraremos refletir sobre a adequação de tais normas ao modelo de administração de justiça. Uma análise com preocupações epistemológicas como pano de fundo, mas também com

[4] A ciência da prova tem sido uma área de investigação pouco privilegiada na dogmática jurídica entre nós, tradicionalmente. Quando nos referimos a ciência da prova aludimos ao estudo da prova numa perspetiva mais próxima da probática do que do direito processual probatório e, pois, a uma reflexão sobre a prova enquanto meio de descoberta dos factos juridicamente relevantes. Ou, de outro modo, da prova como meio de descoberta da verdade. Assim perspetivada, a ciência da prova afasta-se da análise dos aspetos processuais da prova, que sempre mereceram especial atenção, em detrimento dos aspetos epistemológicos da prova. Para maiores esclarecimentos, *vide* CALHEIROS, Maria Clara - *Para uma teoria da prova.* Coimbra: Coimbra editora, 2015. ISBN 978-989-96672-5-9, pp. 14 e ss. A autora refere-se à probática como a "[...] reflexão sobre a prova enquanto meio de conhecimento da verdade sobre factos juridicamente relevantes em discussão, em sede judicial", aqui incluindo questões como o significado do conceito de "prova", a história da prova, os mecanismos racionais de apreciação da prova, entre outras.

preocupações quanto ao modelo institucional em que assenta o processo judicial. Esta diferente perspetiva sobre a prova pericial confere também, segundo cremos, no plano da dogmática nacional, um contributo original da nossa investigação para comunidade científica.

Por sua vez, como se denotará do que fomos referindo, esta ausência de reflexão em torno da prova pericial, e muito concretamente da ausência de reflexão em torno das preocupações epistemológicas e institucionais, contrasta com a sua crescente relevância no contexto judicial e os crescentes reptos que convoca.

Neste contexto, procuramos com a investigação que levamos avante contribuir para o início de um debate que se faz já tardio, mas que se mantém indispensável. Sempre nos incentivou trilhar um caminho cujos frutos permitam auxiliar os mais diversos atores do sistema da justiça a compreender os enormes desafios que atualmente se apresentam ao exercício das suas funções.

-

Depois de demarcado o nosso objeto de estudo, julgamos que revestirá igual utilidade identificar algumas questões que, embora próximas desse objeto, não serão por nós analisadas.

Assim e para começar, conforme já deixamos antever anteriormente, não nos deteremos numa análise sobre a admissibilidade das chamadas *novas provas científicas* face ao direito à prova nem a sua compatibilização com direitos e princípios fundamentais. Conforme referimos, procuramos dar atenção a uma perspetiva que não conheceu atenção da dogmática, ao contrário desta que aqui enunciamos: uma perspetiva crítica sobre a adequação da prova pericial às preocupações epistémicas da prova e ao modelo institucional do processo judicial.

Além disso do nosso objeto de estudo fica também excluída a discussão sobre os fins epistémicos da prova judicial porque essa discussão levar-nos-ia a refletir sobre o significado e os critérios da verdade e as possibilidades do seu conhecimento – uma discussão que conheceu reposta do legislador. Além disso tratar-se-ão essas questões de problemas jusfilosóficos que também já merecerem atenção da dogmática jurídica. Porque a verdade que aqui discutimos será sempre um atributo de uma proposição, porque é algo que se busca num contexto dialético e condicionado, as preocupações com a verdade hão-de voltar-se para o controlo da confiabilidade das informações prestadas, a respeito das quais se poderá fazer um juízo de verdade, falsidade ou dúvida. Esta perspetiva é para nós prioritária porque o problema na verdade no processo judicial pode assim formar uma crítica concreta ao funcionamento da justiça.

Também por essa razão não nos envolveremos sobre os diferentes conceitos de verdade que têm vindo a conhecer eco de entre os juristas. Não o faremos porque julgamos que essa discussão não assume especial interesse por não informar sobre a qualidade da verdade a que se chega em contexto judicial e chegando até a supor a existência de tipos distintos de verdades. Temos por premissa que a prova visa a demonstração da realidade tal como expressamente consagrado pelo legislador. E por isso entendemos por mais proveitosa a proposta de Michele Taruffo que afasta a discussão em torno destes diferentes tipos de verdade e reconduz o problema à distinção da certeza e verdade[5]. Assim o defendemos porque, estando hoje já afastada a pretensão de conhecimento da verdade absoluta e estando assente que o processo é composto por enunciados de facto e não pelos factos em si mesmo, o tipo de verdade alcançada no processo judicial releva-se um problema que só pode ter resposta casuística, em função da natureza, da amplitude e da incidência dos limites impostos pelas regras de um determinado ordenamento em busca de uma versão verdadeira dos factos. Como explica o autor, o problema não se refere à verdade, mas aos limites dentro dos quais a regulação do processo permite que seja determinada e por isso devemos superar a discussão sobre se a verdade é uma finalidade da prova ou que tipo de verdade a que chegamos, mas focar as nossas atenções no conhecimento da verdade que é possível no processo judicial. Este conhecimento é que será relativo, ao contrário da verdade que é algo de objetivo. E reconhecido que assim seja, no passo seguinte as preocupações devem centrar-se em assegurar que o conhecimento da verdade se mostra objetivo na medida em que assegura um elevado grau de intensidade do conhecimento sobre a verdade. Para tal exigir-se-á que o conhecimento não se funda em convicções ou preferências pessoais, devendo ser expresso em proposições que representem o mundo tal como é. O conhecimento deve, pois, depender da correspondência da realidade dos factos a que se refere. Julgamos que seja esta a perspetiva do legislador quando afirma que a prova tem por função demonstrar a realidade. E para assim ser é necessário que para se dar por provado um enunciado de facto se exijam justificações epistemicamente válidas e sustentadas. É desta premissa que partimos para a investigação.

Fora da nossa investigação ficará ainda a análise particular dos vários tipos de perícias e respetivos procedimentos. Tal opção justifica-se desde logo porque o desenvolvimento de uma

[5] Cf. TARUFFO, Michele - *La prueba de los hechos*. 2.ª ed. Bologna: Editorial Trotta, 2005. ISBN 84-8164-534-6, pp. 71 e ss. Para o autor essa duplicação de conceitos de verdade mostra-se inútil e equivocada tanto porque uma verdade absoluta alcançável através de meios cognitivos ilimitados é totalmente imaginária, como também porque não procuramos no processo uma verdade diferente daquela que existe fora dele e por inexistir diferença substantiva entre a verdade que é formada no processo e aquela que é formada fora do mesmo, uma vez que esta será sempre também irredutivelmente relativa.

perspetiva global deste tipo exigiria um hiato temporal e um quadro metodológico que não está ao nosso alcance, pois que pressuporia conhecimentos multidisciplinares em áreas do saber que não dominamos. Além disso, esse nunca foi o propósito que nos moveu: o que pretendemos é teorizar e problematizar a forma como a ciência entra nos processos judiciais e não como a ciência é aplicada nos laboratórios. E ainda que reconheçamos que a qualidade do conhecimento dependa da forma como a ciência é aplicada, cremos que, considerado o nosso objeto de investigação, poucas seriam as mais valias dessa análise já que o nosso fito supõe sobretudo uma reflexão crítica de pendor epistemológico do modelo jurídico-processual de perícias nas vertentes da sua admissibilidade, produção e valoração.

-

Como decorrerá do que deixamos exposto, não pretendemos realizar um estudo de direito processual sobre as regras que norteiam a produção de prova pericial. Pretendemos tomar tais regras como ponto de partida e discutir se o regime consagrado serve as preocupações epistémicas subjacentes ao modelo de prova adotado pelo legislador e se se mostra respeitado o exercício exclusivo da função jurisdicional pelo tribunal. A investigação transcende então uma análise processualista e procura problematizar a natureza da prova pericial e a forma como o conhecimento dos peritos interfere na tomada de decisão. Trata-se, pois, de uma investigação sobre a prova pericial perspetivada de um ponto de vista epistemológico e interdisciplinar e que insere no campo de investigação da teoria da prova. Cremos que seja esta mais uma marca de originalidade desta investigação quando comparada com as investigações sobre a prova pericial desenvolvidas na dogmática, centradas no direito processual.

Partiremos para essa análise de um ponto que é comum ao regime legal da prova pericial: o conhecimento técnico e/ou especializado entra no processo como meio de prova de factos juridicamente relevantes através de declarações de um terceiro. Portanto, do ponto de vista epistemológico, a natureza da prova pericial aproxima-se da prova testemunhal e, como tal, além de pensarmos e refletirmos sobre os critérios que devem ser considerados na nomeação dos peritos, deve ser também pensado o problema da justificação das informações assim adquiridas para a tomada de decisão factual dos juízes. Este pressuposto de que partimos leva-nos a desenvolver a investigação no quadro metodológico da teoria do conhecimento, aplicado a uma categoria de direito positivo. Mais concretamente, exige que exploremos e importemos análises próprias da epistemologia geral e especialmente da epistemologia social, bem como da

epistemologia do testemunho e concretamente do debate em torno das teorias reducionistas e não reducionistas. É nelas que encontramos os pilares para a investigação a que nos propusemos.

O incurso pelos contributos epistemologia do conhecimento também se dão num momento prévio. Conforme já deixamos prever, foi quando nos confrontamos com o problema da demarcação entre o conhecimento *científico* e *não científico* que tomamos consciência que tal dicotomia, além de se revelar infrutífera e inútil, obscurece que os riscos que identificamos são transversais à prova pericial, mesmo que não seja do tipo *científico*. E tais contributos fizeram-nos reforçar a ideia de que, de um ponto de vista epistémico, será irrelevante para os propósitos da prova que o conhecimento produzido pelo perito decorra ou não da ciência porque o mais relevante é que o seu conhecimento seja confiável e permita ao juiz aproximar-se da verdade.

Por outro lado, também recorreremos em vários momentos a estratégias metodológicas típicas da análise conceitual, assumindo que esclarecer as noções utilizadas na discussão da prova pericial não só permite identificar os problemas e desmistificar falsos dilemas, mas também permite a abordagem de soluções mais adequadas.

Além disso, porque julgamos que uma investigação deste tipo apenas faria sentido se as preocupações que lhe subjazem se verificarem na prática judiciária, procuramos conhecer a realidade diariamente vivida nos tribunais portugueses. Tendo em vista tal propósito realizamos uma vasta investigação de jurisprudência e de estudos empíricos sobre o tema.

Assim, assumirá particular relevo nesta investigação a análise jurisprudencial que desenvolvemos porque só a análise da casuística é que nos permitiria compreender os méritos e as dificuldades sentidas na produção da prova pericial e aferir se os riscos potenciais com a sua produção são riscos reais. Para esta análise não empregamos uma seleção com critérios previamente definidos (p. ex. por ano, jurisdição ou categoria de tribunal ou competência territorial) porque no nosso entender tal seria demarcar a análise e condicionar os resultados da investigação. Assim e por essa razão o retrato da casuísta que apresentamos foi fruto de várias pesquisas de jurisprudência realizadas ao longo de todo o hiato temporal em que decorreu a investigação realizadas no *site* www.dgsi.pt, mediante os termos “prova pericial”, “perito oficial”, “perito de parte”, “designação de perito”, “força probatória prova pericial”, “quesitos perícia”, “relatório pericial”.

Em complemento, de igual interesse para o retrato da realidade do sistema judicial, encetamos esforços para conhecer a experiência de advogados, magistrados e peritos através dos

relatos publicados ou de estudos de natureza empírica que deram voz a esses profissionais. Na parte da investigação que versa sobre a casuística faremos uma análise cuidada destes estudos que, versando sobre diferentes perspetivas e problemáticas, permitem no seu conjunto desenvolver um recorte completo da realidade judiciária em Portugal.

Por fim, a respeito dos aspetos metodológicos, será de salientar que sem perdermos a identidade e matriz estrutural do nosso modelo de administração de justiça, desenvolvemos ainda um excurso pela experiência norte-americana. Sem pretensões de realizar uma análise de direito comparado ou defender um transplante legislativo, procuramos conhecer um modelo de prova pericial que parte de premissas distintas daquelas de que parte o legislador português para compreender as respetivas implicações e dele extrair eventuais préstimos. Nesse excurso de direito estrangeiro empregamos algumas técnicas comparatísticas para identificar diferenças e semelhanças entre os ordenamentos em busca de linhas orientadoras para soluções de *iure condendo*. Os motivos que justificaram a seleção do modelo de prova pericial norte-americano encontram-se desenvolvidos na parte em que este excurso é desenvolvido.

-

Tendo tudo isto em vista, a investigação está dividida em sete partes.

Na primeira parte, que intitulamos "os (novos) desafios do e ao conhecimento e seus reflexos ao nível processual: incursão histórica e o novo paradigma de prova", desenvolveremos uma aproximação introdutória ao tema mediante um excurso histórico e reflexivo sobre os desafios que o conhecimento coloca a nível processual. Esta primeira parte está dividida em três capítulos. No primeiro capítulo focaremos os desafios colocados pelos crescentes avanços da ciência e tecnologia e pensaremos nos seus reflexos na lógica probatória atual. No segundo capítulo procuraremos desenvolver uma caraterização do paradigma atual de prova, marcado por um cientificismo e pela exaltação da ciência, buscando identificar as razões que justificam tal quadro e quais os riscos para o modelo de administração de justiça. Terminaremos essa parte justificando no terceiro capítulo o motivo pelo qual, procurando inicialmente pensar nas interseções entre Direito e ciência, o foco da investigação não se centre na chamada *prova científica,* mas na teorização da prova pericial como um todo. Estará nesta parte final lançado um dos pilares que nos acompanhará ao longo de toda a investigação.

Na segunda parte cuidaremos de analisar o "enquadramento legal da prova pericial no CPP e CPC" e por isso é assim intitulada. Pretendendo contribuir para o domínio da prova em

geral, conter-nos-emos no recorte normativo previsto no CPP e no CPC porque entendemos que tal delimitação não fere os propósitos da investigação já que é nestes diplomas que se definem os regimes para os quais os demais diplomas remetem. Sem pretensões de desenvolver uma reflexão exaustiva, mas antes problematizante, não cuidaremos, a não ser quando tal revista importância, das disposições que regulam especificamente um ou outro tipo de perícias. Por essa mesma razão, atentaremos somente no bloco normativo que forma o recorte específico da prova pericial no CPP e no CPC (arts. 151.º a 163.º do CPP e arts. 467.º a 489.ºdo CPC), deixando de fora o conjunto de normas dispersas que encontramos nesses diplomas. Esta nossa delimitação do estudo a estes dois diplomas tem ainda um fundamento de pendor epistemológico e está relacionada com o facto de a construção dogmática tradicional moldar o processo penal e o processo civil com diferentes conceções de verdade. Na secção inicial dessa parte teremos oportunidade para desenvolver esta ideia. Neste ponto importa referir que dividimos esta parte em três capítulos. No primeiro desenvolveremos uma análise do regime da prova pericial no CPP e no segundo a mesma análise, mas relativa ao regime da prova pericial no CPC. Para simplificar análise comparativa que desenvolveremos no terceiro capítulo, optamos por dividir as análises em três etapas: admissibilidade, produção e força probatória. Nesse terceiro capítulo destacaremos os pontos comuns e divergentes dos regimes procurando responder se no ordenamento jurídico português se adota um único modelo de prova pericial ou modelos distintos. A resposta a esta questão exigirá, para além da síntese comparativa, que partamos para uma análise dos princípios norteadores desses domínios processuais para melhor compreender a dimensão e implicações dessas convergências e divergências e para concluirmos se algum dos regimes cumpre melhor as finalidades da prova e/ou assegura a organização institucional da função jurisdicional.

Na parte III que intitulamos "aproximação teórico-doutrinal à prova pericial: (des)construindo conceitos" procuraremos desenvolver uma análise concetual sobre a prova pericial. Essa parte está dividia em três capítulos. No primeiro, mediante um incurso diacrónico, daremos conta da complexidade da configuração e das diferentes concetualizações que a prova pericial foi assumindo ao longo dos tempos no nosso enquadramento jurídico, mas sobretudo legal. Também nesse capítulo, depois dessa perspetiva histórica e da análise do quadro legal atual desenvolvida na parte II, avançaremos com uma aproximação a uma definição de prova pericial e uma visão comparatística com outras figuras afins com as quais por vezes é confundida, terminando depois o capítulo com uma breve distinção de diferentes classificações de perícias. No

segundo capítulo será a figura do perito que merecerá a nossa atenção. Seguiremos a mesma estrutura nesse capítulo: depois de procurarmos uma aproximação teórica ao papel do perito (evidenciando a sua conceção e configuração) desenvolveremos uma análise comparatística entre o perito e alguns dos diferentes processuais *lato sensu* para melhor compreender as suas particularidades e especial natureza. No capítulo final desta parte procuraremos, depois da análise ao quadro legal da parte II e da análise teórica e concetual dos capítulos anteriores, uma aproximação mais desenvolvida e sustentada daquela que entendemos ser a natureza jurídica e epistemológica da prova pericial e do perito. Esta reflexão assume, para além de um contributo original na doutrina nacional, um papel determinante para toda a investigação porque é a atribuição de um caráter testemunhal à prova pericial que aí defenderemos que estará na base para a nossa reflexão crítica do atual regime de admissibilidade, produção e valoração da prova pericial.

Na parte IV teremos como fito analisar a prática judiciária e pensar sobre a (des)adequação do brocardo em que assenta o quadro da prova pericial de que *o juiz é o perito dos peritos*. Esta parte que intitulamos precisamente "aproximação à prática judiciária: a desadequação do brocardo *iudex peritus peritorum*" será dividida e três capítulos. No primeiro, com recurso a análise jurisprudencial e a estudos empíricos, procuraremos traçar um retrato da casuística judiciária relativamente às três etapas em que dividimos a análise do regime legal da prova pericial: admissibilidade, produção e valoração, sendo que tanto na admissibilidade como na valoração apresentaremos de forma diferenciada esse quadro no domínio dos processos de natureza penal e civil porque assim impõe a distinta configuração legal da prova pericial nesses pontos. Nesta parte pretenderemos refletir sobre as dificuldades e implicações da prova pericial no exercício da função jurisdicional e por isso no segundo capítulo pensaremos concretamente sobre a tentação da transferência do ofício jurisdicional para o perito e a subversão dos propósitos da prova à luz do regime legal e da sua aplicação pela *práxis*. No terceiro capítulo desta parte abordaremos as diferentes atitudes notadas em função da distinta natureza da perícia realizada. No capítulo final desta parte daremos atenção aos diferentes atores que, participando ativamente na produção de prova pericial, se mostram insatisfeitos com o modelo da sua produção e valoração.

Depois destas três aproximações à prova pericial (legal, doutrinal e jurisprudencial) será tempo de refletirmos sobre o regime de prova pericial no ordenamento jurídico português. Intitulada "refletindo critica e epistemologicamente sobre os modelos da prova pericial:

desadequação dos pressupostos jurídicos e epistemológicos da prova pericial no ordenamento jurídico português" a parte V da investigação está dividida em três capítulos, cada um correspondente a cada uma das três etapas em que fomos já dividindo algumas das partes/capítulos anteriores: admissibilidade, produção e força probatória. Esta parte conhecerá um pendor crítico de enfoque maioritariamente epistemológico.

Após identificarmos os problemas com que nos deparamos no regime de prova pericial adotado em Portugal, procuraremos conhecer a experiência norte-americana sobre a prova pericial. Ainda que não seja intenção desenvolvermos uma análise comparativa, na sexta parte da investigação pretenderemos conhecer um modelo diferente de prova pericial porque acreditamos que tal ponto de vista não só nos permitirá ter maior consciência das dificuldades e limitações do regime de perícias português, mas também porque analisando os méritos e desméritos de outras soluções será possível, de forma mais consciente e ponderada, extrair orientações para aperfeiçoar o nosso modelo. Aí teremos oportunidade de, na parte inicial, explicar os motivos pelos quais foi selecionado, para desenvolvimento desta reflexão crítica, o modelo norte-americano, que se prendem, no essencial, não só por ser amplo e rico o desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial sobre o tema, mas também porque a abordagem aí desenvolvida, de matriz também ela epistemológica, marcou um novo paradigma na admissibilidade e valoração da prova pericial, fazendo centrar o foco exclusivo na pessoa do perito para uma maior atenção às declarações periciais independentemente da primeira. E porque como referimos relativamente à experiência portuguesa, os propósitos desta investigação exigem o contacto com a efetiva realidade, essa análise cuidará não apenas de conhecer o regime legal, mas também e sobretudo o *law in action*, pois só este contribuirá para uma análise crítica do sistema processual e do alcance jurídico e prático das respetivas linhas orientadoras globais, dando por isso particular enfoque a uma análise jurisprudencial que, além de complementar e ter até originado reformas legislativas, permite conhecer os méritos e dificuldades do regime porque, não estando essa solução isenta de críticas, para além da inadequação de pelo menos algumas delas aos nossos sistemas, o que é essencial ter em conta na qualquer tentativa de transplantá-los. Depois de no introito dessa parte explicarmos com maior detalhe a razão pela qual numa investigação delimitada à realidade portuguesa abordamos uma experiência estrageira e de apontarmos as semelhanças e diferenças dos regimes, desenvolveremos uma análise diacrónica da experiência. Esta parte intitulada "*expert testimony:* o modelo de prova pericial nos EUA" está dividida em tantas partes quanto os

momentos mais marcantes que conduziram àquele que é hoje o quadro legal do *expert testimony* nos EUA. Momentos esses que se revelaram não apenas de um ponto de vista legislativo, mas sobretudo jurisprudencial. De igual relevância serão os contributos que a doutrina norte-americana tem vindo a desenvolver à luz de iguais preocupações epistémicas. É com base nestes três pilares que desenvolveremos no final dessa parte uma reflexão sobre as potencialidades deste regime de prova pericial para colmatar os problemas por nós identificados no nosso quadro legal e judiciário.

Na parte VII apresentaremos os nossos contributos para o aperfeiçoamento do regime jurídico da prova pericial no ordenamento jurídico português. Tais contributos pretendem dar resposta às críticas que apontaremos ao regime português de prova pericial e são fruto da reflexão que na parte anterior desenvolvemos sobre o modelo de prova pericial adversarial. Essa parte, seguindo a exposição utlizada nas partes anteriores, será dividida em três capítulos, apresentando-se no primeiro capítulo propostas para o aperfeiçoamento do regime da prova pericial na fase da admissibilidade, no segundo capítulo propostas para o aperfeiçoamento do regime na fase da produção da prova pericial e no terceiro capítulo propostas para o aperfeiçoamento do regime na fase da valoração da prova pericial.

De ressalvar que maiores detalhes sobre o percurso trilhado e a metodologia empregue são apresentados, relativamente a cada uma das partes, no seu início, na secção designada "delimitação do objeto de análise e ordem metodológica da exposição" e com que se inicia cada uma delas. No final de cada parte, à exceção da última, optamos por apresentar um "ponto de ordem" que, não pretendendo ser uma antecipação das conclusões, procura sistematizar os aspetos que servem de ponto de partida para a investigação que se seguirá nas partes seguintes. Cremos que estas duas secções presentes em cada parte permitem ao leitor melhor compreender o caminho trilhado ao longo da investigação.

-

Relativamente a opções formais, julgamos pertinente esclarecer desde já que ao longo das páginas que se seguem utilizamos diversas siglas e abreviaturas, que constam da respetiva lista, e que optamos por manter inalterada a grafia original dos documentos transcritos.

Também esclarecemos que seguimos, de perto, a recomendação apresentada por Diogo Freitas do Amaral, de acordo com a qual o uso da palavra *Direito*, grafada com *D* maiúsculo,

quando nos referimos a Direito em sentido objetivo, e o uso da palavra *direito*, com *d* minúsculo, quando nos referiremos a direito em sentido subjetivo[6].

Tomou-se também a opção de utilizar o itálico na grafia das palavras sempre que se lhes pretendeu dar maior destaque e, nada sendo dito em contrário, deve considerar-se que os destaques constantes das citações *ipsis verbis* (como itálicos e negritos) constam do texto original.

As referências bibliográficas são apresentadas, tanto em nota de rodapé como na lista final de referências, de acordo com a Norma Portuguesa 405. Na lista de jurisprudência optou-se por separar a jurisprudência do TEDH, a jurisprudência dos tribunais nacionais e a jurisprudência dos tribunais norte-americanos, sendo depois as decisões ordenadas por ordem cronológica. Salvo indicação em contrário a jurisprudência do TEDH pode ser consultada em https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=pt, a jurisprudência nacional pode ser consultada em http://www.dgsi.pt/ e a jurisprudência norte-americana pode ser consultada em https://law.justia.com/cases/.

Nos anexos constam as decisões norte-americanas e ainda o quadro das FRE a que no decurso da parte VI nos referimos. Optou-se por incluir tais documentos para desonerar o leitor de esforços acrescidos para a sua consulta.

[6] Cf. AMARAL, Diogo Freitas do - *Introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 9789724023786, p. 46.

PARTE I

OS (NOVOS) DESAFIOS DO E AO CONHECIMENTO E SEUS REFLEXOS AO NÍVEL PROCESSUAL: INCURSÃO HISTÓRICA E O NOVO PARADIGMA DE PROVA

DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ANÁLISE E ORDEM METODOLÓGICA DA EXPOSIÇÃO

Nos últimos dois séculos assistimos a um inegável progresso na ciência e tecnologia. Um progresso que se manifestou nos mais diversos níveis e que conduziu a uma "sociedade intensiva de conhecimento"[7], que tem agora como principal desafio um *continuum* na produção de novo saber[8]. Um desafio que se manifesta também nos processos judiciais, com naturais reflexos na leitura da prova judicial.

Esta constatação não parecerá nova ao leitor porquanto uma visão mais geral e retrospetiva do sistema judicial permite-nos concluir que a conceção do processo judicial se mostrou em sintonia não só com os estádios de desenvolvimento económico, social, científico e tecnológico, mas também com as diferentes convicções filosóficas e religiosas que condicionaram e moldaram a consciência coletiva ao longo dos tempos[9].

Julgamos, por isso, que uma investigação que tem por objeto central a prova pericial como encruzilhada nas interseções entre Direito e ciência não poderia prescindir de uma visão diacrónica que evidenciasse o impacto da evolução do conhecimento nos processos judiciais e, mais concretamente, da utilização dos conhecimentos decorrentes do progresso na reconstrução, apreciação e valoração mais precisa dos factos que se mostrem judicialmente revelantes. Só essa perspetiva pode enriquecer a compreensão das dificuldades com que atualmente nos deparamos e, simultaneamente, enriquecer a nossa bagagem intelectual necessária para o desenvolvimento de esforços tendentes à sua resolução (ou mitigação), desmistificando a crença de que haverá soluções fáceis.

Tendo em vista tal propósito, dividimos a presente parte em três capítulos.

No primeiro, que intitulamos "Processo judicial e episteme em sintonia: retrospetiva em reflexão" procuraremos apresentar uma perspetiva diacrónica que relaciona as diferentes configurações que o processo judicial foi conhecendo ao longo dos tempos e a evolução dos estádios de conhecimento. Reconhecendo que o título do capítulo se pode revelar demasiado ambicioso, julgamos necessário esclarecer desde já, para não defraudar expectativas, que este

---

[7] Cf. CASTELLS, Manuel - *The network society: a cross-cultural perspective*. Cheltenham: Edward Elgar, 2005. ISBN 978-1845424350. O impacto do progresso a que nos referimos foi de tal ordem que o que se desenrolou até às últimas décadas - e mesmo o que se viveu no séc. XX - é descrito como "pré-história longínqua" por SANTOS, Boaventura de Sousa - *Um discurso sobre as ciências*. 12.ª ed. Porto: Edições Affrontamento, 2001. ISBN 972-360-503-1, p. 5.

[8] Cf. BRAZ, José - *Ciência, Tecnologia e Investigação criminal: interdependências e limites num Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-5973-3, p. 23.

[9] Cf. Sobre as implicações mútuas, *vide* IMBERT, Jean; LEVASSEUR, Georges - *O poder, os juízes e os carrascos: 25 séculos de repressão*. Lisboa: Editorial Estúdios Cor, 1975.

incurso histórico versará sobre a evolução histórica dos sistemas de produção probatória nos aspetos que se revelem mais pertinentes para o nosso objeto de estudo e por isso que, de alguma forma, se relacionem com os diferentes paradigmas de prova e os desafios colocados à função jurisdicional provocados pela evolução dos diferentes estádios do conhecimento. Este será, então, um capitulo introdutório de aproximação ao tema, reservando-se uma análise histórica mais aprofundada e restrita ao surgimento, autonomização e crescente importância da prova pericial para a parte II da investigação. Limitando a análise deste capítulo à realidade portuguesa, porque é essa que nos motiva, certamente não se estranhará que as referências bibliográficas, salvo raras exceções que pontualmente se justifiquem, sejam de autores nacionais.

No segundo capítulo, intitulado "O atual estado: o cientificismo" pretendemos refletir criticamente sobre o tempo presente e as suas exigências e desafios no contexto judicial. Mas ainda que o contexto judicial seja o ponto de partida, essa reflexão leva-nos para um contexto mais amplo: o do conhecimento num tempo em que se apela à superação da interdisciplinaridade pela transdisciplinaridade. Focados neste novo estádio do conhecimento, centraremos as nossas atenções naquele que tem sido apelidado como novo paradigma de prova nos processos judiciais: o da *prova científica*. Será neste ponto que avançaremos algumas das premissas que acompanharão toda a investigação: refletiremos sobre os mitos e os riscos da exaltação da ciência neste tempo que é marcado por uma crença dogmática na autoridade do método científico. São precisamente os riscos que aí identificaremos que justificam a pertinência desta investigação e que lhe servem de trave-mestra. Porque este é um fenómeno que ultrapassa os limites geográficos do território nacional, a sua análise sairá enriquecida pelos contributos desenvolvidos por outras realidades. Diferentemente do que sucederá no capítulo anterior, o leitor notará neste capítulo que as referências bibliográficas estrangeiras ganham maior peso face às referências nacionais. Tal não se justifica por uma opção metodológica, porque pretenderíamos manter a análise centrada na realidade portuguesa, mas porque constatamos uma ausência de literatura nacional sobre o tema. Cremos, todavia, que tal não tem implicações nos objetivos desse capítulo, que, pelo tema que trata, sai enriquecido com uma perspetiva mais ampla, pois o que nele se pretende é analisar sobretudo as interseções dos avanços científicos e tecnológicos com o Direito. Assim se encontra, a nosso ver, justificado o (necessário) contraste da relevância que assume naquele primeiro capítulo a literatura nacional e, neste segundo, a literatura estrangeira.

Finalmente, no terceiro capítulo intitulado "Da *prova científica* à prova pericial" procuraremos explicar a razão pela qual, pretendendo abordar as interseções entre o Direito e a ciência no plano probatório, alargaremos o objeto de investigação e refletiremos não apenas sobre a dita *prova científica*, mas sobre a prova pericial e a adequação do sistema de perícias aos fins epistémicos que apontaremos ao processo judicial. Aí nos envolveremos no problema da delimitação entre a prova *científica* e *não científica* e estabeleceremos a posição epistemológica que nos guiará na investigação.

Duas considerações prévias e relativas ao presente trabalho no seu todo serão, contudo, necessárias.

A primeira para esclarecer que assentamos toda a nossa investigação na tese de que o processo judicial está orientado à descoberta da verdade[10]. Justificamos esta nossa posição extraindo do recorte normativo a conclusão de que a jurisdição se mostra, atualmente, consagrada como função intrinsecamente pública, orientada para a realização de justiça e o processo assenta numa lógica dialética que visa a descoberta da verdade[11]. Se outra fosse a premissa não se compreenderia certamente o nosso objeto de ensaio e menos ainda os objetivos que nos mobilizam. De resto, julgamos até que podemos ir mais longe, dizendo que a questão que aqui se coloca já não será a de saber se uma decisão justa pode ser tomada se não for baseada numa determinação correta e verdadeira dos factos do caso, mas antes se a verdade não se assumirá como "dimensão legitimadora da própria função judicial"[12].

---

[10] Reconhecemos que esta ideia segundo a qual o processo tem por finalidade (ou como de entre as finalidades que persegue) a descoberta da verdade pode ser discutível a nível jurídico e filosófico. Porque é impensável dedicarmos aqui a atenção que seria merecida a este tema e às diferentes conceções do processo judicial em função das suas finalidades, limitamo-nos a apresentar algumas considerações que servem o propósito do estudo. Também por se mostrar inviável a apresentação de uma lista de referências que fosse representativa destas problemáticas, apresentamos algumas obras que sumarizam os problemas mais relevantes a este respeito: TARUFFO, Michele - *La prueba de los hechos*. 2.ª ed. Bologna: Editorial Trotta, 2005. ISBN 84-8164-534-6, pp. 21 e ss e do mesmo autor Consideraciones sobre prueba y verdade. *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas DyL*. Madrid. N 11, año VII (2002), pp. 99-126; ATIENZA, Manuel - Sobre la argumentación en materia de hechos: comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez. *Jueces para la democracia.* Madrid. ISSN 1133-0627. V 22 (1994), pp. 82-86; CALHEIROS, Maria Clara - Prova e verdade no processo judicial: aspectos epistemológicos e metodológicos. *Revista do Ministério Público.* Lisboa. ISSN 0870-6107. N 114, Ano 29 (2008), pp. 71-84; CALHEIROS, Maria Clara - *Para uma teoria da prova.* Coimbra: Coimbra editora, 2015. ISBN 978-989-96672-5-9, pp. 33 e ss; FLAUBERT, Gustave et all. - La verdad de la verdad judicial (construcción y régimen narrativo). In CALVO *GONZÁLEZ*, José - *Verdade [Narración] Justitia.* Málaga: Ediciones Universidad de Málaga, 1998. Pp. 7-38; GASCÓN ABELLÁN, Marina - *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba.* 2ª ed. Madrid: Marcial Pons (2004). ISBN 978-8497681261; PINTORE, Anna - *Il Diritto senza verità.* Madrid: Dykinson (2005). ISBN 978-8834862438; ROERMNDO, B. V. - *Derecho, relato y realidade.* Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

[11] Utilizamos a expressão lógica dialética no sentido em que o processo se desdobra na prática de um conjunto de atos de iniciativa dos diferentes sujeitos processuais, em que cada ato é praticado na decorrência do ato anterior - cf. CALAMANDREI, Piero - *Derecho Procesal Vivil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa, 1973. I, pp. 334 e 356. As preocupações com a descoberta da verdade transparecem, designadamente, do disposto no art. 341.º do CC do qual decorre que a prova se destina a demonstrar a realidade dos factos da causa relevantes para a decisão. Também no domínio penal se conclui da mesma forma porque aí se impõe ao juiz o dever de ordenar, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa (art. 411.º do CPC e art. 340.º, n.º 1 do CPP).

[12] Sobre esta questão da verdade como fator de legitimação da jurisdicição, que surge depois naturalmente relacionada com a fundamentação da decisão como critério da sua validade, LOPES, José Antórnio Mouraz - *A Fundamentaão da Sentença no Sistema Penal Portugês: Legitimar, Diferencial, Simplificar*. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4551-7, passim e, em especial, pp. 49 e ss. De entre outros autores

A segunda, em certo modo decorrente da primeira, para clarificar que tomamos como mote da nossa investigação a célebre frase de Jeremy Bentham "The field of evidence is no other than the field of knowledge"[13]. Tomamo-la como tal porque julgamos que sintetiza em si mesmo o campo de investigação em que nos movemos: o campo da prova e do conhecimento. Em complemento e em interdependência. E não estamos sozinhos. Fala-se a respeito, na literatura, da prova como fenómeno interdisciplinar[14].Uma interdisciplinaridade que se manifesta na influência que outras áreas do saber que poderiam parecer *a priori* distantes do Direito tiveram na forma como hoje se compreende o ingresso dos factos no processo e o processo de convicção do juiz e dos jurados, mas também no facto de os juristas não só poderem hoje beneficiar, como sentirem necessidade de fazer uso de contributos de conhecimento de outras áreas do saber que, tradicionalmente, pareciam afastados do Direito (é o caso, p. ex., dos contributos prestados pela Informática, Química, Biologia, Genética, Neurociência)[15]. Considerando o nosso objeto de estudo, compreenderá o leitor que nos debruçaremos apenas sobre esta segunda perspetiva da prova como fenómeno interdisciplinar.

---

que trabalharam sebre a temática, é de relevo ainda o contributo de FERRAJOLI, L. - *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995. ISBN 9788487699948, *passim*. Voltaremos a esta questão de quando em vez, sempre tendo estas referências ocmo ponto de partida.

[13] Cf. BENTHAM, Jeremy - *An introductory view of the rationale of evidence: for the use of non-lawyers as well as lawyers*. V 6. Edinburgh: Bowring and Mill, 1812. Part I, Chapter I.

[14] Considerando a vastidão da bibliografia sobre o tema, sempre seria manifestamente infundada a pretensão de apresentarmos aqui uma lista representativa da extensa literatura a este respeito. Contudo, não podemos deixar de mencionar dois autores que foram nomes incontornáveis na defesa de uma visão interdisciplinar na aplicação do Direito. São eles o já citado Jeremy Bentham e William Twining. Para justificar a prova como objeto de conhecimento uno, afirmou este último autor "[...] the point is that, at its core, evidence as multi-disciplinary subject is about inferential reasoning. The common ground is some general philosophical issues about logic, probability, truth and knowledge. 'Evidence' is a word f relation used in contexto of argumentation (A is evidence of B)" - cf. TWINING, William - Evidence as a multi-disciplinary subject. *Law, Probability and Risk* [Em linha]. N 2 (2003). [01.02.2021]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/228242590_Evidence_as_a_Multi-disciplinary_Subject, pp. 91-107, p. 97). Também Henry Wigmore prestou um contributo para a interdisciplinaridade da prova ao desenvolver um método de análise de prova assente numa perspetiva interdisciplinar, mediante representação gráfica dos argumentos num diagrama (conhecido como *Wigmore chart*). Ainda hoje se reconhecem os méritos do modelo para a teoria contemporânea, seja porque essa abordagem retórica forneceu uma nova perspetiva sobre os problemas da teoria do raciocínio, mas também porque esse método apresentou uma nova proposta para o problema da avaliação da qualidade dos argumentos associada à superação das respetivas objeções. Twining expressou também os méritos dete modelo, referindo que representaria "[...] the most systematic attempt to integrate the logical, psychological and scientific dimensions of proof within a single conceptual framework" - cf. TWINING, William - Evidence and legal theory. *The Modern Law Review* [Em linha]. V 47, N 3 (1984). [01.02.2021]. Disponível em https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-2230.1984.tb01652.x. Pp. 261-283, p. 271. Para uma análise crítica atual ao modelo, *vide* GOODWIN Jeas - Wigmore's Chart Method. *Informal Logic* [Em linha]. V 20, N 3 (2000). [01.02.2021]. Disponível em https://ojs.uwindsor.ca/index.php/informal_logic/article/view/2278, pp. 223-243. Ainda sobre o tema, TARUFFO, Michele - *La prueba de los hechos, op. cit.,* pp. 21 e ss e, na literatura portuguesa, CALHEIROS, Maria Clara - A prova como experiência interdisciplinar no direito. In Alexandre Walmott Borges; Saulo de Oliveira Pinto Coelho - *Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*. Uberlândia: LAECC, 2015. ISBN: 978-85-918728-2-4. V. I. pp. 277-299.

[15] Esta dupla perspetiva da interdisciplinaridade pode ser encontrada em CALHEIROS, Maria Clara - A prova como experiência interdisciplinar no direito, *op. cit.,* pp. 278 e ss. Porque será sobre o segundo sentido da interdisciplinaridade que nos vamos debruçar, não podemos desenvolver a primeira conotação, em que assumem relevância os estudos desenvolvidos pela filosofia da linguagem e as correntes de pensamento surgidas do movimento *linguistic turn*. Remetemos, por isso, maiores esclarecimentos para a obra referida. Lembramos ainda da importância dos préstimos dos estudos interdisciplinares de Direito e Economia, Direito e Psicologia e Direito e Literatura, fruto do realismo jurídico americano, mas também da História, Filosofia e Sociologia da ciência. Estes últimos serão por nós objeto de maior análise no caípulo 3 desta parte e nas partes IV e V, mas para já em nota introdutória sugerimos a leitura de CAUDILL, David S.; REDDING, Richard - Junk Philosophy of Science?: The paradox of expertise and interdisciplinarity in Federal Courts. *Washington and Lee Law Review* [Em linha]. V 57 (2000). [21.06.2021]. Disponível em https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol57/iss3/3/, pp. 685-766.

1. PROCESSO JUDICIAL E EPISTEME EM SINTONIA: RETROSPETIVA EM REFLEXÃO

1.1. BREVE RESENHA SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS MODELOS PROBATÓRIOS

Iniciamos a nossa investigação embarcando numa viagem pelo passado.

Ainda que não haja consenso quanto ao tempo e lugar em que se verificaram os primeiros contributos da ciência nos processos judiciais, julgamos certo que tal se tenha iniciado antes da emergência da prova pericial[16] moderna como hoje a conhecemos. Também em Portugal o aparecimento desta figura manifestou-se inicialmente de um ponto de vista fático e só mais tarde viria a ser consagrada no sistema legal.

Os primeiros relatos registados na literatura apontam para a intervenção de pessoas com especiais conhecimentos (sobretudo na área da Medicina) na resolução de litígios na Grécia Antiga e no Antigo Egito[17], mas parece ter sido no final da Idade Média que a participação de pessoas dotadas de especiais conhecimentos (em especial na área da Medicina) para esclarecer os factos

[16] Referimos prova pericial porque, como veremos no último capítulo desta parte, é através da prova pericial que o conhecimento científico é produzido no processo judicial.

[17] Estes relatos surgem mencionados na literatura por MANZANO, Luís Fernando de Moraes - *Prova Pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro.* São Paulo: Ed. Atlas, 2011. ISBN 8522462488, p. 174 e PEREIRA, Susana Cláudia da Silva - *A prova pericial no processo civil* [Em linha]. Porto: Escola Superior de Tecnologia e Gestão, 2016. Dissertação de Mestrado. [08.06.2021]. Disponível em https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/10332/1/DM_SusanaPereira_MSOL2016.pdf, pp. 31 e ss. Nestas referências é mencionada a descoberta de um papiro que contém as conclusões de um estudo realizado por um profissional nomeado para aferir a causa de morte de um indivíduo com ferimentos na cabeça, as quais se aproximarão àquelas que hoje constam dos relatórios periciais de Tanatologia forense. Também existem vestígios nestas civilizações da intervenção de pessoas com especiais conhecimentos em medições e Geometria para ajuizar as delimitações de terras e os historiadores admitem a existência do que hoje conhecemos por perícias realizadas por sacerdotes médicos para atestar se, em determinados casos, a morte dos indivíduos ocorrera de forma natural ou violenta. Há ainda outras referências à possibilidade de serem adiados os castigos a que fossem condenadas as mulheres grávidas até que fosse realizado um diagnóstico de gravidez por especialista.

juridicamente relevantes começou a despontar[18]. Com efeito, alguns estudos revelam, na realidade inglesa no séc. XIII, a produção de conhecimento especializado através de tribunal de júri em que os jurados eram dotados de qualificações e conhecimento especializado, ou recorrendo a terceiros nomeados pelo tribunal para auxiliar o juiz ou o júri na compreensão dos factos que se mostrassem relevantes para a decisão da causa[19].

Percebe-se que até essa data essa participação fosse escassa ou inexistente porque a revelação era o meio privilegiado do conhecimento. Num período em que o teocentrismo dominava praticamente todos os aspetos do quotidiano, mostrou-se natural que ordálios e os duelos judiciais tivessem sido instituídos como meio de prova e que a verdade enquanto finalidade do processo assumisse nesta altura um significado particular, associada ao conhecimento mágico ou de origem divina[20]. Compreende-se então que até esse período a intervenção dos especialistas se mostrasse incompatível com o sistema instituído.

Na baixa Idade Média, por força da receção do Direito romano justinianeu, anunciou-se um monopólio por parte dos poderes públicos na administração da justiça, limitando as situações em que os particulares poderiam fazer uso dos meios de autotutela. Com a abolição dos ordálios ocorrida no início do séc. XIII assiste-se à implementação de um sistema de prova legal e, por conseguinte, a um novo paradigma da verdade. Para os objetivos do nosso estudo mostra-se particularmente relevante a adoção, no domínio penal, do modelo inquisitorial na Europa

[18] Diga-se em abono da verdade que na literatura portuguesa, se confrontarmos as referências apresentadas por Affonso Costa e Paulo Dá Mesquita, encontramos uma divergência patente quanto à darta em que se verificou pela primeira vez a produção de conhecimento especializado nos processos judiciais. O primeiro autor situa as primeiras intervenções e referências normativas aos peritos na Idade Média e o segundo refere o seu aparecimento apenas no séc. XIX. Acompanhamos Affonso Costa quando situa a Idade Média como o período histórico em que se denota a abertura dos processos judiciais à participação dos peritos, tendo por referência o que resulta estatuído nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas e às quais faremos referência nas partes II e III. Julgamos que as menções ao séc. XIX se justificam pelo facto de os termos "perito" e "prova pericial" só surgirem plasmados no quadro normativo por essa altura e por ser também nesse contexto de desenvolvimento científico e tecnológico que os peritos e a prova pericial assumiram maior protagonismo e autonomia, como veremos. Cf. COSTA, Affonso - *Os peritos no processo criminal, legislação portugueza: crítica, reformas*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1895, p. 16 e MESQUITA, Paulo Dá - *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1951-7, p. 479.

[19] Esta perspetiva histórica na realidade inglesa é desenvolvida por MNOOKING, Jennifer L. - Idealizing science and demonizing experts: an intellectual history of expert evidence. *Villanova Law Review* [Em linha]. V 52, N 101 (2007), pp. 763-802. [24.11.2019]. Disponível em https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol52/iss4/3/. ISSN 0042-6229, pp. 767 e ss. A autora apresenta referências a diversas decisões judiciais para evidenciar estes dois modelos. A título exemplificativo, menciona um julgamento por júri composto por cozinheiros e peixeiros em que o arguido era acusado de vender comida estragada; refere ainda alguns casos em que os arguidos eram estrangeiros e podiam ser julgados por um júri misto, composto por estrangeiros e nacionais, em igual número; e menciona também que a determinação da gravidez poderia ser feita por um júri constituído apenas por mulheres. Mas, como dissemos, o sistema também permitia que o tribunal nomeasse especialistas para produzirem conhecimentos relevantes - foi o que se verificou num julgamento em que o tribunal convocou cirurgiões para ajudar a determinar se uma determinada ferida estava fresca. Esclarece ainda a autora que até finais do séc. XVIII foram sendo nomeados especialistas pelos tribunais para apresentarem as suas opiniões ao júri. Estas opiniões, ainda que não fossem vinculativas para o júri, tinham influência na sua decisão porque não eram sujeitas a contraditório. A realidade alterou-se por força da crescente importância assumida pelo contraditório em virtude de sucessivas reformas no sistema judicial e foi a partir da segunda metade do século XVIII que as partes começaram a chamar suas próprias testemunhas especialistas. Sobre o atual modelo na tradição anglo-saxónica refletiremos na parte VI.

[20] Veja-se, sobre esta conceção do processo e da prova judicial, CALHEIROS, Maria Clara - *Para uma teoria da prova, op. cit.,* pp. 33 e ss e MESQUITA, Paulo Dá - *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano, op. cit.,* pp. 31 e ss.

continental e do modelo de júri em Inglaterra porque estas diferentes conceções do processo viriam a ditar, como veremos, a consagração de modelos distintos de judiciário e de apreciação da prova, com necessárias implicações na forma como o conhecimento especializado é produzido nos processos judiciais no modelo romano-germânico e anglo-saxónico. Na posição de alguns historiadores este modelo de prova legal serviria o propósito de limitar a discricionariedade judicial, já que à época os juízes eram delegados do poder político e careciam por isso de independência e de uma formação específica e adequada ao exercício da função jurisdicional.

Nesse cenário mostrava-se necessário desenhar um sistema judicial que assegurasse a aplicação do Direito com minimização da carga cognitiva dos juízes[21]. Tal seria possível mediante a definição, pelo legislador, de um complexo e pleno de regras que permitisse ao juiz decidir sobre qualquer facto que lhe fosse colocado para apreciar. Tais regras pré-estabeleciam o valor a atribuir a cada meio de prova e ao juiz cabia muito pouco na sua valoração. A decisão seria o resultado de um cálculo aritmético e meramente formal. A prova seria, pois, matéria exclusivamente jurídica e o modelo de prova legal mostrava-se um modelo de prova apenas acessível aos juristas, concretizando o ideal de um sistema assente no princípio da legalidade. Por consequência, o juiz seria o único especialista na ciência jurídica e quem melhor poderia interpretar e aplicar as normas ao caso concreto.

Percebe-se certamente a razão pela qual o recurso a especialistas conhecesse fôlego nesta fase: passando a recair sobre o magistrado o dever de instruir o processo e de decidir a matéria de facto, independentemente da contribuição das partes ou do juízo divino, mesmo em matérias que não dominasse, mostrava-se necessário recorrer a terceiros que detivessem esse conhecimento de que o julgador não dispusesse[22].

---

[21] *Vide* para maiores detalhes FENOLL, Jordi Nieva - Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del passado. *InDRet* [Em linha]. N 3 (2020), pp. 406-437. [03.05.2021]. Disponível em https://indret.com/carga-de-la-prueba-y-estandares-de-prueba-dos-reminiscencias-del-pasado/. ISSN 1698-739X, pp. 426 e 427. Como sintetiza Paulo Dá Mesquita, o modelo de prova legal pretendia ser um "esquema pré-definido da verdade judiciária em que o Estado devia assumir a responsabilidade pelos veredictos num sistema vertical de autoridade dirigido à aplicação objectiva do direito, sem espaço para o desenvolvimento processual litigioso" - cf. MESQUITA, Paulo Dá - Alguns sinais sobre tendências actuais do processo penal português: convergências metodológicas sobre o contraditório, a prova, a imediação e a confiança nos juízes. *Julgar*. Coimbra. ISSN 2183-3419. N 25 (2015), pp. 109-144, p. 111. Por isso se perceberá que nesta altura a dogmática tivesse desenvolvido o conceito e as consequências que pudessem resultar das funções profissionais do "juiz que julga mal" e da figura do "juiz imperfeito" como alguém que não demonstrasse preparação científica, moral ou humana necessária e adequada ao exercício das funções - *vide* HOMEM, António Pedro Barbas - *Judex Perfectus: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal 1640-1820*. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 9789724019895, p. 568. Sobre as virtudes do juiz perfeito, resultantes de uma combinação de virtudes morais com uma dimensão científica e experiência profissional (aqui se incluindo conhecimento sobre o Direito da Natureza e das Gentes), pode ler-se, mais particularmente a obra referida a pp. 595 e ss.

[22] Neste sentido, COSTA, Affonso - *Os peritos no processo criminal: legislação portugueza, criticas, reformas, op. cit.,* p. 16 e ainda TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica*. S.l.: Eudito, 2017. ISBN 978-989-8856-60-9, p. 221. Sobre o modelo do juiz na tradição ocidental e as funções jurisdicionais *vide* AAVV - O perfil do juiz na tradição ocidental. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3745-5. Numa breve resenha histórica, que será depois desenvolvida na parte III, será neste ponto pertinente adiantar que é nas Ordenações Afonsinas que se manifesta pela primeira vez a produção de conhecimento especializado e mais propriamente científico (encontramos, no Título XXXI do livro 5.º na referência ao crime de homicídio ou ofensas à integridade física a necessidade de se distinguir

Sucede que este modelo de prova legal viria a ser muito contestado. No séc. XVIII as críticas que lhe eram dirigidas centravam-se na tortura pelas elites culturais e na desconfiança generalizada do secretismo em que eram fixados os enunciados de facto dos julgamentos criminais. Estas críticas foram muito influenciadas pela alteração dos paradigmas filosóficos do conhecimento científico e pelos novos modelos de superação da dúvida, com inegáveis reflexos no contexto da prova judicial. No clima oitocentista defendia-se a substituição do modelo que instituía um valor pré-determinado a cada tipo de prova por um modelo que assentasse na valoração livre da prova e num papel mais ativo do juiz nessa tarefa.

Teorizado no Direito romano clássico e associado ao sistema de júri no séc. XIX, em resultado da crítica dirigida ao sistema de prova legal pela revolução francesa, procurava-se com este modelo de prova livre afastar a ideia difundida no antigo regime de que magistrado detinha o monopólio do processo e acesso exclusivo ao material probatório[23]. Defendia-se uma outra perspetiva: a de que a verdade processual em termos probatórios deveria ser construída a nível de senso comum, numa espécie de juízo de "competência cognitiva universal", alcançada mediante o modelo de prova livre e a adoção da figura do júri[24]. À luz deste paradigma, a prova

a penalidade atribuída à morte ou às ofensas "segundo a qualidade do feito". No mesmo livro, mas no Título 44.°, § 1.° exigia-se que as feridas, para produzirem efeitos jurídicos, fossem "abertas e sangrentas" e "negras e inchadas" em caso de pancadas. Será, toda maneira de sublinhar que, à data, a observação dos factos que exigiam os especiais conhecimentos competia ao juiz, que era o responsável pela sua observação - cf. Ordenações Afonsinas disponíveis em http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/ [16.01.2021]); nas Ordenações Manuelinas se fazia já depender a abertura do processo de ofensas à integridade física, nos casos em que não fossem exibidas "feridas abertas e sangrentas" ou "negras e inchadas", da junção de um "auto feito por algum tabelião com autoridade de juiz, em que der fé que lhe viu as ditas feridas de forma sobredita, e que protestou querelar tanto que soubesse quem o ferira"(Cf. livro 5.°, título 42.°, § 2.° das Ordenações Manuelinas, disponíveis em http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l3p307.htm [16.01.2021]. Com a publicação das Ordenações Filipinas a evolução acentuou-se, não só se repetindo as referências anteriores, mas prevendo-se um órgão privativo para realização das perícias à parte do órgão judiciário, ainda que não se verificasse tal separação em todas as situações. Por um lado, nos termos do Livro 1.°, título 65.°, § 37.° incumbia ao juiz o dever de fazer exame nas feridas que se encontram em virtude de motim, ordenando que visse no próprio dia a qualidade das feridas, devendo registar em auto as suas observações. Por outro lado, no mesmo título, § 38.° referia-se que em caso de feridas mortais, e das quais se conhecesse o autor, que fosse o seu autor preso até que as feridas fossem analisadas pelos "melhores dois Cirurgiões que na terra houver". Parece ser, ainda, inegável a importância reconhecida ao perito alheio ao sistema judicial em face da previsão da possibilidade concedida em desfazer-se a compra de escravo da Guiné quando o comprador, estando longe do vendedor, fizesse "examinar a mercadoria por dois físicos" e estes declarassem que o escravo, ao tempo da venda, sofria já de doença ou manqueira (cf. Livro 4.°, título 17.°, § 7.° das Ordenações Filipinas. Sobre a importância atribuída aos peritos, nessa altura, PEREIRA, Susana Cláudia da Silva Pereira - *A prova pericial no processo civil, op. cit.,* pp. 31 e ss, enfatizando que o perito acumulava, na prática, a função de perito e juiz). Mesmo séculos volvidos, a distinção não se mostrava totalmente clara e prova disso resulta do facto de a prova pericial surgir no quadro normativo com a figura do arbitramento. A confusão que no início da sua consagração parecia exigir entre o órgão judiciário e o da perícia viria ser posteriormente resolvida com uma sucessiva separação destas figuras e respetivas competências, muito por força de um serviço de peritos médico-legais na sequência da criação da cadeira de medicina legal em 1836 por influência do regime liberal.

[23] Todavia, não deixa de ser curioso que, como refere Jordi Fenoll, neste sistema de livre convicção da prova se denote uma tendência para se estabelecerem standards de prova (veja-se p. ex., os standards de *preponderance of evidence* nos EUA ou *balance of probabilities* no Reino Unido; ou ainda os de *clear and convincing evidence* ou de *beyond any reasonable doubt*) como necessidade de determinar os níveis de convicção da decisão para evitar decisões erróneas. Standards esses que podem ser vistos como resquícios do modelo da prova legal. O autor defende o afastamento destes standards, apelando a uma maior ênfase à necessidade de fundamentação das decisões - cf. FENOLL, Jordi Nieva - Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado, *op. cit,* e do mesmo autor - La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal.* Madrid. ISSN 2605-5244. V 1 (2018), pp. 129-145, pp. 137 e ss.

[24] Esta noção de "competência cognitiva universal" opunha-se à de "autoridade burocrática dos magistrados" conforme descreve MESQUITA, Paulo Dá - *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano, op. cit.,* p. 225, nota 127. Este mesmo autor esclarece ainda que a ligação entre o sistema de prova livre e o tribunal de júri tem como "[...] pressuposto epistemológico [...] o de que o juízo de cognição não deve ser técnico, deve sustentar-se numa «prova moral», a única acessível a um grupo heterogéneo como os jurados" - *ibidem*, p. 42, nota 112.

deveria estar sujeita à livre apreciação do julgador e o júri deveria decidir de acordo com a sua consciência e íntima convicção. Para assim se defender partia-se da crença iluminista na razão e na experiência, acessível a qualquer cidadão, inclusivamente àqueles que não tinham qualquer formação jurídica.

Por consequência, a verdade processual em termos probatórios, defendia-se, não deveria resultar de regras pré-instituídas, mas de uma apreciação casuística das provas produzidas no julgamento. De um ponto de vista político, não só este dogma da "competência cognitiva universal" permitia legitimar o sistema judicial, como limitava os poderes dos magistrados naquela que era, até então, o exercício monopolizado do poder judicial. Assistiu-se, por efeito, em termos de valoração da prova, à alteração do paradigma anterior atomista para um holismo valorativo.

No segundo quartel do séc. XX mostrava-se já pacificada a livre apreciação da prova nos julgamentos de facto por juízes profissionais[25] e a nova discussão centrava-se sobre a obrigatoriedade da fundamentação das decisões, pedindo-se aos juízes que desenvolvessem uma retórica argumentativa que persuadisse não apenas as partes envoltas no litígio, mas que permitisse também esclarecer a opinião pública porque só assim se garantiriam as condições de adesão e aceitação pelo "auditório universal"[26], tal como denominado por Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca.

Esta consciência de uma dimensão social do processo viria a desencadear novas conceções de justiça, pautada já não por uma ideia de ordem hierarquizada e piramidal, decorrente de uma imagem de um poder público centralizado e distante, mas por uma ideia de horizontalidade[27]. Rejeitava-se então a adequação do silogismo judiciário puro e uma aspiração de verdade que fosse

[25] Até então duas correntes se manifestavam na cena judicial: para a corrente maioritária deveria existir um modelo unitário de cognição que seria aplicável quer os julgamentos fossem realizados por juízes profissionais ou pelo tribunal de júri (generalizava-se a "prova moral"), enquanto que para uma corrente minoritária mais favorável à vinculação dos juízes às regras legais, a unidade do processo cognitivo judicial impunha que os juízes profissionais seguissem, tanto em matéria penal como civil, as regras de prova do processo civil, com sujeição ao dever de fundamentação das decisões, que seriam recorríveis (diferentemente do que sucederia com o veredicto do júri) - cf. MESQUITA, Paulo Dá - *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano, op. cit.,* pp. 72 e 73. Hoje é reconhecido que o regime de prova livre, inicialmente pensado para o júri que decidia em matéria de facto, norteia também a atuação do juiz profissional na apreciação da matéria de facto. Está afastada a ideia de que a legitimação da atuação dos juízes e júris era distinta, assentando a primeira numa natureza técnico-profissional e a segunda na "competência cognitiva universal" – cf. TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica*, *op. cit.,* pp. 264 e 265.

[26] Cf. PERELMAN Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA Lucie - *Tratado da argumentação: a nova retórica.* São Paulo: Martins Fontes, 2000. ISBN 85-336-0473-4. Na obra os autores projetam um ensaio de reestruturação da retórica, através do desenvolvimento de conceitos como "auditório universal" e "comunidade de espíritos", construindo uma comunidade idealizada de comunicação em que, sendo todos os sujeitos percecionados como detentores das mesmas capacidades de entendimento e comunicação, procuram racionalidade das discussões em detrimento da argumentação coerciva. Consequentemente, o orador e os membros do auditório encontram-se envoltos na construção mútua da formação do que é o "auditório universal" e da "comunidade de espíritos" que surge como instituição legitimadora das interações entre orador e auditório.

[27] Cf. MATOS, José Igreja - *Um modelo de juiz para o processo civil actual.* Coimbra: Wolters Kluwer, 2010. ISBN 978-972-32-1813-8, p. 145.

resultado de uma pré-valoração da prova. O juiz torna-se, assim, parte mais ativa na administração da justiça.

Uma nota adicional e contextual com relevo para o nosso estudo se impõe para lembrar que nessa transição do séc. XIX para o séc. XX se denotava já a evolução do conhecimento decorrente dos desenvolvimentos técnicos e científicos nas mais diversas áreas e que viria a originar um novo paradigma assente no racionalismo, experimentalismo e positivismo[28]. Naturalmente que tal se refletiu nos regimes probatórios do sistema judicial, que por essa altura pretendiam uma prova material e racional para demonstração da realidade, suportada pela razão e *verdade* e *certeza* científicas, e por isso abertos ao progresso técnico e científico.

Enraizadas na revolução industrial, estas aspirações serviram para consolidar um novo paradigma de prova. A evolução científica e tecnológica viria a manifestar-se no plano judicial e algumas das dificuldades e obstáculos à descoberta da verdade sentidos até então mostraram-se passíveis de serem ultrapassados com êxito, mediante incorporação nos processos judiciais de saberes de outras áreas do conhecimento e de conhecimento empírico, que também ganha novo valor acrescido por força dessa revolução científica e tecnológica quando passível de ser comprovado.

É por esta altura que um novo arquétipo do conhecimento é desenvolvido, ancorado no dogma da especialização, que alcançara o seu auge no plano económico-social precisamente aquando da revolução industrial. Acreditava-se, à data, que o conhecimento seria mais rigoroso quanto mais específico fosse o seu objeto. O conhecimento especializado e interdisciplinar no contexto judicial mostrou-se de tal ordem relevante ao serviço da justiça que originou um novo conceito de polícia e ao longo do século passado foram-se desenvolvendo e implementando vários laboratórios especializados, seguindo as exigências do paradigma de especialização, ainda que colocados em diálogo com diferentes disciplinas e áreas de conhecimento que cada vez mais se têm vindo a desdobrar e aumentar[29].

---

[28] Deve notar-se que no séc. XVIII, por força da revolução industrial e da criação de novos instrumentos e metodologias capazes de testar os saberes experimentais, se estabeleceu um modelo de racionalidade científica e totalitária, que negava todas as formas de conhecimento que não seguissem os seus princípios epistemológicos e metodológicos tradicionais e que distinguia do conhecimento científico o senso comum e os estudos humanísticos (neles se incluindo os estudos históricos, filosóficos, teológicos e jurídicos). Caracteriza-se por, diferentemente da ciência aristotélica, desconfiar de forma sistemática das evidências da experiência imediata. Sobre estas alterações no plano científico, *vide* SANTOS, Boaventura de Sousa - *Um discurso sobre as ciências*, *op. cit.,* pp. 10 e ss e, pela relevância que assumiu, DESCARTES, René - *Discurso do Método*. Lisboa: Edições 70, 2018. ISBN 978-972-44-1525-3. Destacamos, como pensamento subjacente a este modelo de racionalidade, a célebre frase do filósofo "[...] nunca aceitar como verdadeira alguma coisa sem a conhecer evidentemente como tal [...]" (p. 29 da obra referida).

[29] São exemplos paradigmáticos a Medicina Legal (e, dentro destas a Tanatologia, a Anatomia-patologia, a Sexologia, a Traumatologia e a Asfixiologia), a Antropologia, a Odontologia, a Imagiologia, a Entomatologia, a Psicologia forense, a Psiquiatria forense, a Biologia e Genética, a Toxicologia, a Física e Química, a Lofoscopia, a Balística, a Fotografia, a Documentoscopia, a Contabilidade e a Informática, entre outros.

Por isso se entenderá que, em matéria judicial, neste novo ambiente se indagava por uma formação dos magistrados que lhes conferisse conhecimento diversificado e científico noutras áreas do saber que se mostrassem relevantes para a apreciação dos litígios em sede de apreciação da prova (como a Criminologia e ciências afins). Sendo tema ao qual voltaremos no capítulo seguinte, é para já de referir que, como descreveu Oreste Dominioni, se o colapso do sistema de provas legais subtraiu os resultados probatórios de avaliações pré-estabelecidas pelo legislador, colocando-as de volta às regras da lógica, do conhecimento científico e da experiência e eliminou a padronização legal das ferramentas técnico-científicas de reconstrução dos factos, permitiu que o processo fosse atraído, quando necessário e possível, às potencialidades da ciência e da técnica[30].

É exatamente neste contexto que a Escola Positiva do Crime procura, numa tese radical, substituir o sistema de prova livre, sustentado no senso comum e na "intuição instintiva de jurados e juízes", que associava a uma "fase sentimental" da valoração da prova, por um juízo de caráter científico, mais adequado àquela que designada por nova "fase científica", representado pela perícia[31]. Numa palava só, aspirava-se à substituição da livre convicção por um juízo de caráter científico. Percebe-se que neste período tenha ganho fôlego a produção de conhecimento científico no contexto probatório e que aí se enraizassem aspirações de que a ciência poderia contribuir para a descoberta da verdade[32].

Um retrocesso foi, contudo, vivido no séc. XX.

No Estado Novo são recuperadas algumas tendências vividas no antigo regime, em reação ao ideário liberal. Com especial acuidade para o que aqui nos importa, o juiz volta a assumir o monopólio da função jurisdicional em matéria penal e no conhecimento dos factos. Assume-se abertamente preferência por juízes profissionais, tecnocraticamente legitimados e, por efeito, estabelece-se um monopólio judicial em sede processual. Os magistrados, dotados de formação

---

Encontramos estes exemplos em BRAZ, José - *Ciência, Tecnologia e Investigação criminal: interdependências e limites num Estado de Direito Democrático*, *op cit.,* pp. 41 e ss.

[30] Cf. DOMINIONI, Oreste - La prova penale scientifica: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione. Milano: Giuffrè Editore, 2005. ISBN 88-14-118565-5, p. 33.

[31] Cf. MESQUITA, Paulo Dá - *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano, op. cit.,* pp. 75 e ss. Analisadas as pretensões, mostra-se claro que a autoridade reconhecida por esta Escola não era a livre convicção, mas o juízo científico e por essa razão será de destacar, com pertinência, a aspiração por uma autonomização da magistratura penal face à cível, iniciada nas novas ciências, de maneira que os magistrados satisfizessem o ideal de "magistrado psico-antropo-sociológico" - *ibidem,* p. 66, nota de rodapé n.º 101.

[32] Foi nesse enquadramento que se revelou cada vez mais crescente a produção e autonomização a prova pericial, ainda que não tivesse determinado a alteração do paradigma tal como aspirado pela Escola Positiva do Crime porquanto recaía sobre o magistrado a fixação do valor do juízo do perito quanto aos enunciados de facto sobre os quais se tivessem pronunciado. É com efeito por esta altura que o instituto que nos ocupa conhece autonomia e a designação de prova pericial tanto no recorte processual civil como penal. Para maiores desenvolvimentos, sugerimos a leitura da retrospetiva que desenvolvemos na parte III.

técnico-jurídica e homogénea, estavam colocados no centro do processo, competindo-lhes decidir não apenas em matéria de Direito, mas também de facto.

Por oposição ao ideário liberal de democracia representativa, concretizada na participação do júri no processo, é afastada a "competência cognitiva universal" em prol de um novo paradigma que atribuía agora uma "superioridade da cognição judicial"[33] à decisão do juiz. E porque a um Estado totalitário seria necessário um sistema judicial forte, é compreensível que a concretização da ideologia se tenha mostrado prioritária no plano penal. Neste período, o juiz assume então um papel preponderante no julgamento, olhando-se para a ciência jurídica como apolítica e a atividade do juiz como "[...] *técnica* aplicada com atenção ao *espírito das instituições* [...]"[34]. O juiz deixa de ser passivo, tonando-se ativo e indagador e a quem eram conferidos amplos poderes de direção e decisão. As demais atividades apresentavam-se, pois, como auxiliares e instrumentais à realização da justiça.

Em termos de implicações processuais, salienta-se no processo civil a incorporação dos princípios da imediação e da oralidade e o reforço dos poderes do tribunal[35]. E é por isso também compreensível que tenha sido no Estado Novo que se tenha consagrado a figura do juiz como funcionário, tal como ainda hoje é por nós conhecida e se mostra vigente. Uma ideia que subjaz a todo o sistema processual e que colhe justificação numa competência cognitiva do juiz que deriva do facto de integrar uma carreira profissional específica. Ganha neste contexto preponderância o adágio segundo o qual o juiz é o *iudex peritus peritorum*.

Sucede que há muito este paradigma parece posto em crise e diversos fatores concorreram para o seu afastamento.

---

[33] Cf. MESQUITA, Paulo Dá - *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano, op. cit.,* p. 95. Como explica, esta visão encontrava respaldo no plano europeu em que a "[...] tendência [...] de prevalência de uma *tradição literária* sobre a *tradição científica* acentua-se com a autonomia e o isolamento do discurso jurídico [...]" num reflexo de "autonomia do direito relativamente a outros saberes" (*ibidem,* p. 140). Nas palavras do autor, assumiu-se um autoritarismo fundado "[...] em torno de eixos inspirados pelas ciências jurídicas germânica e italiana (caráter apolítico do direito concebido como *ciência,* autonomização da legislação e da política, sendo a atividade dos juízes expressão de uma *técnica* aplicada com atenção ao *espírito das instituições*) [...]" ajustadas a "[...] uma cultura que tem pressuposta a autonomia epistemológica do direito".

[34] Cf. MESQUITA, Paulo Dá - Alguns sinais sobre tendências actuais do processo penal português: convergências metodológicas sobre o contraditório, a prova, a imediação e a confiança nos juízes, *op. cit.,* p. 112.

[35] No plano judicial esta afirmação assume, como se compreenderá, especiais contornos na valoração da prova e no próprio princípio da imediação, interpretado no seu sentido subjetivo, já que este parece não se coadunar com a realidade que hoje é colocada aos tribunais, cada vez mais heterógena e multicultural e que exige conhecimentos que o juiz não domina. Tal assume especial relevância porque a imediação é parte que legitima o modelo de livre apreciação já que convoca, na indagação dos factos, a ponderação de aspetos e impressões pessoais que não seriam possíveis de outra forma. Para uma leitura da inadequação do princípio da imediação nos tempos atuais, *vide* MESQUITA, Paulo Dá - Alguns sinais sobre tendências actuais do processo penal português: convergências metodológicas sobre o contraditório, a prova, a imediação e a confiança nos juízes, *op. cit.,* 128). Certamente voltaremos a este problema mais tarde porque a sua importância é inegável em termos de valoração da prova pericial.

Talvez o mais imediato e evidente tenha decorrido da revolução de abril de 1974, que se estabeleceu como marco incontornável na sedimentação de uma nova perspetiva sobre direitos fundamentais e procedimentos para prossecução da verdade, com evidentes ecos no processo judicial. Um dos mais relevantes revestiu a consagração, na CRP de 1976 e no CPP 1987, do princípio da acusatoriedade, suplantando o princípio do inquisitório.

Também o afastamento da sacralização do exercício do poder judicial parece concorrer para isso: seja pelo reconhecimento de que a atividade da magistratura deve prestar um serviço à comunidade, seja pela proliferação das magistraturas, de fragilidades no recrutamento dos magistrados ou até tentações de protagonismo[36].

Adicionalmente, já num plano mais alargado e epistemológico, mas também com especial influência, o facto de hoje serem reconhecidos limites ao conhecimento individual neste (admirável?) mundo novo em que "[...] o conhecimento é vasto demais, dinâmico demais para as humanas forças - ainda que muitas e esforçadas - se possam alguma vez arrogar qualquer pretensão de omnisciência [...]"[37].

Deste ponto de vista mais amplo, não é despiciendo lembrar que atualmente assistimos a um novo paradigma no estádio de conhecimento. Vivemos um momento paradoxal perante o conhecimento porquanto se por um lado o conhecimento que agora temos, fruto de um trabalho acumulado, nos faz acreditar numa sociedade liberta de carências e inseguranças, por outro, uma reflexão mais aprofundada sobre esse saber faz-nos conhecer os limites do rigor científico e os riscos desse saber[38]. Nas palavras de Boaventura Santos, no final "[...] o conhecimento ganha em rigor o que perde em riqueza e a retumbância dos êxitos da intervenção tecnológica esconde os limites da nossa compreensão do mundo e reprime a pergunta pelo valor humano do afã científico assim concebido"[39].

Este é um ponto essencial da nossa investigação: a consciência de que a excessiva compartimentação e especialização do saber "[...] faz do cientista um ignorante especializado

[36] Cf. DIAS, João Álvaro - Responsabilidade profissional do perito médico. *Revista Portuguesa de Dano Corporal.* Coimbra. ISSN 1647-8630. N 8 (1998), pp. 35-51, p. 40.

[37] Cf. DIAS, João Álvaro - Responsabilidade profissional do perito médico, *op. cit.,* p. 36. Lembramos nesta afirmação a obra intitulada *Admirável Mundo Novo* da autoria de Aldous Huxley por refletir sobre a desumanização dos seres humanos e a subjugação do Homem pelas suas invenções.

[38] Seguimos a postura dicotómica desenvolvida por SANTOS, Boaventura de Sousa - *Um discurso sobre as ciências*, *op. cit.,* pp. 6 e ss. Refere o autor, a título exemplificativo sobre estes riscos, a catástrofe ecológica e a guerra nuclear que, segundo o próprio, nos faria temer que o séc. XX terminasse antes de começar.

[39] Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa - *Um discurso sobre as ciências*, *op. cit.,* p. 33.

[...]"[40] e que tal não trará apenas vantagens. Nesta era de pós-modernismo em que vivemos, admite-se inclusivamente que nenhuma forma de conhecimento seja em si mesma racional e que só a configuração de todas elas seja racional. De facto, o modelo cartesiano, reducionista, tem sido questionado e diversos estudos apelam à sua substituição por um modelo sistémico e holístico, que analise a realidade em toda a sua transversalidade, como um todo complexo e que apenas dessa forma pode ser percecionada, compreendida e alcançada.

Uma nova visão do mundo se impõe: a transdisciplinaridade[41]. Um pensamento uno, transdisciplinar e indissociável. Uma nova abordagem que parte do adágio de que o todo é mais do que a soma das partes. Mas muitos desafios se colocam a esta visão transdisciplinar, que se mostra na prática muito difícil de compatibilizar com a visão mecanicista que ainda entre nós impera.

1.2. OS CRESCENTES AVANÇOS DA CIÊNCIA E IMPLICAÇÕES NA LÓGICA PROBATÓRIA: O PARADIGMA DA *PROVA CIENTÍFICA*

Voltemos ao positivismo oitocentista a que já nos referimos acima. Referimos que foi aí que se notou especial abertura do processo judicial à ciência porque as novas descobertas e os novos saberes alcançados rapidamente se mostraram importantes instrumentos que poderiam auxiliar o juiz a melhor compreender e conhecer os factos juridicamente relevantes. De facto, o novo arquétipo de conhecimento, associado ao desenvolvimento do experimentalismo e de ciências como a Medicina, a Física e a Biologia, viria a criar, no plano epistemológico, as condições necessárias para a reconfiguração de velhos saberes e para formação de conhecimento novo. E com ele as bases para um novo paradigma da lógica probatória que se viria a manifestar em

[40] Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa - *Um discurso sobre as ciências*, *op. cit.,* 46. Para este problema não foi encontrada solução e as propostas apresentadas acabaram por retomar ao problema original porque muitas tenderam a criar novas disciplinas para resolver esses problemas - *ibidem,* p. 47.

[41] A transdisciplinaridade ocupa-se de uma análise da mesma realidade por diferentes disciplinas. Diferentemente da interdisciplinaridade, procura ir além de qualquer disciplina e compreender o mundo através da "unidade do conhecimento". Não sendo este o nosso objeto de estudo - ainda que com ele relacionado - não nos será possível apresentar uma lista que esgote os autores e obras que têm defendido este novo paradigma. Contudo, não podemos avançar sem apresentar os nomes de Jean Piaget, que terá cunhado o termo, de Basarab Nicolescu e a sua obra *O Manifesto da Transdisciplinaridade,* e ainda o trabalho desenvolvido pelo Centro Internacional de Pesquisa e Estudos Transdisciplinares e a Carta da Transdisciplinaridade, assinada em Portugal em 1994 no Primeiro Congresso Mundial de Transdisciplinaridade. Nesta perspetiva se defende uma substituição da ideia de "lei" pela ideia de "sistema", "estrutura", "modelo" e pela noção de progresso. Por todos, SANTOS, Boaventura de Sousa - *Um discurso sobre as ciências*, *op. cit.*, p. 31.

primeira linha no domínio penal com maior abertura à ciência e maior relevância atribuída à *prova científica*[42].

É, porém, na segunda metade do séc. XIX que o Positivismo Criminológico se afirmou em todo o seu esplendor por via da Antropologia Criminal de Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafaele Garofalo. Afastados da Escola Clássica de Criminologia, os autores estudam o crime para lá de uma entidade jurídica abstrata e centram a abordagem na figura e nas condições intrínsecas do delinquente. As obras de Cesare Lombroso "L'Uomo Delinquente" (1876) e "Antropologia Criminal" (1895) marcaram então um novo pensamento sobre o fenómeno criminal, pautado por um certo fatalismo biológico determinado geneticamente.

Certamente se compreenderá que, desenvolvida e difundida a tese de que seria possível identificar um possível criminoso pela verificação de uma certa configuração anatómica típica e cientificamente demonstrável, se tenham empregue esforços em torno de uma metodologia de identificação humana, construída a partir do método antropométrico ou da Antropometria Criminal. Foi então criado um complexo sistema de identificação criminal, o *Bertillonage,* que cruzava dados descritivos, antropométricos, sinaléticos e fotográficos, recolhidos num quadro de rigorosa normalização e depois tratados através de uma fórmula antropométrica, individualizante. Tal foi sua a aceitação que em 1893 este método viria a ser adotado como método de identificação criminal pela Polícia de Paris, onde viria a ser criado o primeiro laboratório de identificação criminal.

Na segunda metade do séc. XX este método de identificação criminal foi substituído pela Lofoscopia que se revela, ainda hoje, um dos principais métodos de identificação forense na generalidade das polícias criminais[43].

Por esta altura o conceito de Criminalística emerge como área autónoma do conhecimento científico. A discussão que então se gerou sobre a sua natureza viria a culminar num olhar generalizado como área específica do conhecimento científico, assente numa lógica

---

[42] De facto, por força desse desenvolvimento, assistimos no início do séc. XIX ao proliferar de áreas do conhecimento centradas na classificação e interpretação de características morfo-anatómicas do ser humano, tendentes à compreensão do seu caráter e comportamento. Pensemos nos trabalhos no domínio da Frenologia e da Fisiognomia e no fascínio que surtiram no pensamento social positivista da época e que viriam, inclusivamente, a ser recuperadas na primeira metade do séc. XX pelas Craniologia e Psicognomia. É, contudo, no processo penal que se notam mais cedo e com maior dimensão as marcas da evolução do pensamento científico e as influências do desenvolvimento tecnológico e científico em contexto judicial. Nesta muito breve resenha histórica seguimos as referências apresentadas por BRAZ, José Alberto Campos - *Evolução histórica da prova em processo penal: do pensamento mágico à razão* [Em linha]. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2017. Tese de Doutoramento. [09.06.2022]. Disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37100/3/ulfd135579_tese.pdf, pp. 42-46

[43] Para uma perspetiva histórica, *v.g.* PINA, Luís de - *Dactiloscopia (Identificação-Polícia Científica).* Lisboa: Bertrand, 1938 e SIMAS, Alexandre; CALISTO, Fernando; CALADO, Francisco - *Dactiloscopia e Inspecção Lofoscópica.* Lisboa: ISPCC/PJ, 2001.

multidisciplinar aplicada à investigação criminal. Nos anos seguintes a Criminalística afirmar-se-ia de forma crescente como uma área de conhecimento multi e interdisciplinar, voltada para a função forense e comprometida com um paradigma de especialização, materializada no surgimento das chamadas ciências forenses[44].

Mais recentemente, mas já no séc. XX, na decorrência das novas formas de criminalidade, presenciámos o desenvolvimento de novas técnicas de investigação e identificação (como técnicas de pesquisa, busca e localização, seguimento, vigilância, identificação e monotorização, registo fonográfico, fotográfico e videográfico, rastreamento e condicionamento eletrónico, interceção e registo de comunicações) que viriam a suscitar também elas novos problemas em matéria probatória e particularmente a respeito da sua (in)compatibilização com direitos, liberdade e garantias, mas que se têm revelado instrumentos essenciais para auxiliar na descoberta da verdade compreensão dos factos em litígio.

Mas talvez tenha sido na década de 80 do século passado que se concretizou um dos marcos mais significativos nesta voltagem em matéria probatória: a descoberta de uma nova tecnologia científica que, com virtualidades e potencialidades inigualáveis em matéria de identificação humana, viria a mostrar-se fonte de uma certa deferência à comunidade científica que a prática judiciária tende a reforçar. Valerá, pelas repercussões que daqui decorrem, fazermos uns parênteses para desenvolvermos algumas considerações a respeito[45].

---

[44] Para esse entendimento mostrou-se significativa a obra de Ernst Seelig publicada em 1920, "Handbuck Der Kriminalistik" ("Manual de Criminalística"), que apresentava a Criminalística precisamente sob uma lógica de multidisciplinaridade que beneficiaria do contributo de várias áreas do conhecimento. Assim, se a Medicina abarcava, por força da ideologia do positivismo que procurava a medicialização dos vários níveis e fases da abordagem do fenómeno criminal, de forma mais ou menos homogénea, praticamente todo o conhecimento forense (para além dos vários ramos da Medicina Legal como a Tanatologia, Anatomia, Patologia, Sexologia, Traumatologia, Asfixiologia, Psiquiatria, compreendia também áreas como a Lofoscopia, Toxicologia, Documentoscopia e Antropologia que, em rigor epistemológico que hoje é partilhado, não fazem parte da Medicina), hoje assistimos, como já dissemos, a uma maior especialização e segmentarização do saber, distinguindo-se nas ciências forenses, a título de exemplo, a Medicina, a Antropologia, a Odontologia, a Imagiologia, a Entomologia, a Psiquiatria, a Psicologia, a Botânica, a Biologia, a Genética, a Toxicologia, a Física, a Química, a Lofoscopia, a Balística, a Documentoscopia, a Contabilidade, a Engenharia (e dentro desta, a Informática, a Metalurgia, a Mecânica). Sobre o tema, nesta perspetiva histórica, acompanhamos BRAZ, José Alberto Campos Braz - *Evolução histórica da prova em processo penal: do pensamento mágico à razão*, *op. cit.,* p. 45.

[45] A literatura sobre o tema é vasta, pelo que sempre seria inexequível apresentarmos uma lista bibliográfica expressiva. Por isso, sem essa pretensão, sugerimos a leitura dos seguintes contributos que serviram de mote para as considerações que teceremos: ARONSON, Jay D. - DNA fingerprinting on trial: the dramatic early history of a new forensic technique. *Endeavour* [Em linha]. N 28, N 3 (2005). [10.06.2022]. Disponível em https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/16087235/. ISSN 0160-9327, pp. 126-131; LYNCH, Michael; JASANOFF, Sheila - Contested identities: science, law and forensic practice. *Social Studies of Science* [Em linha]. V 28, N 5/6 (1998), pp. 675-686. [13.08.2021]. Disponível em https://www.jstor.org/stable/285513?seq=1#metadata_info_tab_contents. ISSN 1460-3659; NAUGHTON, Michael - The right to access DNA testing by alleged innocent victims of wrongful convictions in the United Kingdom?. *The International Journal of Evidence & Proof* [Em linha]. V 14 (2010), pp. 326-345. [10.06.2022]. Disponível em https://journals.sagepub.com/doi/10.1350/ijep.2010.14.4.362. ISSN 13657127; BUTLER, John - The future of forensic DNA analysis. *Philosophical transactions of the Royal Society of London* [Em linha]. (2015). [13.05.2022]. Disponível em https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4580997/. ISSN 2053-922; LOPEZ, Leticia Barrera - Derecho y Ciencia: DNA, Conocimiento Cientifico y Practica Judicial [Em linha]. Disponível em https://www.academia.edu/26543678/Derecho_y_Ciencia_DNA_conocimiento_cientifico_y_practica_judicial?email_work_card=view-paper [12.08.2021] e ainda ROEWER, Lutz - DNA fingerprinting in forensics: past, present, future. *Investigative Genetics* [Em linha]. V 4, N 22 (2013), pp. 1-10 [10.06.2022]. Disponível em https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3831584/pdf/2041-2223-4-22.pdf. ISSN 2041-2223 e TAUPIN, Jane Moira - *Introduction to Forensic DNA Evidence for Criminal Justice Professionals*. London: TAYLOR & FRANCIS 2014. ISBN ISBN 9781138415805.

Corria o ano de 1984 quando Alec Jeffreys descobriu a existência de regiões repetitivas no código genético, as VNTR's. Em causa, repetições consecutivas do código genético apresentadas sob a forma de marcadores moleculares sequenciados heterogéneos, nas quais era possível distinguir um padrão altamente variável entre indivíduos e por via disso identificar uma espécie de pegada genética unívoca, semelhante a uma impressão digital, e que tornava possível a sua análise destinada à identificação humana. Esta semelhança justificou que a técnica fosse cunhada como *DNA fingerprinting* por sugerir uma analogia com a velha técnica dactiloscópica que havia sido aceite pelos tribunais durante décadas como um método de identificação de pessoas.

A descoberta foi posteriormente objeto de exploração, estabilização, padronização, crescimento e sofisticação. E depois de detetadas algumas limitações na técnica inicialmente utilizada quando confrontada com insuficiência de quantidade ou qualidade do material genético, veio a mostrar-se possível a amplificação dessas amostras através de um método que replica seletivamente determinada região repetitiva no código genético. Através desta nova técnica PCR, de sequência genómica e de alta sensibilidade, foi possível não só a otimização dos recursos disponíveis, como maior celeridade na identificação, precisão na genotipagem, mas também a sua aplicação a situações em que a expressividade do material genético se mostre diminuta. O seu emprego foi sendo então alargado a um número cada vez maior de situações e foi-se consolidando como método forense de identificação por excelência[46].

Atualmente, os métodos de *DNA profiling* (assim designados após dissociação da técnica da datiloscopia) assentam na técnica de análise de STR que são regiões genómicas polimórficas conhecidas como microssatélites e que apresentam grande variabilidade dentro do espetro populacional. Para se atingir a sua máxima potencialidade, a técnica passa por uma análise coordenada de vários marcadores STR num método que permite a amplificação de várias

[46] As quatro fases de desenvolvimento do método forense de análise de DNA a que nos referimos são descritas por BUTLER, John - The future of forensic DNA analysis, *op. cit.,* p. 3. A atual relevância das tecnologias de DNA na investigação criminal vai sendo referida em todas as obras que sobre o tema já nos referimos e, em particular, a respeito da relevância que tem assumido a prova por DNA no sistema judicial *vide ainda* MURPHY, Erin - The new forensics: criminal justice, false certainty, and the second generation of scientific evidence. *California Law Review* [Em linha]. N 95 (2006). Pp. 721-797. [01.05.2021]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/228146878_The_New_Forensics_Criminal_Justice_False_Certainty_and_the_Second_Generation_of_Scientific_Evidence. ISSN 0008-1221. Concretamente na realidade portuguesa sobre o tema pode ler-se SANTOS, Filipe José da Silva Cardoso - *Genética forense, justiça e média em Portugal: elementos de co-produção num estudo de cinco casos criminais* [Em linha]. Braga: Instituto de Ciências Sociais, 2015. Tese de Doutoramento. [04.06.2022]. Disponível em http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/36678. No estudo empírico que desenvolveu e em que procurou perceber, entre outros aspetos, qual a perceção de magistrados judiciais e do MP, advogados e peritos forense da importância da prova genética nos processos judiciais, concluiu que a prova com recuso às tecnologias de DNA é perspetivado como "meio de prova por excelência" - *passim* e, em especial, pp. 213, 218 e 220. No mesmo sentido aponta COSTA, Susana - O aparato forense e os entendimentos socioculturais na investigação criminal em Portugal. In MACHADO, Helena - *Genética e Cidadania*. Porto: Afrontamento, 2017. ISBN. 9789723615739. Pp. 87-109.

sequências de DNA em simultâneo, viabilizando a atenuação dos riscos de contaminação associados à extrema sensibilidade e permitindo assim identificações fidedignas. Esta nova tecnologia de identificação humana via DNA oferece um poder discriminatório muito superior e, em simultâneo, revela uma capacidade aumentada de simplicidade, rapidez, permeabilidade à automação e mostra-se igualmente apta a extrair resultados fiáveis da análise em amostras de reduzida quantidade[47].

E se o que já dissemos bastaria para justificar que a prova por tecnologia de DNA seja hoje um recurso indispensável, sobretudo quando em causa estão litígios que envolvem problemas tão complexos como a identificação de pessoas, a sua relevância em contexto judicial conheceu um crescente exponencial quando, no ano de 1989, nos EUA, esteve na base de uma decisão de exoneração de um inocente condenado a pena de prisão[48]. Daí em diante foram-se sucedendo os apelos de vários arguidos condenados previamente à descoberta e aplicação desta tecnologia à revisão dos seus casos sob esta técnica.

Tal motivou, também nos EUA, no ano de 1992, criação do *Innocence Project* com o objetivo de reanalisar, mediante recurso a novos instrumentos e ferramentas possibilitados precisamente pelo progresso tecnológico e científico, processos criminais que terminaram em condenações de pessoas que, após a condenação, reivindicaram a sua inocência. Desde essa data até então o projeto já permitiu a reversão de 375 decisões judiciais, 21 das quais a pena de morte[49]. Atraídos pelos resultados do projeto, diferentes universidades, também nos EUA, criaram o National

---

[47] Sobre o poder discriminatório da tecnologia DNA *vide* TAUPIN, Jane Moira - *Introduction to Forensic DNA Evidence for Criminal Justice Professionals*, *op. cit.,* p. 5.

[48] Acerca do caso pode ler-se a informação e o relatório *Gary Dotson,* disponibilizados pelo National Registry of Exonerations no site https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=3186. Aí podem ainda ser encontradas informações constantemente atualizadas sobre os casos subsequentes, bem assim como tratamento estatístico detalhado sobre um leque de questões relacionadas.

[49] Os números que apresentamos reportam-se à data da nossa última consulta do *site* https://innocenceproject.org/exonerate/ [04.06.2022]. O projeto, conduzido pela Cardozo Law School da Yeshiva University, e fundado pelos advogados Peter Neufeld e Barry Scheck, viu o seu mérito comprovado pelas exonerações que ao longo dos últimos anos foram concedidas, mas também pela literatura que procura identificar os fatores que originam condenações injustas, em particular nesse país, mas não só (veja-se CHAMPOD, Christophe; VUILLE, Joëlle - Scientific evidence in Europe: admissibility, evaluation and equality of arms. *International Commentary on Evidence* [Em linha]. V 9, N 1 (2011), pp. 1-69. [01.09.2021]. Disponível em https://core.ac.uk/download/pdf/85212846.pdf. ISSN 1554-4567; GROSS, S. R. - Convicting the innocent. *Annual Review of Law and Social Science* [Em linha]. V 4 (2008), pp. 173-192. [10.06.2022]. Disponível em https://standdown.typepad.com/SCHOLARSHIP-AnnualReviewLawSocialScience-2008-Gross-ConvictingTheInnocent.pdf. ISSN 1550-3631; DUCE, Mauricio - Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate. *Ius et Praxis* [Em linha]. V 24, N 2 (2018), pp. 223-262. [01.09.2021]. Disponível em https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v24n2/0718-0012-iusetp-24-02-00223.pdf. ISSN 0717-2877) e ainda pelo surgimento de iniciativas idênticas, seja nos EUA, mas também no RU (*Criminal Case Review Commissions*) e inclusivamente em Portugal. Nosso país, o "Projeto Inocência" foi acolhido pelo Diário de Notícias e foi formado por um grupo de jornalistas e advogados que se propunham "[...] refazer investigações de casos em que pessoas que sempre se afirmaram inocentes foram condenadas [...]". Pese embora o projeto estivesse pensado com a duração de um ano, a correr entre janeiro e dezembro de 2020, até hoje não se conhecem os seus resultados (aliás, apenas logramos informação do projeto numa notícia publicada pelo próprio órgão de comunicação social sem que dpois tivessem sido publicadas as suas conclusões - cf. NEGRÃO, Leornardo - Projeto Inocência. Serão todos os condenados, de facto, culpados? Diário de Notícias [Em linha]. [25.01.2020]. [03.08.2022]. Disponível em https://www.dn.pt/pais/projeto-inocencia-serao-todos-os-condenados-de-facto-culpados-11747976.html).

Registry of Exonerations com o objetivo de identificar e registar os casos de pessoas exoneradas por todos os tipos de métodos e não exclusivamente pela técnica de DNA. Apesar de as conclusões do projeto excederem o nosso objetivo de investigação, será de sublinhar que, para o que aqui nos importa, é significativa a contribuição da tecnologia de DNA nos casos de exoneração já que num número total de 3.149 casos esta tecnologia estará na origem de 24% de absolvições após condenações[50]. Fala-se então agora, para lá da faceta condenatória, de outra faceta não menos relevante da prova de DNA: a absolutória.

O poder altamente discriminatório do DNA, suportado pelos elevados índices probabilísticos de correspondência, justifica então que a prova por tecnologia DNA seja hoje encarada como o "padrão ouro" ou "máquina da verdade" na busca judicial pela verdade[51]. É precisamente a ideia de probabilidade em que se baseia a credibilidade da tecnologia de DNA que a torna numa espécie de conhecimento com um *status* científico superior, impondo-se como um tipo de prova mais transparente, infalível e potenciadora de uma verdade incontestável. Esta técnica científica, cujo potencial coadjuvante da tarefa de investigação criminal não encontra semelhante nem nos métodos tidos tradicionais da prática judiciária, nem nos já conhecidos e utilizados métodos científicos como as perícias lofoscópicas, a técnica de sobreposição craniofacial e os exames toxicológicos, viria a responder a uma fé na verdade científica que ocupa o mesmo lugar que o mito e a crença.

As potencialidades desta tecnologia e o seu elevado grau de fiabilidade parecem transcender no plano judicial o quadro da sua aplicação. De facto, a ciência é também por força disso olhada como um importante instrumento para melhor demonstração e compreensão dos factos e nela se

---

[50] O National Registry of Exonerations é um projeto conjunto do Newkirk Center for Science & Society da University of California Irvine, da University of Michigan Law School e Michigan State University College of Law, fundado 2012 em articulação com o Center on Wrongful Convictions da Northwestern University School of Law. O Centro procura registar informação detalhada sobre todas as exonerações conhecidas nos EUA desde 1989, data em que foi conhecida a primeira decisão exoneratória. Os dados que apresentamos reportam-se à data da última atualização do *site*, ocorrida em 06.04.2022 (informação disponível em http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/ExonerationsContribFactorsByCrime.aspx [04.06.2022]).

Não deixa de ser interessante constatar que surgem diferentes interpretações dos resultados destes projetos. Assim, e se por um lado verificamos quem saliente preocupações com o facto de dessas iniciativas não se poderem retirar conclusões generalizadas por poderem não refletir fielmente a realidade (designadamente por se notar um potencial viés na seleção de amostras), por outro encontramos quem, partindo destes dados, critique uma certa apatia e desinteresse face ao potencial da tecnologia de DNA, quer quanto à revisão de decisões judiciais, quer quanto ao número elevado de amostras biológicas ainda por testar. É exemplo de maiores precauções DUCE, Mauricio J. - Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate, *op. cit.,* e será exemplo de um maior apelo à utilização da prova por DNA NAUGHTON, Michael - The right to access DNA testing by alleged innocent victims of wrongful convictions in the United Kingdom?, *op. cit.*

[51] Neste sentido LYNCH, Michael - God's signature: DNA profiling, the new gold standard in forensic science. *Endeavour* [Em linha]. V 27, N 2 (2003), pp. 93-97. [06.06.2022]. Disponível em https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0160932703000681. ISSN 0160-9327 e também LYNCH, Michael *et al. - Truth machine: the contentious history of DNA fingerprinting*. Chicago: University of Chicago Press, 2008. ISBN 10:0226498077.

depositam expectativas de se alcançar, com maior certeza, a verdade[52]. E nessa perspetiva a ciência mostra-se ao serviço da justiça[53].

Estamos, portanto, perante um novo paradigma de prova.

Por um lado, porque os factos que hoje se mostram em discussão nos processos judiciais se revelam mais complexos e exigem mais conhecimento do que aquele que se espera que o juiz ou o jurado médio detenha. Tal decorre dos progressos da ciência e da tecnologia e da incorporação de tais avanços no nosso quotidiano. Pensemos, a título meramente exemplificativo, nas dificuldades de investigação da criminalidade informática, nas complexas questões que envolvem a maternidade de substituição ou fecundação *post mortem,* nos litígios decorrentes do comércio eletrónico ou da responsabilidade médica, na apreciação de danos ambientais ou do uso de substâncias tóxicas ou consumo de fármacos, no apuramento da responsabilidade de acidentes provocados por veículos autómatos, na diversidade de transtornos psicológicos que são invocados nos processos judiciais, etc.

Por outro lado, porque, por força desse progresso científico e tecnológico, se desenvolveram novos instrumentos de conhecimento de fenómenos que se mostram relevantes para o Direito e que permitiram uma verdadeira evolução dos mecanismos de prova. Ações cuja instrução probatória anteriormente era sustentada noutros meios de prova (como a prova testemunhal) hoje podem ser decididas quase que exclusivamente com base em provas de caráter técnico-científico. Talvez o maior exemplo desta mutação sejam as ações de filiação e a prova genética, que teve a

---

[52] Curiosamente, de uma perspetiva ligada à ciência, como nos explica Michele Taruffo, não existe, e talvez nunca tenha havido, uma conceção clara, homogêneo, unitário e absoluto, da "verdade científica" (cf. TARUFFO Michele - *La Prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Metropolitana, 2009. ISBN 9562860957, p. 98) ou pelo menos, como refere Maria Clara Calheiros, no contexto das ciências "exatas" há muito deixou de se "[...] prestar tributo a uma noção sacralizada e absoluta de verdade [...]" (cf. CALHEIROS, Maria Clara - Para uma teoria da prova, *op. cit.*, p. 74.). Papel importante assumiu Karl Popper ao desenvolver o falsificacionismo e chamando assim atenção para o facto de a Ciência nunca alcança resultados declarações definitivas e científicas estão sempre sujeitas a mudanças, evoluções ou refutações - cf. POPPER, Karl - *Conjecturas e refutações*. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 972-40-1878-6. Voltaremos a esta ideia mais à frente.

[53] As interseções entre Direito e ciência são hoje amplamente reconhecidas e nas últimas décadas começaram a atrair atenção como um campo autónomo de estudo, gerando os seus próprios ramos de conhecimento e investigações especializadas. A bibliografia é vasta (sobretudo nos EUA) e seria manifestamente inviável apresentarmos aqui uma lista exaustiva. Aquelas que se nos afigura mais relevante merecem, nas notas de rodapé seguintes, a respetiva menção, paras as quais remetemos. Em qualquer caso, uma análise do incremento exponencial da bibliografia do uso da ciência nos tribunais pode ser revisitada em TARUFFO, Michele - Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria. *Quaderni della Rivista Trimestrale do Diritto e Procedura Civile: Decisione giudiziaria e veritá scientifica*. Milano: Giuffré Editore, 2005, N 8. ISBN 9788814119323. Pp. 3-24. No velho continente é em Itália que mais autores se têm debruçado sobre a temática. Nomes como Pier Rivello e Oreste Dominioni merecem destaque por terem desenvolvido estudos aprofundados sobre a produção de ciência nos tribunais (RIVELLO, Pier - *La prova scientifica.* Milano: Giufrè Editore, 2014. ISBN 9788814188480 e DOMINIONI, Oreste - *La prova penale scientifica: glistrumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*. Milano: Giuffrè Editore, 2005. ISBN 88-14-118565-5). Em Portugal, não foram muitos os autores que se debruçaram sobre o tema. De entre a parca e dispersa literatura desenvolvida pelos juristas portugueses, encontramos as contribuições de BRAZ, José - *Ciência, Tecnologia e Investigação criminal: interdependências e limites num Estado de Direito Democrático*, *op. cit.;* RODRIGUES, Benjamim Silva - *Da prova penal: a prova científica - exames, análises ou perícias de DNA? Controlo de velocidade, álcool e substâncias psicotrópicas.* 3ª ed. rev. com., atual. S.l.: Rei dos livros, 2010. ISBN 978-989-8305-09-1 e CALHEIROS, Maria Clara - *Para uma teoria da prova, op. cit.,* pp. 117. Cingir-nos-emos, para efeitos da investigação, a esta perspetiva. Apesar disso, não desconsideramos que as implicações sejam mútuas. Isto é, não desconsideramos que o Direito também tem implicações no domínio da investigação científica - *vide*, a respeito, HAACK, Susan - Irreconcilable differences? The troubled marriage of Science and Law. *Law and Contemporary Problems* [Em linha]. V 72 (2009), pp. 1-23. [20.03.2018]. Disponível em https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1502&context=lcp. ISSN 1945-2322.

sua utilização extremamente difundida na prática forense a um nível global. Mas também podemos lembrar a importância crescente que têm assumido as provas de sexologia forense nos casos de abuso sexual, as perícias psiquiátricas em contexto de discussão da (in)imputabilidade, a identificação lofoscópica ou fotográfica, as perícias de reconhecimento de voz e de assinatura, as perícias ao sangue, etc. Ou ainda as potencialidades geradas pelos meios de captação de som e imagem (com particular relevância para a possibilidade de interceção de chamadas e de localização de pessoas). E muitos outros exemplos poderiam ser apontados[54].

Em decorrência disso, também as atividades humanas e áreas de saber empírico sofreram uma reformulação em virtude das novas abordagens, possíveis por força dessa revolução e evolução científica e tecnológica. Efetivamente, assistimos a uma repercussão deste conhecimento especializado em matérias que tradicionalmente se mostravam na esfera exclusiva de competências do juiz. Bastará pensar que atualmente se verifica uma maior reserva sobre o poder do juiz em desenvolver uma avaliação da credibilidade dos depoimentos das testemunhas, que se mostra em determinadas situações já transferida para o escrutínio dos peritos[55]; ou que foram os contributos da Psicologia do testemunho e da Neurofisiologia que justificaram que o legislador fixasse a regra em processo penal que impede que o adiamento da audiência exceda trinta dias[56]; ou ainda nos importantes desenvolvimentos da Neurociência no âmbito da responsabilidade penal[57]. Dito de forma mais evidente, o progresso científico e tecnológico manifestou-se em campos que tradicionalmente eram deixados ao senso comum e foram-se esbatendo as fronteiras entre a

---

[54] Michele Taruffo usa a expressão "explosão" do problema do uso da ciência como método para provar factos controversos nos processos judiciais para descrever este fenómeno, que identifica como sendo um dos fenómenos mais importantes das últimas décadas e a sua importância cresce diariamente - cf. TARUFFO, Michele - La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses. In VÁZQUEZ, Carmen - *Estándares de Prueba y Prueba Científica*. Marcial Pons: Madrid, 2013. ISBN 978-84-15664-53-6. Pp. 203-213, p. 204. Sobre uma visão dos contributos da ciência e da tecnologia para o desenvolvimento de meios de prova, *vide* BRAZ, José - *ciência, tecnologia e investigação criminal: interdependência e limites num Estudo de Direito Democrático, op. cit.*

[55] Veja, p. ex., a possibilidade de realização de perícia sobre a personalidade a menores de dezoito anos em crimes contra liberdade e autodeterminação sexual, prevista no n.º 3 do art. 131.º do CPP. A respeito, p. ex., da necessidade de realização de perícia psicológica para aferir da capacidade, credibilidade e veracidade do testemunho de pessoas portadoras de anomalia psíquica, *vide* Lourenço, Maria João - Reflexões em torno das dificuldades probatórias no crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência praticado contra indivíduos com deficiência intelectual. In OLIVEIRA, A. Sofia Pinto; JERÓNIMO, Patrícia Jerónimo (coord) - *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie* [Em linha]. Braga: Uminho editora, 2022. [23.01.2023]. Pp. 163-192. Disponível em https://ebooks.uminho.pt/index.php/uminho/catalog/view/105/152/2147-1. V 2. ISBN 978-989-8974-87-7. V II.

[56] Este prazo de trinta dias previsto no art. 328.º, n.º 2 do CPP, não foi estabelecido de forma arbitrária, já que o legislador atendeu, para a sua fixação, às aquisições científicas sobre a memória e às investigações desenvolvidas pela neurofisiologia que permitiram concluir que um lapso temporal superior não permitiria ao juiz conservar, com nitidez, na sua memória, os elementos que o impressionaram durante a receção da prova. A respeito, sugere-se a leitura do acórdão uniformizador de jurisprudência, proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, com o n.º 11/2008, que retomou, nas palavras de Paulo Dá Mesquita "um discurso sobre supostas mais valias *científicas* do princípio da imediação" - cf. MESQUITA, Paulo Dá - Alguns sinais sobre tendências actuais do processo penal português: convergências metodológicas sobre o contraditório, a prova, a imediação e a confiança nos juízes, *op. cit.,* p. 137.

[57] Sobre o tema pode ler-se LOURENÇO, Maria João - O recurso à neurociência como meio de prova da inimputabilidade em razão de anomalia psíquica nos processos de natureza criminal: (des)mistificação dos seus contributos e repercussões nos direitos dos arguidos. In Centro de Investigação em Justiça e Governação - *Anuário dos Direitos Humanos* [Em linha]. Braga, Centro de Investigação em Justiça e Governação, 2020. [21.05.2021]. pp. 51-70. Disponível em https://issuu.com/comunicadireito/docs/anuario_dh_2019. ISBN 2184-1853.

cultura média não científica e a ciência. Isto ao mesmo tempo em que o saber se mostra mais compartimentado e a especialização é crescente.

Perante o quadro que que expusemos, julgamos justificar-se a observação de Jean-Philippe Lévy quando descrevia, na segunda metade do séc. XX, a transição de um sistema racional de prova para um modelo de *prova científica*[58] precisamente por referência à assumida e crescente relevância da ciência na produção e valoração da prova judicial.

Por conseguinte, é natural que se reconheça serem cada vez mais reduzidas as matérias em que o julgamento da matéria de facto possa fazer-se mediante o uso exclusivo de conhecimento não científico. A propósito, Michele Taruffo afirmou algo que nos parece incontornável: o crescimento do recurso a novas áreas de conhecimento será inversamente proporcional ao recurso à experiência do julgador na tomada de decisões[59].

E parece-nos que assim continuará a ser: vivemos num momento em que o fosso entre o saber científico e o saber comum não deixou de aumentar (pese embora a linha que separa esses saberes se apresente cada vez mais ténue) e por isso mostra-se cada vez mais difícil para o magistrado acompanhar a evolução do saber.

Assim se compreende que seja: é que a própria a ideia comum de ciência como fonte de prova judicial mudou. Se tradicionalmente o uso probatório da ciência consistia em provas periciais no campo das ciências ditas exatas (como a Medicina, a Química, a Engenharia, a Física e a Matemática) e se mostravam mais ou menos passíveis de valoração a partir do conhecimento calcado na cultura média do julgador, hoje a panóplia de ciências que pode auxiliar o processo probatório é bem maior. O incurso que fizemos anteriormente assim permite concluir: as ciências mostram-se vez mais especializadas e sofisticadas e nelas se incluem outras áreas de saber como a Genética, a Toxicologia, a Epidemiologia, a Bioquímica, mas também as ciências sociais e humanas, como a Sociologia, a Economia, a Psicologia, a Antropologia, etc. Isto significa que atualmente os domínios que são cobertos por algum tipo de ciência são muito mais amplos do

[58] O termo terá sido cunhado por Enrico Ferri (como refere LÉVY, Jean-Philippe - L'évolution de la preuve des origines à nos jours: synthèse Générale. In Recueil de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions - *La preuve*. Bruxelles: Éditions de la Librairie encyclopédique, 1965. IV. Pp. 9-70, p. 62) mas viria a ser largamente adotado na literatura, na jurisprudência e até na lei, como veremos, inclusivamente em Portugal. Manteremos o uso desta expressão entre aspas, apesar da sua difusão, seja porque ela não é nossa, seja porque julgamos necessárias algumas clarificações quanto à sua extensão e, por via disso, maior crítica quanto ao modo indiscriminado com que tem sido empregue. Veja-se o terceiro capítulo desta parte, onde apresentamos uma reflexão crítica a este respeito.

[59] Cf. TARUFFO, Michele - Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali, *op. cit.,*p. 6 e ainda do mesmo autor Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* [Em linha]. N 114 (2005), pp. 1285-1312. [21.06.2021]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/26612138_Conocimiento_cientifico_y_estandares_de_prueba_judicial. ISSN 2448-4873, pp. 1286 e 1287.

que no passado e o espectro das áreas nas quais o julgador pode decidir de maneira apropriada com fundamento somente na sua própria cultura ou no senso comum mostra-se mais reduzido.

Paralela e simultaneamente, o aumento considerável dessas fontes trouxe ao mercado novos peritos e novos saberes e com eles adensaram-se os problemas decorrentes do controlo da qualidade do conhecimento que pode interferir no sistema judicial, seja a respeito da sua admissibilidade, mas também da sua valoração[60].

Por efeito, os especialistas assumem cada vez mais protagonismo na sociedade[61]. E naturalmente nos processos judiciais[62].

É por isso tempo de questionarmos se o brocardo *iudex peritus peritorum* se mostra cada vez mais uma falácia perante o volume e complexidade de saberes técnicos necessários ao exercício da função jurisdicional. Na realidade vivida e sentida há quem note que o perfil do juiz não acompanhou estas exigências, que se mantém um técnico especialista apenas em matéria de Direito. Tal dever-se-á, entre outros motivos, ao facto de as universidades continuarem a privilegiar a transição e conhecimento ao invés de incentivarem o pensamento, mas também pelo facto de, perante a complexidade da vida social, os juízes resistem à mudança, mantendo-se o cultivo de uma visão estritamente processual das suas funções[63].

---

[60] A título de exemplo, temos presente áreas como a Psicografia forense, a Grafologia forense, a Fonoaudiologia forense e a Ergonomia forense. Em Portugal já escreveu sobre estes novos métodos «"científicos"» de investigação criminal, discutindo sobre a sua cientificidade, RODRIGUES, Benjamim Silva: *Da prova penal. novos métodos "científicos" de investigação criminal nas fronteiras das nossas crenças.* Sintra: Rei dos Livros: 2010. ISBN 9789898305220. O autor apresenta um estudo original sobre os requisitos de admissibilidade, a partir da clausula aberta do art. 125.º do CPP, destes métodos de investigação criminal que partilham de conhecimentos técnico-científicos.

[61] Sobre as discrepâncias entre o saber empírico e o saber científico, *vide* RUIVO, Maria da Conceição - A ciência tal qual se faz ou tal qual se diz? In SANTOS, Boaventura de Sousa (org) - *Conhecimento prudente para uma vida decente: 'Um Discurso sobre as ciências' revisitado*. Porto: Edições Afrontamento, 2003. ISBN 972-36-0688-7. Pp. 443-567, p. 564. Não é ilusória a cada vez maior importância dos especialistas no plano jurídico, mas também social e político. Bastará refletirmos sobre a relevância que têm assumido no contexto da pandemia COVID. Compreende-se, por isso, que autores já se tenham referido ao fenómeno como uma "tirania de especialistas" (tradução nossa) - Lieberman *apud* STEHR, Nico; GRUNDMANN, Reiner - *Experts: the knowledge and power of expertise*. Oxon: Routledge, 2011. ISBN 978–0–203–82964–6, p. 8. Sobre o tema e a relevância ou "disputa" entre ciência e sociedade é ainda pertinente a apresentação da obra "Direito e Ciência – D&C" [Em linha]. Belo Horizonte: Editora Expert, 2022. 20.02.2023. Disponível em https://experteditora.com.br/direito-e-ciencia-dc/. ISBN 978-65-89904-62-5.

[62] Nessa linha, autores que pertencem a diferentes tradições jurídicas e que escrevem a partir de diferentes perspetivas destacam que os sistemas judiciais recorrem cada vez mais ao uso da prova pericial para decidir os casos que lhes são colocados, não havendo diferenças relevantes nas perspetivas do processo penal ou do processo civil. Por exemplo, Michele Taruffo, referindo-se especificamente aos processos cíveis, lembra que cada vez os factos juridicamente relevantes extravasam a fronteira da cultura média do juiz e do jurado e por isso cresce diariamente a frequência com que se recorre à ciência para decidir os litígios (cf. TARUFFO, Michele, *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, ISBN 9788497686167, pp. 90 e 97) e Claus Roxin acentua que ao perito é conferido um papel cada vez mais dominante nos processos judiciais (ROXIN, Claus - *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. ISBN 978-9879120361, p. 240). Na tradição anglo-saxónica, Beecher-Monas assinala que a prova pericial é uma faceta inevitável do litígio moderno, sendo essencial para a justiça criminal e contencioso civil - cf. BEECHER-MONAS, Erica - *Evaluating scientificc evidence: an interdisciplinary framework for intellectual due process*. New York: Cambridge University Press, 2007. ISBN 978-521-67655-7, p. 4). Estas observações são também partilhadas de um ponto de vista epistemológico, como é o caso de GASCÓN ABELLÁN Marina - Prueba Científica: un mapa de retos. In VÁZQUEZ, Carmen - *Estándares de Prueba y Prueba Científica*. Marcial Pons: Madrid, 2013. ISBN 978-84-15664-53-6. Pp. 181-201, p.181), mas também do ponto de vista científico (cf. NATIONAL RESEARCH COUNCIL - *Strengthening forensic science in the united states: a path forward* [Em linha]. Washington: The National Academies Press, 2009. [21.06.2021]. Disponível em https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf. ISBN 0-309-13131-6, pp. xix e ss.

[63] Cf. RODRIGUES, Cunha - O perfil do profissional juiz na Constituição de República de 1976. In HOMEM, António Pedro Barbas - *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3745-5. Pp. 282-291. Sobre a insuficiência do estudo meramente processual da prova, NIEVA FENOLL, Jordi - La formación de los jueces en materia probatória. *Julgar.* Coimbra. ISSN 2183-3419. Número especial: prova difícil (2014). Pp. 7-20 e sobre os desafios ao exercício da função jurisdicional, também preconizados pelos novos conhecimento "de outros saberes de uma renovada cultura" (RANGEL, Rui Manuel de Freitas - Nota de abertura. In RANGEL, Rui - *Ser juiz hoje*. Coimbra: Almedina, 2008.

Repensar os modelos de formação dos juristas, de modo a adequá-los às novas necessidades do exercício da função é um apelo frequente. Os contributos interdisciplinares na formação e no exercício da profissão são preocupações presentes. E se por um lado se reconhece que, pela sua própria natureza, o Direito exige que os juízes sejam generalistas, por outro lado também se vai reconhecendo que juízes cientificamente analfabetos representam uma séria ameaça à própria legitimidade do poder judicial[64].

Neste contexto, erguem-se vozes para repensarmos o juiz dos séc. XIX e XX. Exige-se neste séc. XXI que o juiz " [...] tenha predisposição, vontade, conhecimentos «científicos» mínimos e necessários para saber objetivamente e não de forma fortuita [...]"[65] que se mostrem necessários para o bom desempenho da função jurisdicional. Também notamos na doutrina quem equacione a (re)abertura e protagonismo do tribunal de júri e sugira uma discussão em torno do atual papel do juiz. E verificamos quem defenda inclusivamente a "[retirada dos] poderes de cognição do juiz onde este indiscutivelmente não os tem" em benefício do perito[66].

Tudo isto leva-nos a questionar se estaremos já perante uma discussão em torno do exercício exclusivo da função jurisdicional pelo juiz ou se estaremos a assistir a alguma mudança nas funções jurisdicionais como as conhecemos. Esta é uma das questões matrizes que nos motiva. Procuraremos apontar respostas ao longo da investigação.

Para já, parece-nos que uma referência mais desenvolvida ao estado atual da autonomização e crescente importância da ciência no contexto judicial será importante para

---

ISBN 9789724033587, p. 13) podem ler-se LOPES, José Mouraz Lopes - Formação de juízes para o século XXI: formar para decidir. Formar para garantir. *Julgar.* Coimbra. ISSN 2183-3419. N 4 (2008). Pp. 133-158; LÓPEZ, Modesto Saverda - A legitimidade judicial na crise do império da lei. *Revista do Ministério Público*. Lisboa. ISSN 0870-6107. Ano 15, N 57 (1994). Pp. 11-23; SANTOS, Boaventura de Sousa - Que formação para os magistrados de hoje? In AAVV - *Que formação para os magistrados de hoje?*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2000. ISBN 972-9363-06-4. Pp 25- 43; CABRITA, Eduardo - Repensar a formação dos magistrados. In AAVV - Que formação para os magistrados de hoje?, *op. cit.,* Pp. 107-119. Este último autor apela à valorização, por parte dos magistrados e centros de formação, dos saberes especializados e à capacidade de decisão, que só se alcançará mediante a construção de modelos plurais de formação e não na sua uniformização. Na mesma lógica de incentivo abertura ao relacionamento interdisciplinar o sociólogo João Paulo Dias, estudando o modelo judiciário propõe não só a introdução de membros provenientes de outras áreas científicas, que não apenas o Direito, em tarefas da administração da justiça atualmente não estão previstas, mas também que na avaliação do desempenho profissional sejam valorizadas valências multidisciplinares como a Psicologia ou a Sociologia - cf. DIAS, João Paulo - *O Mundo dos Magistrados: a evolução da organização e do auto-governo judiciário*. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 972-40-2092-4, pp. 314ss.

[64] Com isto pretendemos significar que o desconhecimento da ciência pode porduzir conhecimento na sombra. Este receio é partilhado, entre outros autores, por David Gaigman. No seu artigo intitulado «Judges as "amateur scientists"» o autor defende ser exigível dos juízes o mínimo de conhecimento (e compreensão) em matéria de aplicação de estatística e de probabilidade. Para suportar essa sua tese apresenta o seguinte silogismo: a ciência aplicada é quase invariavelmente probabilística e, portanto, não pode ser usada adequadamente sem conhecimento de probabilidade e estatística; os juízes confiam regularmente na ciência aplicada como parte integrante da legislação; portanto, os juízes devem entender de probabilidade e estatística - *Vide* GAIGMAN, David - Judges as "amateur scientists". B*oston University Law Review* [Em linha]. V 86 (2006), pp. 1207-1225. [01.09.2021]. Disponível em http://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/volume86n5/documents/FAIGMANV.2.pdf. ISSN 0006-8047.

[65] Cf. RODRIGUES, Benjamim Silva - *Da prova penal: bruscamente...a(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*. Lisboa: Rei dos livros, 2010. ISBN 9789898305091. T II, p. 254.

[66] Cf. TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica*, *op. cit.,* p. 270. Refere-se a autora especificamente às perícias de medicina legal e defende que não deverá valer para estas a livre apreciação conforme decorre do art. 163.º do CPP. Voltaremos a esta discussão no capítulo 2 da parte IV e ponto 2.5. da parte VII desta investigação.

desenvolvermos o espírito crítico necessário à reflexão em torno da questão que acabamos de colocar.

2. O ATUAL ESTADO: O CIENTIFICISMO

A caraterização que fazemos no título deste capítulo do tempo atual como sendo de cientificismo não é original: já em meados do séc. XIX se aplicava esta mesma expressão para referir o hábito e o modo de expressão de um homem de ciência.

Inicialmente utilizada em relação a qualquer corpo sistematizado de conhecimento, independentemente do assunto, viria depois a ter um campo de aplicação mais estreito, sendo utilizada por referência apenas às ciências ditas exatas. Com os adventos da ciência e os enriquecimentos do nosso conhecimento sobre o mundo por eles permitido, foi crescendo o prestígio das ciências e palavras como "ciência", "científico", "cientificamente" começaram a ser utilizadas por referência a uma certa validade epistémica para distinguir honorificamente o que fosse cientificamente válido ou comprovado do que não o fosse. O termo passaria então a descrever uma tendência intelectual ou conceção filosófica de matriz positivista que afirmava a superioridade da ciência sobre todas as outras formas de compreensão humana da realidade, por ser a única capaz de alcançar autêntico rigor cognitivo.

Contrariando a tendência crítica manifestada nas primeiras décadas do séc. XX na comunidade científica, que criticava a atitude excessivamente entusiasmada e acrítica em relação à ciência que culminava numa incapacidade ou relutância em reconhecer a sua falibilidade, as suas limitações e os seus riscos potenciais[67], no plano judicial a abertura dos processos à ciência

[67] Para uma reflexão sobre as diferentes conotações do termo e sobre esta atitude, em particular no contexto judicial, recomendamos a leitura de HAACK, Susan - Six signs of scientism. *Logos and Episteme* [Em linha]. N 3 (2012), pp. 75-95. [30.05.2021]. Disponível em https://philpapers.org/rec/HAASSO. ISSN 2069-3052. Refere a autora que esta atitude é oposta ao "ceticismo" (nas suas palavras "cynicism"), marcada pela crítica e desconfiança relativamente à ciência. Na sua obra "Defending Science - Within Reason" defende a autora que devemos evitar qualquer uma destas atitudes, i. e., devemos evitar tanto subestimar como sobrestimar o valor da ciência (cf. HAACK, Susan - *Defending science within reason: between scientism and cynism*. New York: Prometheus Books, 2007. ISBN 9781591024583). Ainda sobre a utilização honorífica dos termos derivados da palavra "ciência" pode ver-se VÁZQUEZ, Carmen - *De la Prueba Científica a la Prueba Pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015. ISBN. 9788416402762, pp. 84 e 85.

não foi acompanhada de um processo paralelo de controlo e cautelas relativamente ao conhecimento que, dito *científico*, foi sendo produzido. Aliás, tal sucedeu de forma contrária e prova disso é que o prestígio de que goza a ciência de entre os juristas obstou a uma reflexão crítica sobre a mesma.

2.1. A EXALTAÇÃO DA CIÊNCIA: APROXIMAÇÃO AOS "MITOS E PARADIGMAS"[68]

De facto, aparentemente em contraciclo, em contexto judicial é notada uma sobrevalorização da ciência e da *prova científica,* perspetivada como um tipo de conhecimento epistemologicamente superior. Uma sobrevalorização que tende, como veremos, a resultar numa atitude deferencial face à ciência, sinal do estado de cientificismo que descrevemos[69].

O quadro que traçamos anteriormente (e que será desenvolvido ao longo da investigação) assim permite concluir. Dele resulta inteligível que o permanente apelo à capacidade da ciência na procura da verdade, particularmente intenso ao longo dos séc. XIX e XX, tenha contribuído para uma pretensa supremacia (ou mesmo sacralização) da ciência em contexto judicial. Efetivamente, a sua associação a padrões de objetividade e racionalidade que orientam a busca da verdade, caraterizados pelo rigor, precisão e tecnicidade (do qual é exemplo a tecnologia de DNA), foram atribuindo à ciência «"foros de cidadania"»[70] e por isso foi-se alimentando a confiança pública na ciência e, por via disso, na eficácia da administração e na realização de justiça.

Nesse sentido, o discurso dominante é marcado por uma visão positivista da ciência que se projeta a partir da prática judiciária, que entende o conhecimento científico como mais objetivo, rigoroso e confiável do que o do Direito. Com o elevado valor probatório que lhe tem vindo a ser

[68] A expressão "mitos e paradigmas" foi empregue por Abellán Gáscon, Marina - Prueba científica: mitos y paradigmas. In *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* [Em linha]. V 44 (2010). Pp. 81-103. [16.08.2022]. ISSN 0008-7750.

[69] Justificaremos na parte IV esta nossa afirmação. Para já afigura-se relevante referir que para Susan Haack este será um dos seis sinais que elenca como sendo caraterísticos do cientificismo. Para a autora são eles: utilização dos termos "ciência", "científico", "cientificamente", "cientista" como termos de louvor epistémico e uma carga honorífica; adoção de métodos e terminologia técnicas das ciências naturais a outros campos de investigação, independentemente da sua real utilidade para criar a aparência de *cientificidade*; preocupação em traçar uma linha nítida entre ciência e não-ciência ou pseudociência; preocupação em identificar o "método científico" para explicar a razão pela qual as ciências têm sido tão bem sucedidas; preocupação em encontrar nas ciências respostas para questões que encontram para lá do seu objeto; denegrir o valor de outros tipos de conhecimento e investigações que não derivem da ciência, como poesia ou arte - cf. HAACK, Susan - Six signs of scientism, *op. cit.* Numa terminologia distinta, mas com o mesmo sentido, Marina Gason Abellan refere-se ao termo "sobrevalorização" ("sobrevaloración"). A autora justifica ainda esta atitude numa dupla perspetiva: de um ponto de vista epistémico, decorrente de uma certa "beatificación de este universo probatorio" e de um ponto de vista semântico por se acreditar que os seus resultados "dicen cosas distintas de las que en realidad dicen" - cf. GASCÓN ABELLÁN Marina - Prueba Científica: un mapa de retos, *op. cit.*, p. 182. A divisão que apresentamos nas próximas páginas poderia ser enquadrada nestas categorias.

[70] Cf. RODRIGUES, Benjamim Silva: *Da prova penal: novos métodos "científicos" de investigação criminal nas fronteiras das nossas crenças*, *op. cit.,* p. 48.

atribuído, foi-se nutrindo a ideia de que a introdução da ciência no sistema judicial significaria o mais elevado nível de legitimação e creditação da atividade jurisdicional.

Por isso fala-se hoje numa certa rotinização do uso das ciências forenses em auxílio do Direito, num processo que frequentemente se associa como a "cientifização" do Direito[71]. Foi nesse contexto que já anteriormente invocamos a aspiração de um juízo científico na demonstração ou apreciação dos factos, notamos quem defendesse um novo modelo de prova designado precisamente por *prova científica* e até quem repense a adequação do critério tradicional de livre apreciação da prova, já que o saber científico parece elevar-se a um saber quase irrepreensível, subtraído, regra geral, à livre apreciação do julgador (o que viria até a conhecer manifestação legal expressa no art. 163.º CPP).

Por efeito, estas provas que resultam da aplicação de saber científico foram sendo acompanhadas de uma aura de infabilidade que foi ocultando as necessidades de uma reflexão crítica sobre as mesmas, resultando a sua validade e o seu valor probatório assumidos como dogmas de fé[72]. Ironicamente este mostra-se um resultado anticientífico, não só porque esquece que a descrição de determinado facto como científico implicará a justificação dessa qualidade, como esquece que hoje se sabe que estas ideias podem gerar expectativas distorcidas e irreais das potencialidades da ciência porque atualmente a ideia de um modelo de ciência único, com procedimentos homogéneos e respostas infalíveis, já não é configurável.

O que justifica, então, que os juristas continuem presos a uma sobrevalorização da ciência?

Cremos que, a par dos contributos já prestados pela ciência, outros dois outros fatores contribuem para isso: a crença na infalibilidade dos seus resultados e a crença nas potencialidades dos seus resultados. Desenvolveremos uma reflexão crítica destes fatores evidenciados por Marina Gascón Abellán nos capítulos seguintes, à qual voltaremos nas partes seguintes se aferirmos que esse cenário se verifica na nossa realidade judiciária.

2.1.1. O MITO DA INFABILIDADE DA CIÊNCIA

[71] Veja-se, p. ex., MACHADO, Helena - Genética e cidadania no século XXI: uma breve porém crítica revisitação. In n MACHADO, Helena - *Genética e Cidadania*. Porto: Afrontamento, 2017. ISBN. 9789723615739. Pp. 7-11; COSTA, Susana - O aparato forense e os entendimentos socioculturais na investigação criminal em Portugal. In MACHADO, Helena - *Genética e Cidadania, op. cit.*. Pp. 87-109, passim e em particular pp. 88-109.

[72] Cf. GASCÓN ABELLÁN Marina - Prueba Científica: un mapa de retos, *op. cit.*, p. 2.

Uma das razões pelas quais acreditamos que o plano judicial seja ainda hoje marcado pela sobrevalorização da ciência decorre da crença na infabilidade dos seus resultados. Assim é porque as particularidades da cultura científica face à cultura do Direito fazem crer os juristas de que os resultados científicos são epistemologicamente distintos dos demais.

O que justifica que assim seja são as diferentes culturas que subjazem à ciência e ao Direito[73] e que se manifestam desde logo numa distinta natureza concetual entre os padrões de pensamento e metodologia legal e científica. A ciência resulta de uma investigação constante, que envolve inúmeras pessoas, dentro e através de gerações. Muitas vezes é um trabalho competitivo, outras cooperativo, mas em qualquer das situações é fomentado o confronto de diferentes visões e, por conseguinte, há um estímulo ao esforço intelectual e ao desenvolvimento do conhecimento. É inegável que esta partilha de conhecimento permite o escrutínio do trabalho e estimula e potencia o conhecimento. E nessa medida atesta-se um *continuum* de informação que é partilhada na comunidade científica que está em constante análise e evolução. De facto, o que confere robustez às alegações científicas é a existência de uma comunidade de investigadores que, partilhando de bases teóricas e metodologias, certificam a validade das descobertas de outros membros da comunidade. Por seu turno, o processo judicial é composto (poderíamos até dizer reduzido) ao conjunto limitado de declarações, relacionadas a circunstâncias factuais particulares, selecionadas e determinadas com base em critérios legais, ou seja, com referência às regras aplicáveis a um caso particular.

Diferentemente da natureza do processo judicial, em que a descoberta da verdade exige a colaboração das partes num processo competitivo em que se assume abertamente que a preocupação é sobretudo a descoberta da verdade para resolução célere e definitiva dos litígios, a ciência mostra-se aberta à revisão. E se a ciência se encontra perante um pragmatismo orientado

[73] Em sentido próximo, a relação entre Direito e ciência foi descrita por Peter Schuck, a par da relação com a política, como uma espécie de "multiculturalismo" ("multiculturalism") - cf. SCHUCK, Peter - Multiculturalism redux: science, law, and politics. *Yale Law & Policy Review* [Em linha]. N 11 (1993), pp. 1-46. [12.05.2022]. Disponível em https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/16748?show=full. ISSN 0740-8048. Esta ideia de "duas culturas" não é adotada por todos os autores que têm desenvolvido estudos sobre a matéria. Susan Haack propõe a designação "a natureza da ciência e a cultura do direito" ("the nature of science and the culture of law"), lembrando que sendo a ciência uma instituição social, a investigação científica surge do desejo de entender e controlar fenómenos naturais e, dentro de certos limites de conhecimento, tempo e espaço, é na sua essência a mesma em todo o mundo, ao passo que os sistemas legais, suprindo em resposta a conflitos, necessariamente dependentes da natureza humana, se mostram produto de uma convenção - cf. HAACK, Susan - Truth and justice: inquiry and advocacy, science and law. *Ratio Juris* [Em linha]. V 17, N 1 (2004), pp. 15–26. [15.05.2021]. Disponível em https://philpapers.org/rec/HAATAJ. ISSN:1467-9337, p. 17. Apesar disso, não deixa de reconhecer a interrelação do Direito e da ciência numa alegoria de um casamento turbulento (cf. HAACK, Susan - Irreconcilable differences? The troubled marriage of Science and Law. *Law and Contemporary Problems* [Em linha]. V 72 (2009), pp. 1-23. [20.03.2018]. Disponível em https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1502&context=lcp. ISSN 1945-2322). Como já dissemos anteriormente é inabarcável a literatura sobre as relações e inter-relações entre Direito e ciência. Já tivemos oportunidade de fazer referência a alguns dos contributos que mias diretamente se relacionam com os fins perseguidos nesta investigação, pelo que remetemos para as obras referidas.

a problemas da investigação, o Direito procura assegurar a confiança do sistema legal por via de regras e procedimentos formais. Por isso, mesmo quando se desenvolvem investigações num plano mais competitivo, os procedimentos mostram-se muito distintos dos mecanismos de contraditório nos processos judiciais.

E isso mesmo resulta novamente da própria natureza das coisas: o valor da ciência está enraizado na preocupação da investigação em geral, orientada para responder a questões sobre o que pode explicar determinado fenómeno e que merece a atenção de um corpo de investigadores que procurará desenvolver investigações até ser alcançada uma resposta para essa questão. De facto, a partir da questão, o investigador começa por apresentar uma possível resposta, ancorada em anteriores experiências já realizadas e de acordo com as evidências disponíveis e vai submetendo essa sua proposta a um conjunto de testes e comparando os seus resultados com a conjetura já existente. A investigação desenrola-se, assim, em experiências já realizadas no passado por outros investigadores e não apenas com recurso a conhecimento pessoal do investigador. E com a consciência de que não existe um método infalível e universal disponível e adequado a todas as investigações, muito embora tenham sido produzidos instrumentos de observação cada vez mais avançados que permitiram avanços na investigação e que foram sendo desenvolvidos em resposta algum problema, contando sempre com o conhecimento e inovações anteriores.

São estas diferenças que destacamos sem pretensão de exaustividade que contribuem para o fenómeno sobre que nos debruçamos. Efetivamente cada uma destas particularidades contribui para a construção de um "distanciamento epistemológico" entre o Direito e a ciência que, aleado ao facto de a ciência ser desenvolvida numa espécie de "caixa negra" que se mostra inacessível aos leigos, vai criando nos juristas um efeito simbólico de purificação do conhecimento de tal forma que os juristas tomam a informação prestada pelos cientistas como um conhecimento objetivo, esclarecido, fruto de aplicação de um método também ele confiável, adequado e potenciador de resultados infalíveis. O conhecimento científico permite então uma aproximação a uma certeza incontestável e a informação dele decorrente é por isso encarada como uma espécie de verdade avalizada pelo laboratório impassível de refutação ou contestação[74]. Se a isto

[74] As expressões citadas são de SANTOS, Filipe José da Silva Cardoso - *Genética forense, justiça e média em Portugal: elementos de co-produção num estudo de cinco casos criminais, op. cit., passim* e, em especial, p. 223 e 138. Refere o ator existir uma dimensão de "legitimação" da narrativa criminal por via do recurso ao uso de tecnologias forenses por parte da investigação para conferir elementos de autoridade científica ou moral, que assim é revestida de narrativa na « [...] ideologia da "pura razão técnica" da ciência, convertida e transmitida em capital de autoridade [...]» - *idem,* p. 142. Também Jennifer Mnooking se refere à "caixa negra" em que operam as ciências fonses no artigo MNOOKIN, Jennifer - Of

acrescentarmos a elevada reputação de credibilidade e imparcialidade de que goza a ciência e a projeção nela dos imperativos institucionais de procura da verdade, percebe-se esta imagem idealizada pelos juristas de que a ciência é capaz de proporcionar resultados conclusivos e de elevado grau de fiabilidade por contraposição ao conhecimento frágil que se alcança nas salas dos tribunais[75].

Mas para este quadro também parece ter vindo a contribuir a atenção que a literatura e a televisão têm dado a estas matérias e a forma como aí a "[...] investigação de bata branca [está] verdadeiramente refém das potencialidades da ciência e da tecnologia"[76]. Nos livros, séries e filmes centrados na investigação criminal é retratado o conhecimento científico (ou talvez o mais adequado fosse dizer criativo) como capaz de produzir resultados sérios, imediatos, definitivos e demonstrativos da verdade.

O sucesso das investigações aí retratadas (ou mais propriamente idealizadas) foi de tal ordem que originou um novo fenómeno na justiça criminal, marcado pelas expectativas e exigências incongruentes do público dessas séries quando comparadas com a situação real do sistema de justiça criminal. O "*CSI effect*"[77] como viria ser designado, desencadeou inclusivamente uma onda de estudos e investigações empíricas sobre os efeitos decorrentes da forma como a

---

black boxes, instruments, and experts: testing the validity of forensic science. *Episteme: A Journal of Social Epistemology* [Em linha]. V 5 (2008), pp. 343-358. [30.04.2021]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/231900887_Of_Black_Boxes_Instruments_and_Experts_Testing_the_Validity_of_Forensic_Science. ISBN 1750-0117.

[75] Cf. GASCÓN ABELLÁN, Marina; LUCENA MOLINA, José Juan; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Joaquín - Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinary. *Diario La Ley* [Em linha]. N 7481 (04.10.2010), pp. 1-9 [23.02.2022]. Disponível em https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3291545. ISSN 1989-6913, p. 2.

[76] Cf. BRAZ, José - *Ciência, Tecnologia e Investigação criminal: interdependências e limites num Estado de Direito Democrático, op. cit.,* p. 16. Pela relevância que assumiram, destacamos no plano literário, Poiror, Sherlock Holmes, Agatha Christie e mais recentemente, de um ponto de vista cinematográfico, as séries como CSI fascinaram muitos de nós, revelando e dando a conhecer um novo mundo que, até aí, era desconhecido, mostrando de forma detalhada e fantasiosa a já referida "caixa negra" do laboratório, algo que pela própria natureza seria privado e não divulgado ao público geral. De entre a vasta literatura que se ocupou desta análise, sugerimos a leitura de SCHWEITZER, N. J.; SAKS, M. J. - The *CSI* effect: popular fiction about forensic science affects the public's expectations about real forensic science. *Jurimetrics* [Em linha]. N 47 (2007), pp. 357-364. [20.06.2021]. Disponível em http://www.public.asu.edu/~nschwei/archive/csieffect.pdf. ISSN 0897-1277 e as referências aí apresentadas e, em particular COLE, Simon; DIOSO, Rachel - Law and the lab: do tv shows really affect how juries vote? Let's look at the evidence. *The Wall Street Journal* [Em linha]. (13.05.2000). [20.05.2021]. Disponível em https://web.archive.org/web/20130928024803/http://truthinjustice.org/law-lab.htm; COLE, Simon; DIOSO-VILLA, Rachael - CSI and its effects: media, juries, and the burden of proof. *New England Law Review* [Em linha]. V 41 (2007), pp. 435-470. [10.06.2022]. Disponível em https://research-repository.griffith.edu.au/handle/10072/59140. ISSN 0028-4823 e de DEUTSCH, Sara Keturah; CAVENDER, Gray - CSI and forensic realism, *Journal of Criminal Justice and Popular Culture* [Em linha]. V 15 (2008), pp. 34-53. [10.06.2022]. Disponível em https://asu.pure.elsevier.com/en/publications/csi-and-forensic-realism. ISSN 1070-8286.

[77] A popularização desta expressão é referida por SCHWEITZER, N. J.; SAKS, M. J. - The *CSI* effect: popular fiction about forensic science affects the public's expectations about real forensic science, *op. cit.*, pp. 358 e ss. O termo terá surgido nos meios de comunicação norte-americanos em 2002, pouco tempo após a estreia da série nos EUA quando advogados de defesa e procuradores encarregues das acusações em processos criminais denunciaram um potencial efeito do consumo destas séries nos jurados. Curiosamente os efeitos denunciados manifestavam-se distintamente: os advogados de defesa diziam-se prejudicados pelo excessivo valor depositado na *prova científica* por parte dos jurados e os procuradores encarregues da acusação relatavam ser mais difícil obter uma condenação quando a *prova científica* fosse irrelevante ou ausente (cf. WILLING, Richard - "CSI effect" has juries wanting more evidence. *USA Today* [Em linha]. (05.08.2004). Disponível em http://usatoday30.usatoday.com/news/nation/2004-08-05-csi-effect_x.htm. [01-06.2022]. Foram precisamente as preocupações de que os veredictos do júri pudessem estar a ser enviesadas por expectativas exageradas relativamente à *prova científica* que se mostrou crescente o estudo académico sobre o fenómeno, sobretudo nos EUA, desde logo pela importância que aí assume o tribunal de júri. Pode também ler-se COLE, Simon; DIOSO, Rachel - Law and the lab: do tv shows really affect how juries vote? Let's look at the evidence, *op. cit.,* p. 443.

ciência é tratada na literatura e televisão quando teatraliza o contexto judicial. Pese embora os estudos empíricos não confirmem a existência de um "*CSI effect*" na sua dimensão mais problemática (a de que os jurados, influenciados pelo imaginário do CSI, exigissem a produção de *prova científica* para condenar e por via disso a uma nova configuração do standard de dúvida razoável) as suas conclusões apontam para o aumento de expectativas na produção de *prova científica* como reflexo dos avanços e progressos nas tecnologias e na difusão de informação (no que se designa por "*tech effect*")[78].

Os estudos apontam, em geral, como principal problema o facto de essas séries promoverem uma ideia que contrasta com o mundo real porque criam expectativas irreais e uma crença desmedida na capacidade dos profissionais forenses, nos meios e métodos colocados à sua disposição e no desenvolvimento do conhecimento de que podem fazer uso na investigação, difundindo um imaginário em que a materialidade da prova se apresenta como verdade absoluta[79].

---

[78] Extraímos esta conclusão do trabalho desenvolvido por SANTOS, Filipe José da Silva Cardoso - *Genética forense, justiça e média em Portugal: elementos de co-produção num estudo de cinco casos criminais, op. cit.,* pp. 40-43. É igualmente interessante sublinhar que o autor procurou conhecer esses efeitos na realidade portuguesa pela análise das notícias da comunicação social e uma das conclusões a que chegou é especialmente interessante: por um lado, a existência de um apelo à produção de *prova científica* (e particularmente de prova com recurso à tecnologia de DNA) com marcadas expectativas na obtenção de resultados (que refere como sendo uma espécie de "[...] celebrização do poder identificativo das tecnologias de DNA [...]"), e, por outro, algum desapontamento após a produção dessa prova por se revelar muito distante da expectativa nela depositada (refere que "[...] o recurso à metáfora da hiper-realidade forense do CSI tende a ser invocada para, dir-se-ia pedagogicamente, contrastar com os agentes e as tecnologias existentes numa realidade semiperiférica como a portuguesa, projetando aquela hiper-realidade como um desejo de algo, e da tentativa de o tornar real [...]" tanto por se revelar menos célere como pelo facto de os seus resultados seres por vezes inconclusivos) - *passim* e, em particular, pp. 177ss.

Também com o objetivo de conhecer o impacto destes fenómenos na realidade portuguesa, foram desenvolvidos dois estudos sobre as perceções de reclusos relativamente às tecnologias de DNA, que depois viriam a ser publicados numa obra conjunta (cf. MACHADO, Helena; PRAINSACK, Barbara - *Tracing technologies: Prisoners' views in the era of CSI*. Farnham: Ashgate, 2012. ISBN 9781409430742). Com particular acuidade para a análise que nos envolve, serão de destacar três efeitos notados pelos investigadores, mais relacionados com o "tech effet" do que propriamente com o "CSI effect": o "efeito da autoridade moral" que se manifesta no incremento da autoridade moral relativamente às forças policiais e às tecnologias de vigilância e de combate ao crime por associação ao protagonismo que assumem nas séries, geralmente bem sucedidos; o efeito da "distorção (credível) da realidade" por se notarem conceções deturpadas acerca da investigação criminal no mundo real junto de públicos que aguardam resoluções rápidas e eficientes para casos criminais, consistentes com o imaginário do CSI, mas que elidem os obstáculos e contingências do mundo real (como a falta de recursos humanos e materiais, as restrições legais e burocráticas ou até a inexistência de meios e certas bases de dados capazes de auxiliar na investigação criminal em segundos); e finalmente o efeito "educacional" que se pode revelar, por um lado, numa melhor preparação do cidadão comum para compreender e interpretar a *prova científica* mas em simultâneo pode proporcionar oportunidades de aprendizagem a criminosos ou potenciais criminosos, alertando-os para a necessidade de eliminar todo e qualquer vestígio da sua presença numa cena de crime. Ver ainda MACHADO, Helena - O Efeito CSI na sociedade portuguesa *Barómetro Social* [Em linha]. [01.03.2011]. Disponível em http://www.barometro.com.pt/2011/03/01/o-efeito-csi-na-sociedade-portuguesa/ [10.06.2022] e MACHADO, Helena - Prisoners' views of CSI's portrayal of forensic identification technologies: a grounded assessment. *New Genetics and Society* [Em linha]. V 31, N 3 (2012), pp. 271-284. [11.06.2022]. Disponível em https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/23610/4/Prisoners%27%20views%20of%20CSI%27s%20portrayal%20of%20forensic%20identification%20technologies%20A%20grounded%20assessment.pdf. ISSN 978-3-8376-4921-5.

[79] *Vide* KRUSE, Corinna - Producing absolute truth: CSI science as wishful thinking. *American Anthropologist* [Em linha]. V 112 (2010), pp. 79-91. [11.06.2022]. Disponível em https://anthrosource.onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1548-1433.2009.01198.x. ISSN 1548-1433. Mas estes não são os únicos impactos decorrentes destes fenómenos, que se podem manifestar noutros domínios mais diversificados que não exclusivamente o domínio judicial. Por exemplo, Simon Cole e Rachael Dioso-Villa tipificam seis variantes do fenómeno que, num esforço de síntese, referimos sucintamente: a variante "acusação forte" ("*strong prossecutor*") reflete as situações em que na ausência de *prova científica* o acusado é considerado inocente mas que, noutras circunstâncias (designadamente antes da prolação das séries como CSI) o arguido seria considerado culpado porque os jurados não elevariam o standard da dúvida razoável a um patamar somente atingível pela "certeza absoluta" conferida pela ciência, colocando-se a eficácia do sistema de justiça dependente de crenças e expectativas exageradas; a variante "acusação fraca" ("weak prosecutor's effect") reflete as situações em que a acusação, antevendo os efeitos da variante anterior, exclui os candidatos a jurado que acredita serem suscetíveis a influências do CSI; uma terceira variante reflete a perspetiva de defesa do arguido ("defendant's effect") de que o júri sobrevaloriza o testemunho de peritos forenses devido ao imaginário veiculado nas séries televisivas, podendo culminar numa sobrevalorização das provas no favorecimento da acusação; por outro lado, numa variante designada pelos autores como "efeito do produtor" ("producer's effect"), próxima do efeito "educacional" referido por Helena Machado, reflete-se os benefícios do visionamento deste tipo de séries na medida em que

Sara Deutsch e Gray Cavender designaram-no como uma "teia estratégica de facticidade forense" ("strategic web of forensic facticity") que contribui para a circulação e uma autovalidação individual e coletiva de significados culturais acerca da investigação criminal, reforçando uma aparente autenticidade e precisão, fazendo perpassar a ilusão de que os casos podem ser resolvidos rápida e eficazmente com recurso à ciência e que os polícias são peritos forenses, ou que os peritos forenses também são agentes da lei[80]. Os fenómenos "*CSI effect*" e "*tech effect*" repercutem-se então, no contexto judicial, numa difícil gestão de expectativas entre o que pensávamos ser possível e ideal quanto à forma como se desenvolve e funciona o sistema judicial e como, na realidade, o mesmo se organiza e desenrola na sua globalidade.

O contraste é gritante: todos ambicionamos uma justiça célere, com decisões objetivas, assentes na descoberta da verdade. Uma verdade incontestável e inabalável. Mas o que temos é um sistema judicial lento, excessivamente formal e em constante luta pela descoberta da verdade possível.

Para esta expectativa talvez concorram ainda os contributos que a ciência já ofereceu e o elevado grau de fiabilidade de alguns desses contributos (como o caso da tecnologia DNA), mas também a necessidade e ambição partilhada por todos nós na descoberta da verdade e o facto de crermos (e querermos) que a ciência pode ser meio mais confiável para a alcançar.

Mas nada será menos científico do que assumir como válido um conhecimento sem previamente se controlarem os postulados ajustados à sua metodologia científica. Cremos que deve ser adotada uma atitude um pouco mais crítica, uma vez que a qualidade epistémica dos resultados das *provas científicas* e, portanto, seu valor probatório, é um fator que depende de mais variáveis. Cumpre, por isso, desmistificar este mito.

Em primeiro lugar a qualidade epistémica das *provas científicas* depende da sua validade científica e/ou metodológica. Muitas das provas deste tipo podem ser realizadas por diferentes métodos científicos e nem todos gozam do mesmo crédito na comunidade científica, de modo que a validade científica do método utilizado, e com ele a qualidade dos resultados alcançados, poderá

---

permite que os espectadores se tornem mais capazes de interpretar e avaliar a *prova científica* caso seja necessário prestar testemunho ou participar num júri; numa variante designada por "versão do professor" ("professor's version") reflete-se a maior procura por cursos de formação nas áreas da ciência forense e da criminologia por parte de indivíduos seduzidos pelo imaginário do CSI; numa sexta variante designada "versão da polícia" ("police chief's version") os autores referem novamente os aspetos educacionais que se revelam de entre as entidades policiais mas também de um outro ponto de vista no publico e em particular para os criminosos ou potenciais criminosos, que pela visualização deste tipo de séries ficam mais cientes, designadamente, dos dispositivos de deteção e vigilância, de técnicas para eliminar vestígios e pistas dos locais do crimes, etc. Cf. COLE, Simon; DIOSO-VILLA, Rachael - CSI and its effects: media, juries, and the burden of proof, *op. cit.,* pp. 447 e ss.

[80] Cf. DEUTSCH, Sara Keturah; CAVENDER, Gray - CSI and forensic realism, *op. cit,* p. 36.

ser objeto de discussão. Mesmo em relação à tecnologia de ADN a que nos referimos, p. ex., existem diversas técnicas ou métodos utilizados no laboratório para a análise da amostra e nem todas oferecem o mesmo desempenho para diferentes tipos de amostras (p. ex. sangue, saliva, cabelos, etc.). Portanto, dependendo do tipo de amostra e até mesmo do suporte de onde for retirada (p. ex. pedra, madeira, vidro, fibras, etc.) pode ser mais adequado usar uma ou outra técnica. Isto significa então que não existe um "conhecimento científico monolítico"[81]. Aliás, Karl Popper, o filósofo da ciência a que nos referiremos mais à frente, desmascarou completamente essa noção, referindo que existem muitos métodos e procedimentos e o único método abrangente é que a ciência deve estar aberta a crítica e revisão[82].

Em segundo lugar, a confiabilidade e o valor probatório a atribuir a uma *prova científica* também depende da sua qualidade técnica, i. e., da sua correta execução no laboratório. É a este propósito importante que os laboratórios tenham a infraestrutura apropriada e o pessoal seja adequadamente treinado, como é também importante que sejam seguidos protocolos rigorosos na realização de análises e estudos. E note-se que não se pode falar apenas de qualidade técnico-científica (do seu correto desempenho no laboratório por pessoal qualificado, seguindo as protocolos apropriados), mas também de qualidade técnico-procedimental, já que o que aqui dissemos será válido para todo o processo que conduz a atuação desde a descoberta de um vestígio até à sua análise e apresentação de resultados (p. ex., para atribuir confiabilidade ao resultado de uma perícia datiloscópica não será suficiente assegurar a qualidade técnica da metodologia empregue, mas é também necessário saber quem é que recolheu a impressão digital, de que forma a recolheu, de onde é que foi recolhida, como a acondicionou, etc.)

Em terceiro lugar, não podemos esquecer que a produção deste tipo de conhecimento será sempre feita por pessoas e que essa condição é inarredável. E se o método científico é uma forma de garantir a objetividade, não será *per se* garantia de objetividade: o método desenrola-se sob julgamentos subjetivos que não se revelam simples nem desinteressados. E como tal as *provas científicas* não são imunes a erros nem a sua *cientificidade* é suficiente para evitar que certos vieses cognitivos e motivacionais possam condicionar o seu resultado. E, pois, o seu valor probatório.

---

[81] Cf. BEECHER-MONAS Erica - The heuristics of intellectual due process: a primer for triers of science. *New York University Law Review* [Em linha]. N 75 (2000), pp. 1563-1657. [29.08.2022]. Disponível em https://core.ac.uk/download/pdf/212888257.pdf. ISSN 0028-7881, pp. 1575 e ss.

[82] Cf. secção 3.2. desta parte.

Por último, é importante adiantarmos que pese embora as *provas científicas* constituam em regra um tipo de raciocínio dedutivo, na maior parte das vezes são baseadas em padrões de natureza probabilística, cujos resultados muitas vezes ainda não foram interpretados por meio de estatísticas. Por outras palavras, o resultado de uma *prova científica* é sempre apenas a simples probabilidade, não importa o quão alta possa ser. Por isso, como veremos de seguida, a forma de formular as conclusões é muito importante, pois existe o risco de os juízes lhes atribuirem valor probatório desproporcionado ou, em qualquer caso, inadequado.

Tudo isto leva-nos a concluir então que os paradigmas da ciência são como os paradigmas do sistema judicial: socialmente construídos através de um processo de discussão e construção de consenso sobre teorias, métodos experimentais e validação[83]. Isso não torna a ciência menos confiável, mas permite-nos desconstruir o mito da sua infabilidade e construir uma nossa visão em torno daquela que é a realidade do método científico. Na realidade, o método científico é um raciocínio probabilístico porque não há como provar que uma teoria é verdadeira já que todas as teorias podem estar sujeitas a refutação. O máximo que se pode dizer é que uma teoria em particular resistiu às críticas que lhe foram fomuladas e fornece a melhor explicação para os factos em discussão.

Em suma, a validade da *prova científica* e, pois, da confiabilidade dos seus resultados, não é algo que se possa ser dado por certo, nem sobrevalorizado, sendo dependente da validade científica do método utilizado e da sua qualidade técnico-processual e científica. Por isso, se mesmo em relação à tecnologia de ADN que ao longo do tempo alcançou um altíssimo grau de solidez científica não subsiste dúvida sobre a necessidade de dar atenção a estas duas últimas questões aquando da determinação do seu valor probatório, então relativamente às demais técnicas utilizadas na produção da *prova científica* que estão muito longe de desfrutar do mesmo grau de atenção e desenvolvimento científico do que a genética forense, as preocupações devem ser ainda maiores[84].

2.1.2. PARADIGMA DA INDIVIDUALIZAÇÃO

[83] Cf. BEECHER-MONAS Erica - The heuristics of intellectual due process: a primer for triers of science, *op. cit.,* pp. 1575 e ss.

[84] Não nos alongamos na exposição destes pontos porque todos serão objeto de maior densificação ao longo da investigação. Sobre cada um deles podem ler-se a secção 3.2 desta parte e ainda secção 1.3 do capítulo 1 e secção 2.1 do capítulo 2 da parte VII. Para já, sugerimos a leitura de GASCÓN ABELLÁN Marina - Prueba Científica: un mapa de retos, *op. cit.,* pp. 181-187.

A sobrevalorização a que nos referimos, assente na ideia de infabilidade e, pois, irrefutabilidade dos resultados da ciência, também encontra o seu fundamento na forma através da qual a ciência e, particularmente as ciências forenses, comunicam os seus resultados.

De facto, quando a ciência participa no processo judicial não só assume especial relevo pelo seu alto valor probatório, mas também porque, muitas vezes, os seus resultados versam diretamente sobre o que se pretende provar. Tomemos como exemplo o resultado de uma prova por tecnologia de DNA que apresenta um juízo de (não) correspondência entre a amostra de DNA encontrada num local de um crime e a amostra de DNA do arguido; ou de uma perícia de balística que conclui que o invólucro (não) saiu da arma que pertence ao arguido; ou de uma perícia datiloscópica que (não) conclui pela correspondência de determinada impressão digital com a do arguido; ou de um perícia de voz que (não) identifica o arguido como tendo sido quem participou e falou numa determinada conversa telefónica, etc. Em todos estes casos, que são meramente elucidativos e em fração insignificante face a todos os que se vão sucedendo em contexto judicial, o resultado da perícia parece dizer ao juiz o que lhe compete decidir.

No campo da ciência esta forma de comunicar desenrola-se em torno do chamado paradigma da individualização. Apresentado como modelo seguido pelas ciências forenses tradicionais de identificação (aquelas que procuram estabelecer a identificação de um indivíduo ou um objeto a partir de vestígios), este paradigma assenta numa ideia de *singularidade* que enraíza a fundamentação da noção de *individualização* e que justifica a crença na capacidade da ciência para singularizar os indivíduos e, por conseguinte, na sua capacidade de apresentação de resultados de forma categórica e binária (em termos de correspondência ou não-correspondência)[85]. Ora, esta forma de comunicação, como se compreende, revelou-se num contributo extraordinário na tomada de decisões em contextos de prova difíceis e por isso compreende-se porque a ciência também tenha deslumbrado os juristas.

[85] Esta ideia potencialmente científica de "singularidade" ("uniqueness") terá sido desenvolvida por Lambert Adolphe Jacques Quételet no séc. XIX com a hipótese por si levantada de que "a natureza nunca se repete". Esta hipótese foi desenvolvida na regra do produto, uma ferramenta fundamental da teoria da probabilidade que produz a probabilidade conjunta de eventos multiplicando as suas probabilidades separadas. Ao abrigo desta ferramenta poder-se-á concluir que quando um objeto tem muitos atributos, cada um dos quais pode assumir vários valores, e cada atributo não está correlacionado com todos os outros atributos, não há grande probabilidade para a repetição completa dos atributos. Partindo deste raciocínio, foi-se desenvolvendo a ideia de uma (suposta) capacidade de se alcançar uma identificação plena de um indivíduo ou de um objeto a partir de vestígios, e as tradicionais ciências forenses de identificação fossem identificando nas suas conclusões a "fonte" (*"source"*) que originou o vestígio. Para maiores desenvolvimentos *vide* SAKS, Michael J.; KOEHLER, Jonathan J. - The individualization fallacy in forensic science evidence. *Vanderbilt Law Review* [Em linha]. V 61 (2008), pp. 199-219 [12.06.2022]. disponível em https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1492&context=vlr. ISSN 0042-2533, p. 207.

Este paradigma tem sido, contudo, nos últimos anos objeto de duras críticas pela comunidade científica porque a tese da possibilidade de se relacionar um vestígio de origem desconhecida com uma única fonte pode gerar uma falsa intuição probabilística que identifica *infrequência* com *singularidade*. Na base destas críticas lembra-se que o conceito de *individualização* não encontra apoio em qualquer base científica e apenas existe num sentido metafísico ou retórico e, por conseiguinte, perde assim razão de ser o mito da crença nas potencialidades de individualização dos resultados[86].

Assim, e apesar de esta ideia de *singularidade* conferir às ciências forenses importantes benefícios práticos[87], hoje assistimos a uma viragem neste paradigma preconizada pela emergência das tecnologias de DNA. Prefere-se já uma conceção da *individualização* num sentido probabilista, associado a rácios de probabilidade que conferem certo grau de verosimilhança aos resultados forenses.

Notamos na literatura quem se refira a uma transição de paradigma nas ciências forenses com a emergência das tecnologias de DNA e um novo modelo de identificação forense[88] ou até a uma "segunda geração" de prova forense[89]. Tal colhe fundamento porque na tecnologia de DNA se empregam disciplinas como a Biologia Molecular, a Genética ou a Bioquímica, e porque essa tecnologia beneficia de uma base empírica que lhe proporciona a associação de cálculos probabilísticos a um método forense dotado de excecional capacidade discriminatória. Ora, é precisamente esta particularidade que se revela um avanço face à expressão binária de resultados,

---

[86] Dos autores mais críticos, Michael Saks e Jonathan J. Koehler, referem-se mesmo a uma "falácia do paradigma da individualização" pelo facto de a alegação de individualidade única não poder ser provada com amostras, especialmente amostras que apenas representam uma pequena fração da população. Subjacente a este pensamento uma constatação mais ou menos óbvia: a de que é impossível provar que qualquer característica humana é distinta em cada indivíduo sem verificar cada indivíduo (e isso não sucedeu) - cf. SAKS, Michael J.; KOEHLER, Jonathan J. - The individualization fallacy in forensic science evidence, *op. cit.,* pp. 208ss. Neste artigo encontramos várias referências a cientistas que reconheceram o problema da individualização na ciência forense, referindo-se a ele como uma crença baseada em "anedota" ("anecdote"), "intuição" ("intuition") e "especulação" ("speculation") sem base científica - *idem,* p. 216. Os autores concluem inclusivamente que o "paradigma da individualização" implica um injustificado "salto de fé" ("leap of faith") por se encontrar fora das possibilidades da ciência - *idem,* p. 216.

[87] De entre os benefícios referidos na literatura encontramos, em jeito de síntese: a possibilidade de, por via desse conceito, os criminalistas afirmarem conclusões definitivas; um certo alívio na criminalística dos rigores do desenvolvimento de medidas de atributos de objetos e coleta de dados populacionais e determinação de frequências de variações nesses atributos; a dispensabilidade de determinação de um modelo estatístico adequado para estimar as probabilidades de correspondência aleatória, bem como de realização de cálculo dessas probabilidades nos casos reais - cf. SAKS, Michael J.; KOEHLER, Jonathan J. - The individualization fallacy in forensic science evidence, *op. cit.,* pp. 206 e 207.

[88] Esta mudança surge precisamente na decorrência de uma associação à prova genética de cálculos de probabilidade de coincidência de perfil e de estatística populacional - cf. TAUPIN, Jane Moira - *Introduction to Forensic DNA Evidence for Criminal Justice Professional, op. cit.,* p. 14 e SAKS, Michael J.; KOEHLER, Jonathan J. - The coming paradigm shift in forensic identification science. *Science* [Em linha]. V 309 (105), pp. 892-895. [12.06.2022]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962968. ISSN 1095-9203, pp. 893 e 894. Os autores referem inclusivamente uma distinção entre as ciências tradicionais de identificação forense e a utilização de perfis de DNA como o novo modelo de identificação forense.

[89] *Vide* Cf. MURPHY, Erin - The new forensics: criminal justice, false certainty, and the second generation of scientific evidence. *California Law Review* [Em linha]. N 95 (2006), pp. 721-797. [01.05.2021]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/228146878_The_New_Forensics_Criminal_Justice_False_Certainty_and_the_Second_Generation_of_Scientific_Evidence. ISSN 0008-1221.

associada às referidas ciências tradicionais de individualização porque fica já afastada a ideia de que não existem dois objetos iguais.

A ideia de singularidade, que ainda hoje é adotada nas ciências forenses, parece ser nos restantes domínios científicos suplantada pela ideia de correspondência fundada em dados empíricos conhecidos relativamente à probabilidade da correspondência de um dado objeto numa determinada população. Em termos de resultados, a repercussão é evidente: afastamo-nos de uma comunicação assente na forma categórica e binária de correspondência ou não-correspondência, preferindo-se a verosimilhança como expressão de uma correspondência fundamentada em dados empíricos conhecidos de probabilidade de identificação a partir de um conjunto de observações empíricas numa dada população.

Aqui chegados, afigurar-se-ia que a comunicação de resultados por via da apresentação do cálculo da probabilidade, tal nos casos de perfis de DNA, constituía boa prática por não implicar uma individualização, admitindo e permitindo o cálculo de uma probabilidade de existir numa dada população um outro indivíduo com um perfil semelhante nos marcadores genéticos analisados. Todavia, o uso de métodos estatísticos para comunicação dos resultados, ainda que vise proporcionar interpretações objetivas dos dados que resultem da atividade realizada, tem surtido um efeito contrário porque os valores mostram-se difíceis de interpretar e até passíveis de introduzir alguma confusão. A literatura tem chamado atenção exatamente para isso: os resultados estatísticos são muitas vezes interpretados de forma deturpada pelos juristas (ora lhe atribuindo peso a mais; ora lhe atribuindo peso a menos; ora considerando que os dados estatísticos suportam uma hipótese sobre outra quando na realidade acontece exatamente o contrário)[90].

Para além disso, muitas vezes parece esquecido que a ciência não pode ser agrupada num grupo homogéneo de conhecimento, técnicas ou procedimentos e que, por esse motivo, dentro da ciência, se conhecem distintos standards de fiabilidade científica. Aliás, em muitos casos, o

[90] Também os problemas decorrentes do uso de estatística em contexto judicial conheceram ampla investigação. Por ser inviável qualquer pretensão de aqui apresentarmos uma lista significativa, sugerimos a leitura de KOEHLER, Jonathan J. - The psychology of numbers in the courtroom: how to make DNA-match statistics seem impressive or insuficiente. *Southern California Law Review* [Em linha]. V 74 (2000), pp. 1275-1305. [06.06.2022]. Disponível em https://silo.tips/download/the-psychology-of-numbers-in-the-courtroom-how-to-make-dna-match-statistics-seem. ISSN 0038-3910 e KAYE, David H. *et all* - Statistics in the jury box: how jurors respond to mitochondrial DNA match probabilities. *Journal of Empirical Legal Studies* [Em linha]. V 4, N 4 (2007), pp. 797–834. [06.06.2022]. Disponível em http://ssrn.com/abstract=996134. ISSN 1740-1453, por julgarmos nestas referências bem identificadas as dificuldades que mais comumente são apontadas pelo facto de o raciocínio probabilístico é difícil, e atribuir um peso apropriado para eventos probabilísticos desconhecidos e extremos.

resultado baseia-se numa comparação subjetiva de elementos, que envolve uma componente subjetiva e humana[91].

A falta de consciência desta realidade, que faz acreditar que os resultados dizem coisas distintas daquelas que dizem na realidade, é causa para interpretações erradas da ciência em contexto judicial. Por isso ao longo das últimas décadas a comunidade científica foi chamando atenção para a importância do não cometimento de falácias nas conclusões dos relatórios periciais e encetando esforços para evitar que esses erros sejam cometidos, já que nenhum método forense é capaz de produzir resultados categóricos de identificação humana[92].

2.2. OS RISCOS DA EXALTAÇÃO DA CIÊNCIA NO MODELO ATUAL DE ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Na decorrência do que dissemos, julgamos justificado afirmar que a ciência se apresenta, aos olhos dos juristas e da comunidade em geral, como uma derradeira solução para solucionar os litígios emergentes nos tribunais. Seja pelo declínio na confiança dos cidadãos no Estado e no sistema de justiça, seja pela reemergência de uma espécie de ideologia positivista assente nas imagens de objetividade, neutralidade e certeza associadas ao conhecimento científico, seja pelo aumento da perceção de fidedignidade da *prova científica*, não surpreende que a associação entre a ciência e a justiça surja cada vez mais como instrumento retórico no discurso político e até judicial[93].

---

[91] Cf. TARUFFO, Michele - La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses, op. cit., p. 211. Desenvolveremos esta ideia na secção 3.2 desta parte e ainda secção 1.3 do capítulo 1 e secção 2.1 do capítulo 2 da parte VII.

[92] Este é também um dos problemas identificados no relatório elaborado pelo Committee on Identifying the Needs of the Forensic Sciences Community National Research Council do National Academy of Sciences dos EUA. De entre as conclusões dele constantes destaca-se neste particular o facto de o resultado de muitas destas ciências forenses, expresso em termos probabilísticos, criar a aparência de que as taxas de erro são muito reduzidas (de quase zero). Adicionalmente é ainda referido no relatório que a comunicação de resultados através de estatística assenta numa falácia porque em muitos casos a unicidade é difícil de provar porque não há base científica que justifique essa conclusão e para que tal existisse seria necessário conhecer não só as taxas de erro como as taxas de erro aceitáveis como base para se concluir a favor da prova do facto e, naturalmente, a falta de conhecimento destes dados priva as técnicas forenses de credibilidade objetiva e controlável - cf. COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY; NATIONAL RESEARCH COUNCIL - *Strengthening forensic science in the united states: a path forward* [Em linha]. Washington: The National Academies Press, 2009. [21.06.2021]. Disponível em https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf. ISBN 0-309-13131-6. Procurando atenuar esses problemas, o *ENFSI* já encetou sérios esforços e publicou diversos manuais de boas práticas sobre o modo como devem ser elaborados e interpretados os relatórios periciais - a título de exemplo podem ser consultados *Best Practice Manuel for DNA Pattern Recognition and Cpmparison* [Em linha]. S.n.: s.l., 2015. [12.05.2022]. Disponível em https://enfsi.eu/wp-content/uploads/2016/09/7._dna_pattern_recognition_and_comparison_0.pdf ou ENFSI - *Guideline for Evaluative Reporting in Forensic Science: Strengthening the Evaluation of Forensic Results across Europe* [Em linha]. S.n.: s.l., 2015. [12.05.2022]. Disponível em https://enfsi.eu/wp-content/uploads/2016/09/m1_guideline.pdf. Apesar disso, ainda hoje existem muitos laboratórios oficiais na Europa, sobretudo em áreas criminalísticas tradicionais, como Lofoscopia ou Balística, que continuam a formular as suas conclusões com recurso a expressões de identificação categórica (cf. GASCÓN ABELLÁN, Marina; LUCENA MOLINA, José Juan; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Joaquín - Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinary, *op. cit.,* p. 9). Voltaremos em maior detalhe a esta discussão na parte secção 3.2 desta parte e ainda secção 1.3 do capítulo 1 e secção 2.1 do capítulo 2 da parte VII.

[93] Em Portugal assim é descrito por MACHADO, Helena; SILVA, Susana - Confiança, voluntariedade e supressão dos riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses. In FROIS, Catarina - *sociedade vigilante: Ensaios sobre vigilância, privacidade e anonimato*, Lisboa: Imprensa de ciências Sociais, 2008. ISBN 9789726712282. Pp. 151-174, p. 156. Mas esta é também uma realidade partilhada noutras

Este deslumbramento sobre as potencialidades da ciência está na base do desenvolvimento de narrativas que remetem para a renovação de uma "[...] mitologia (re)fundadora dos princípios e pressupostos da justiça e dos seus atores [...]"[94]. É que o papel dominante que o conhecimento científico está a desempenhar na decisão de processos judiciais tem repercussões nos princípios básicos sobre os quais se constrói a atividade judiciária e, pois, no funcionamento do sistema de administração da justiça como o conhecemos. Repercussões que não assumem natureza teórica e que têm sido fonte de diversos tipos de problemas.

Com particular relevância, a crescente produção de conhecimento científico tende a gerar o risco de substituição do trabalho jurisdicional pelo trabalho dos peritos, assim se afetando as bases sobre as quais se constrói a legitimidade das decisões judiciais. Esta tentação surge quando a perícia começa a ser cada vez mais utilizada e a substituir o trabalho de raciocínio e construção da verdade processual confiado aos juízes. Já anteriormente questionamos sobre se estaremos a conhecer limites ao exercício exclusivo da função jurisdicional pelo juiz.

Lembramos a este respeito que um dos princípios basilares do nosso sistema processual é a ideia de que cabe ao juiz decidir sobre a matéria submetida à sua jurisdição. Assim, a função central do juiz é avaliar a veracidade e a razoabilidade jurídica das pretensões controvertidas com o objetivo de decidir sobre elas. Por detrás deste modelo de decisão de conflitos existe um quadro institucional complexo que visa assegurar a independência e imparcialidade de quem toma a decisão, bem como o estabelecimento de procedimentos que assegurem a sua qualidade e a

---

experiências, como relata JASANOFF, Sheila - Just evidence: the limits of science in the legal process. *Journal of Law, Medicine & Ethics* [Em linha]. V 34 (2006), pp. 328-341 [10.06.2022]. Disponível em https://journals.sagepub.com/doi/10.1111/j.1748-720X.2006.00038.x. ISSN 1748-720X. É, a este propósito, também relevante a constatação que Margarida Lacombe Camargo apresenta relativamente à realidade brasileira sobre o peso que os argumentos *científicos* têm vindo a conhecer na tomada de decisão no Supremo Tribunal Federal nos litígios que envolvem conflitos de direitos constitucionais (como p. ex. interrupção voluntária da gravidez, a importação de pneus usados, o financiamento de campanhas políticas, as políticas de acesso às universidades públicas ou a televisão por cabo e muitos outros). Nestes e noutros litígios que envolvem a colisão de direitos constitucionais, o Supremo Tribunal realizou audiências públicas para ouvir peritos por entender que o conhecimento de factos e dados empíricos reduz o nível de incerteza do julgador ao tomar a decisão, aumentando, por conseguinte, a sua legitimidade para decidir. Tal constatação assumirá ainda maior pertinência neste contexto quando considerado que os julgamentos deste Supremo Tribunal Federal, como relata a autora, são transmitidos na televisão e ficam disponíveis permanentemente num canal de *youtube,* num contexto em que tais argumentos assumem então grande impacto no contexto judicial e de legitimidade da tomada de decisão e dado o peso que constatou desses argumentos, avança a hipótese considerando a análise de proporcionalidade feita por Robert Alexy, a confiabilidade dos argumentos empíricos prevalecer face a uma análise de pendor mais principiológica, levando a uma leitura pragmática e não moral da Constituição - cf. CAMARGO, Margarida Lacombe - Law and science in public hearings: between the legislator's discretion and scientific (un)certainty of the Brazilian Federal Supreme Court. In GALUPPO, Marcello et all (eds) - Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies: Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigunf für Rechtsund Sozialphilosophie [Em linha]. Belo Horizonte : Initia Via, 2015. [22.03.2023]. Pp. 1533-1538. Disponível em https://www.researchgate.net/profile/Daniel-Menezes-8/publication/300280671_Is_there_a_Marxist_presence_in_the_1988_Brazilian_Constitution/links/5a724726458515512075e3e0/Is-there-a-Marxist-presence-in-the-1988-Brazilian-Constitution.pdf#page=1532. ISBN 978-85-64912-59; e da autora, na mesma obra, a contribuição intitulada The use of scientific arguments: thinking like an expert, pp. 1213-1220.

[94] Cf. SANTOS, Filipe José da Silva Cardoso - *Genética forense, justiça e média em Portugal: elementos de co-produção num estudo de cinco casos criminais, op. cit.,* pp. 48 e 49. Explica o autor que metaforicamente poderia referir-se uma transição da ideia de justiça preconizada por seres humanos para uma "[...] justiça tecnológica assente em promessas de maior rapidez, eficiência e absoluta neutralidade, onde os discursos dissonantes e vozes críticas são ofuscados pela retórica da eficácia e fiabilidade de novas técnicas como a genética forense".

participação adequada dos interessados nessa decisão. Ora, uma política aberta de admissibilidade de produção de conhecimento especializado por terceiro impulsiona a utilização do saber pericial como forma de substituir o trabalho que o nosso sistema institucional atribui exclusivamente aos juízes, sem que esse saber pericial esteja sujeito às salvaguardas e procedimentos estabelecidos para assegurar a qualidade, independência e imparcialidade do trabalho judiciário.

Vinculado a este, o recurso a esta prova nas situações de factos cuja compreensão exige especiais conhecimentos, e por isso de difícil compreensão para o julgador, fragiliza o controle judicial sobre a qualidade de informação apresentada pelos peritos e, naturalmente, acarreta um enfraquecimento no sistema de garantias na apreciação dos factos e na aplicação do Direito[95]. Devemos a este respeito notar que o processo de valoração das provas é sempre complexo, mas tratando-se de *prova científica*, a sua complexidade abre maior espaço para que a decisão possa ser tomada de forma mais ou menos distorcida e assente em pressupostos erróneos, já que os juízes não dispõem dos conhecimentos técnico-científicos necessários ao bom desempenho dessa tarefa e podem deixar-se influir pelos alcances da informação prestada pelos peritos. Tal resulta não só da falta de autoridade epistémica dos juízes para decidir em matérias que exigem especiais conhecimentos, mas também da sua incapacidade para reconhecer a falibilidade e ainda da opacidade da atividade pericial e da forma como os resultados são comunicados pelos peritos. Já o vimos.

Tudo isto tende a culminar numa aceitação acrítica da autoridade de qualquer afirmação que seja descrita como *científica*.

E como se antecipará, esta predisposição propicia ainda a crença de que as decisões judiciais apoiadas em *provas científicas* são inquestionáveis ou irrefutáveis e por isso o juiz reduz os seus esforços argumentativos para motivar racionalmente a decisão, bastando-se com a remissão para o relatório pericial sempre que a ele há lugar, crendo que à decisão será atribuída uma autoridade epistemologicamente distinta.

[95] Como refere Jordi Nieva "[s]e trata, probablemente, del medio de prueba que con más facilidad puede escapar a la valoración judicial, básicamente porque los conocimientos que expresa el perito normalmente no pertenecen a la llamada 'cultura general' y, por ello, no es posible utilizar juicios casi intuitivos, como sí ocurre con la mayoría del resto de los medios de prueba" e acrescenta que "Lo que solemos encontrarnos es a un juez que no posee la formación necesaria ni tan siquiera para entender debidamente el dictamen. Y ello no es una crítica, sino que es perfectamente habitual y hasta lógico en muchos casos. No obstante, el problema que se deriva de ello es que la asunción del dictamen en la sentencia puede ser directa y acrítica, de manera que no se motive realmente la resolución, sino que el juez se limite a transcribir las razones del perito sin entenderlas realmente" - cf. NIEVA, Jordi - *La valoración de la prueba*. Marcial Pons: Madrid, 2010. ISBN 9788497687577, p. 285.

Cumulativamente, decorrente do que se disse, este fascínio daquilo que é científico tende a encobrir o risco de desconhecimento de erros judiciais que, sob a sua égide, podem ser cometidos. Tal sucede porque a *prova científica*, tendo sido acompanhada por uma áurea de infabilidade que impediu ou escusou uma reflexão crítica sobre a forma como pode entrar nas salas dos tribunais, vê sua validade e o seu valor probatório assumirem-se como dogmas de fé.

Outros dos problemas que decorrem do uso cada vez mais frequente da ciência nos processos judiciais estão relacionados com a morosidade na sua produção e com o uso racional dos recursos do sistema de justiça, já que uma política que permite o uso extensivo da ciência além dos casos em que é necessário aumenta significativamente os custos do sistema, seja porque impõe a necessidade de entidades estaduais disporem de recursos suficientes, seja porque se aumentam os custos para as partes que participam do processo judicial, ou porque se aumentam os tempos de preparação de litígios e julgamentos produzidos pela incorporação massiva de peritos, com o consequente impacto de mais tempo investido por todos os intervenientes na resolução do caso[96].

Estes problemas que aqui descrevemos não são teóricos: são sérios e reais.

A história da prática do uso da *prova científica* está repleta de exemplos de produção de conhecimento não confiável produzido e aceite como *científico*[97].

Também na literatura comparada os estudos que procuraram identificar as causas que estiveram na base de decisões que vieram a ser revogadas apontam como causa frequente o recurso à prova pericial de baixa confiabilidade[98].

---

[96] Este aspeto será certamente melhor compreendido depois do que referiremos na secção 2.1.1.2. do capítulo 2 da parte V a respeito da falta de meios técnicos e humanos para a realização das perícias do tipo oficial.

[97] Essa não confiabilidade tanto decorre do facto de a informação *científica* não estar correta, ou estar incompleta, ou por não ter sido verificada, ou ainda porque foi erroneamente analisada ou não se reportar aos factos em discussão no caso em apreço. Noutras situações, justifica-se pelo aflorar de pseudociências desenvolvidas em áreas em que se pretendia conhecimento assente em bases científicas, mas em que essas bases não existem ainda, como o caso da Astrologia, Grafologia, máquinas da verdade ou nas já referidas Frenologia e Fisiognomia - *vide* TARUFFO, Michele - *La Prueba, op. cit.,* p. 93.

[98] De entre os problemas identificados no âmbito comparado com a produção de *prova científica* constam o uso de prova pouco confiável (seja porque carece de validação adequada e, em particular, de uma base estatística para apoiar generalizações inferenciais; seja porque o seu processamento foi deficiente porque os laboratórios forenses e os profissionais carecem de protocolos e procedimentos adequados para preservar amostras físicas de contaminação ou degradação confusa); a intervenção de peritos pouco confiáveis (seja por efeito dos vieses de que podem sofrer; seja pela adoção de comportamentos explicitamente destinados a causar um erro; ou por extrapolarem os limites da sua experiência); a frequente existência de falhas de comunicação e compreensão dos resultados e o seu uso tardio - cf. ROBERTS, Paul - Paradigms of forensic science and legal process: a critical diagnosis article. Philosophical Transactions of *The Royal Society B Biological Sciences* [Em linha]. [2015], pp. 1-11. [03.08.2022]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/279308813_Paradigms_of_forensic_science_and_legal_process_A_critical_diagnosis. ISSN 0962-8436, p. 2 e ainda DUCE, Mauricio J. - Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate, *op. cit.,* pp. 234 e ss.

Mais recentemente estas preocupações viram-se refundadas porque os dados revelados pelo *Innocent Project* são inquietantes: a utilização incorreta da ciência forense contribuiu para 52% das condenações que vieram a ser revogadas após reanálise dos casos pelo projeto[99].

E já em 2009 foi publicado nos EUA o relatório intitulado "Strengthening Forensic Science in the United States: a path forward" que alertou não apenas para uma sobrevalorização da ciência nos processos judiciais, mas também para os potenciais riscos desta sobrevalorização e recomendou um maior cuidado na admissibilidade e valoração da *prova científica*. De entre os problemas identificados destacam-se a falta de uniformização na certificação de especialistas forenses ou na acreditação de laboratórios responsáveis pela atividade científica; a existência de uma grande variabilidade entre as disciplinas da ciência forense no que diz respeito técnicas, metodologias, graus de confiabilidade, tipos e percentagens de erros potenciais, graus de pesquisa, de aceitabilidade geral e material publicado; o défice nas tarefas periciais; a falta de especialização ou experiência, certificação, controlo de metodologia e protocolos; problemas relacionados com a forma como a ciência forense comunica os seus resultados por via do paradigma da individualização e a constatação de que a interpretação da *prova científica* nem sempre é baseada em estudos científicos para determinar sua validade; embora exista pesquisa científica em algumas disciplinas forenses, há uma escassez notável de estudos publicados e revisados por pares que estabelecem as bases científicas e a validade de muitos métodos forenses[100]. Não podendo aqui referir todas as suas conclusões, julgamos pertinente destacar que outro dos pontos essenciais do relatório revele que, com exceção da tecnologia de DNA, as demais ciências forenses em campos tão vastos como impressões digitais, balística, marcas de sapatos, escrita e muitas outras, carecem de validade científica e, de apesar disso, os juízes se mostrem "totalmente ineficientes" no controlo de confiabilidade deste tipo de provas por julgarem mostrarem-se cientificamente validadas[101].

---

[99] De acordo com a informação que tem sido veiculada pelo projeto, este número inclui tanto as condenações baseadas em *prova científica* não confiável como também as condenações baseadas em depoimento das *expert witnesses* que, intencionalmente, deturparam os resultados da *prova científica*, mas também os casos em que os profissionais incorreram em erro. Igualmente aqui se incluem as situações em que a *prova científica* produzida e aceite aquando da condenação viria depois a ser invalidada por posteriores avanços científicos. A título exemplificativo será o caso da análise microscópica de cabelo que envolve a comparação de cabelo encontrado na cena do crime com o cabelo do suspeito que viria apenas em 2009 a ser afastada pela National Academy of Sciences que no seu relatório concluiu pela impossibilidade de estabelecer esta correspondência (e em 2015 o FBI anunciou que os seus especialistas em microscopia capilar exageraram a probabilidade de uma correspondência em 95% dos 268 casos analisados).

[100] O relatório com mais de trezentas páginas surge após a entidade analisar doze diferentes tipos de ciências forenses e ter identificado inúmeros problemas na fundamentação científica dessas disciplinas forenses analisadas - cf. COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY; NATIONAL RESEARCH COUNCIL - *Strengthening forensic science in the united states: a path forward, op. cit.,passim,* e em especial p. 4. pp. 4-8.

[101] No relatório apontam-se como exemplos as análises de escrita manual, referindo que nestas o resultado se baseia essencialmente numa comparação subjetiva dos elementos de prova que, por essa natureza subjetiva, não obsta a que, a ser realizada por outros peritos, o

Daqui se receberá sem surpresa que de entre as recomendações apresentadas nesse relatório conste o apelo a estudos que estabeleçam e demonstrem a validade dos métodos forenses; o desenvolvimento e estabelecimento de medidas quantificáveis da confiabilidade e precisão das análises forenses; o desenvolvimento de medidas quantificáveis de incerteza nas conclusões das análises forenses; a necessidade de realização de investigações empíricas sobre fontes de erro e taxas de erro na realização de exames forenses e sobre os vieses contextuais e sua influência na pratica forense e a criação de um código nacional de ética para todas as ciências forense[102].

As conclusões divulgadas no relatório foram de tal forma alarmantes que conheceram eco alargado na comunidade internacional[103].

---

resultado seja substancialmente distinto e sem que exista forma de estabelecer qual das comparações é a correta simplesmente porque ambas são subjetivas e não se apoiam em nenhuma base científica objetiva. E aqui, por isso, é também bom desmistificar a ideia de infalibilidade com que muitas vezes são interpretados os resultados das perícias lofoscópicas. Incluída no leque das *provas científicas*, é frequentemente assumido o seu caráter objetivo e reconhecido elevado grau de fiabilidade, mas a verdade é que, mesmo sendo mais ou menos recorrente encontrar-se na comunidade académica alusão a uma certa unicidade das impressões digitais, não é pacífico que a prova lofoscópica produza resultados infalíveis nem sequer inequívocos. É que muito apesar de ser apresentada como objetiva, a técnica que é empregue é do tipo analítico, de cariz intuitivo e subjetivo, baseada na experiência repetida e universal sobre a capacidade de identificação sob certa técnica - Com particular relevância, será a conclusão de que as *provas científicas* podem ter contribuído para condenações injustas de pessoas inocentes" e que se deverá exigir mais ciência nas ciências forenses - cf. COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY; NATIONAL RESEARCH COUNCIL - *Strengthening forensic science in the united states: a path forward, op. cit.,passim,* e em especial p. 4. pp. 4-8.

A título exemplificativo será de mencionar um estudo que tendo observado a atuação de cinco peritos forenses aferiu que quatro dos cinco especialistas em impressões digitais que anteriormente haviam identificado duas impressões como correspondestes chegaram a diferentes conclusões numa perícia posterior, depois de saberem que as impressões eram de pessoas diferentes - estudo descrito em SAKS, Michael J.; KOEHLER, Jonathan J. - The individualization fallacy in forensic science evidence, *op. cit.,* pp. 200-203. Veremos outros exemplos ao longo das partes que se seguem.

[102] *Vide* recomendações n.°s 3, 5,6, 9 do COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY; NATIONAL RESEARCH COUNCIL - *Strengthening forensic science in the united states: a path forward, op. cit.,* pp. 22-27. Mais recentemente foi elaborado um novo relatório que analisa o progresso feito pelo National Institute of Justice para o avanço da investigação em ciência forense desde o relatório de 2009. De entre as recomendações deste novo relatório são de destacar a constatação da necessidade de criação de uma infraestrutura de pesquisa nas ciências forenses dotada de mais recursos técnicos e humanos e com caráter multidisciplinar porque a forma como até então a mesma se desenvolvia mostrava-se desadequada aos objetivos pretendidos, muito relacionados com a necessidade de melhorar a validade, confiabilidade e amplitude das ferramentas forenses disponíveis para o sistema de justiça criminal. Isto significa que apesar dos esforços encetados pelo National Institute of Justice, entidade responsável por implementar as recomendações do relatório de 2009, muito trabalho deve ainda ser feito - cf. NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE - *Support for Forensic Science Research: Improving the Scientific Role of the National Institute of Justice* [Em linha]. Washington: The National Academies Press, 2015. [16.06.2022]. Disponível em https://nap.nationalacademies.org/read/21772/chapter/1#ii. ISBN 978-0-309-37645-7. Sobre o importante papel desenvolvido ao longo dos últimos anos pelo National Institute of Justice na construção de um corpo vasto de conhecimento em matéria de ciências forenses e no controlo da criminalidade e administração da justiça *vide* NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE - *Strengthening the National Institute of Justice* [Em linha]. Washington: The National Academies Press, 2010. [16.06.2022]. Disponível em https://nap.nationalacademies.org/catalog/12929/strengthening-the-national-institute-of-justice.

[103] Veja-se a título de exemplo, PARDO, Michael S. - Evidence theory and the NAS report on forensic science. *Utah Law Review.* N 2 (2010), pp. 367-383. [10.01.2022]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1511719. ISBN 1942-8529; BEETY, Valena Elizabeth - Identifying the culprit in wrongful convictions. *Tennessee Law Review* [Em linha]. V 82 (2015), pp. 975-1005. [10.01.2022]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/321386840_Identifying_the_Culprit_in_Wrongful_Convictions. ISSN 0040-3288; EDMOND, Gary - Advice for the courts? Sufficiently reliable assistance with forensic science and medicine (Part 2). The International Journal of Evidence & Proof [Em linha]. V 16 (2012), pp. 263–297. [12.06.2022]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/269462551_Advice_for_the_Courts_Sufficiently_Reliable_Assistance_with_Forensic_Science_and_Medicine_Part_2. ISSN 1740-5572; MNOOKIN, Jennifer L. *et all* - The need for a research culture in the forensic sciences. *Northwestern University School of Law Scholarly Commons: Faculty Working Papers.* Paper 26. [Em linha]. (2011). [12.06.2022]. Diponível em https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1025&context=facultyworkingpapers e ainda GASCÓN ABELLÁN, Marina; LUCENA MOLINA, José Juan; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Joaquín - Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinary, *op. cit.* e uma visão geral do que sucede na Europa, a pedido do Comité Europeu dos Problemas Criminais, CHAMPOD, Christophe; VUILLE, Joëlle - Scientific evidence in Europe: admissibility, evaluation and equality of arms, *op. cit.*

Todos estes riscos conheceram nos últimos tempos maior dimensão porque o maior alcance do conhecimento, e, simultaneamente, a sua especialização, aliado à democratização do ensino e ao crescente número de universidades, trouxe ao mercado novos peritos e novos problemas. Os mais relevantes prendem-se precisamente com as dificuldades de controlo da qualidade do conhecimento que pode interferir no sistema judicial.

Daí que de entre as várias questões predominantes nas discussões entre Direito e ciência revistam particular valor, para o nosso estudo, as que se prendem com a forma como deve a ciência entrar nos processos judiciais e como devem os tribunais integrar os conhecimentos das outras áreas do saber na sua tomada de decisão quando confrontados com questões e problemas que exigem especiais conhecimentos desse tipo.

Este, que no dizer de Jordi Fenoll é atualmente o problema mais acutilante em matéria de valoração da prova[104], será então o mote da nossa investigação. Compreende-se, por isso, que esta seja uma questão à qual procuraremos dar resposta nos capítulos seguintes e que a procura dessa resposta nos remeta para uma discussão sobre se o modelo atual da sua produção serve a administração da justiça e as suas exigências epistémicas.

3. DA *PROVA CIENTÍFICA* À PROVA PERICIAL[105]

Até aqui referirmo-nos a diferentes interseções entre o Direito e a ciência e à dita *prova científica* como ponto que se encontra nessa encruzilhada. Fizemo-lo porque quando iniciámos esta investigação pretendíamos precisamente analisar as dificuldades de valoração das *provas científicas* tidas como epistemicamente distintas das demais.

Sucede que, ao desenvolvermos o nosso estudo, o envolvimento e leitura de obras próximas à Epistemologia e Filosofia da ciência fez-nos ponderar esta ideia de superioridade epistémica da

[104] Cf. FENOLL, Jordi Nieva - Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado, *op. cit.,* p. 429.

[105] Fazemos aqui uso de parte do título da obra VÁZQUEZ, Carmen - *De la Prueba Científica a la Prueba Pericial*, *op. cit.,* por bem elucidar o trajeto que aqui desenvolvemos e que trilhamos na investigação.

ciência e constatar que os problemas que pretendíamos explorar seriam partilhados, pela sua natureza, por toda a prova pericial, e que, na verdade, a *prova científica* é género da prova pericial.

Nas páginas seguintes justificaremos essa nossa conclusão. Depois disso, impor-se-á o desenvolvimento de algumas considerações de ordem terminológica em torno do conceito da *prova científica.*

3.1. A *PROVA CIENTÍFICA* É EPISTEMOLOGICAMENTE DISTINTA? O PROBLEMA DA DEMARCAÇÃO APLICADO AO NOSSO OBJETO DE ESTUDO

Importa então agora compreender se a *prova científica* é epistemologicamente distinta dos demais conhecimentos produzidos no processo. A questão que lançamos desemboca no problema da determinação da *cientificidade* ou, dito de outro modo, no problema de distinção entre o que é *científico* (ou o que é *ciência* ou *boa ciência*) e o que não o é (ou o que é *má ciência*, *junk science*, *pré-ciência*, *para-ciência* ou *pseudociência*[106]. Para utilizar a expressão decorrente da Filosofia da ciência, estamos perante o problema da demarcação[107].

Procurando uma solução na Filosofia da ciência para este problema, encontramos uma tradição mais antiga (versão epistémica), desenvolvida tendo por alicerce a Filosofia ocidental desde finais da Idade Média e do Renascimento, que propõe uma distinção entre o conhecimento e a mera opinião, tomando como ponto de referência o conhecimento científico rotulado como "saber genuíno". Como sublinhamos anteriormente, acreditava-se por essa altura na possibilidade

[106] A compilação dos termos sinónimos que usamos foi desenvolvida por VÁZQUEZ, Carmen - Sobre la cientificidad de la prueba científica en el proceso judicial. *Anuario de Psicología Jurídica* [Em linha]. V 24 (2014), pp. 65-73. [01.06.2021]. Disponível em https://www.redalyc.org/pdf/3150/315031876009.pdf. ISSN 1133-0740, p. 70. Concretamente os termos "junk science" ou "pseudociência" foram popularizadoa por Peter Huber na sua obra "Galileo's revenge: Junk science in the Courtroom", na qual distingue a "good science" como a ciência do consenso e *peer review* da "junk science" como miragem da ciência real, muito semelhante na forma, mas substancialmente muito diferente (cf. VÁZQUEZ, Carmen - *De la Prueba Científica a la Prueba Pericial*, *op. cit.,* p. 117, nota rodapé 170). Dela fazem parte métodos comumente aceites, como a Grafologia, Frenologia e as máquinas da verdade. Além destas, Michele Taruffo menciona que também as provas por DNA, consideradas como científicas, estão a merecer algumas críticas e a ser reavaliadas e por isso a sua validade científica pode ser também discutida - cf. TARUFFO, Michele - *La prueba, op. cit.,* p. 96.

[107] Este é um problema filosófico que, como reconhecerá o leitor, apenas poderá ser abordado de forma limitado nesta investigação. Toda maneira, merecerá breve atenção pois colheu tratamento jurisprudencial nos EUA e a experiência norte americana será de considerável valor à nossa investigação porque, como veremos de forma mais pormenorizada em capítulo próprio, nesse país os critérios de cientificidade mostram-se relevantes não apenas para a valoração da prova pericial, mas sobretudo para avaliação da sua admissibilidade. Por isso fazemos já aqui a advertência de que as propostas que avançaremos não têm a pretensão de apresentar uma definição para nenhum desses conceitos, porque o que se pretende é que, fazendo uso dos préstimos da Filosofia da ciência, sejam conhecidos critérios para distinguir a "ciência" da "não ciência" e para compreender o estigma de enfatização do empreendimento científico como epistemologicamente superior. E isso para aferir se se justifica um tratamento juridicamente diferenciado entre a *prova não científica* e a *prova científica*. Acompanhamos aqui os esforços desenvolvidos por Carmen Vázquez para sintetizar as teorias da Filosofia da ciência que se podem mostrar relevantes do ponto de vista jurídico, tendo como pano de fundo o objeto da nossa investigação - VÁZQUEZ, Carmen - *De la Prueba Científica a la Prueba Pericial, op. cit.,* pp. 87 e ss. De um ponto de vista mais geral, pode ler-se GOODSTEIN David - How Science Works. In FEDERAL JUDICIAL CENTER - *Reference Manual on Scientific Evidence* [Em linha]. 3rd ed. Washington: The National Academies Press, 2011. [01.06.2022]. Pp. 38-54. Disponível em http://poplab.stanford.edu/pdfs/Goodstein-HowScienceWorks-Ch3NRCmanual2011.pdf. ISBN 0-309-21421-1, pp. 39-45.

de um saber sobre as causas dos fenómenos, mediante a demonstração lógica e identificação de princípios universais. Algo que acreditámos ser ainda comum porque a resposta mais intuitiva que se apresenta à questão "o que é a ciência?" passará por definir a ciência como um processo de aquisição de conhecimento baseado num método sistemático. A essência da ciência será, pois, o método científico. E tradicionalmente este método científico será um método indutivo, baseado em observações e na experiência, que permite ao Homem conhecer a regularidade, e por isso o funcionamento e as relações entre os fenómenos da natureza e como tal possibilita e legitima a formulação deste ponto de vista de leis científicas. O que distinguiria então a "ciência" da "não ciência" seria a certeza apodítica que a primeira poderia oferecer por efeito da infabilidade dos seus fundamentos, que seriam irrefutáveis pelo facto de todas as teorias científicas poderem ser empiricamente observáveis[108].

Sucede que esta visão se alterou profundamente no séc. XIX, com a erupção de uma perspetiva epistemológica da ciência como conhecimento falível. Por esta altura a visão newtoniana de ciência como capaz de alcançar, com certeza, a verdade, é afastada. À luz deste novo paradigma nenhum tipo de conhecimento, inclusivamente científico, poderia assegurar certezas absolutas e o conhecimento científico seria, também ele, falível. Em resultado, passa agora a ter-se em atenção na relevância das provas tudo quanto ainda não é conhecido no momento do desenvolvimento da teoria, pois que se assume que provar uma teoria não é algo de definitivo. Foi precisamente neste contexto que se começou a chamar atenção para a relevância da metodologia como caraterística que permitiria distinguir a *ciência*, já que era a metodologia que permitiria assegurar um padrão de racionalidade ou de justificação das teorias. Assumia então importância a forma como as teorias *científicas* seriam valoradas e validadas, com independência da forma como seriam geradas. A diferenciação entre o que era *científico* e as *opiniões* passou a residir no facto de a ciência resultar de "opiniões genuínas"[109]. Estavam abertas as portas para o

[108] Maiores desenvolvimentos podem ser encontrados em CAUDILL, David S.; REDDING, Richard - Junk Philosophy of Science?: The paradox of expertise and interdisciplinarity in Federal Courts, *op. cit.*. Os autores analisam as narrativas jurídicas sobre a ciência e a importância que assumiram nos EUA: por um lado, a conceção tradicional da ciência, próxima da visão newtoniana idealizada de que as proposições científicas são capazes de alcançar a verdade com certeza e, por outro, a conceção moderna da ciência, que reconhece a incerteza.

[109] Tudo isto reporta-nos para o problema clássico da distinção entre o contexto da descoberta (formulação de uma lógica de descoberta de factos e teorias sobre a natureza) e o contexto da justificação (centrado sobretudo na evolução e justificação de hipóteses/teorias) desenvolvida por Reichenbach. Mais tarde, no círculo de Viena, foi abordado o problema da demarcação como uma questão lógica ou sintática, através da teoria do significado. Um enunciado seria científico sempre e quando contivesse um significado, sendo que os enunciados com significado empírico seriam apenas científicos quando pudessem ser verificáveis. Leia-se VÁZQUEZ, Carmen - *De la Prueba Científica a la Prueba Pericial*, *op. cit.,* p. 85.

desenvolvimento de segunda tradição, conhecida como versão semântica, resultante da tradição moderna.

Criticando os positivistas lógicos que propunham a verificabilidade como o critério de demarcação entre o que era significativo e o que era despojado de sentido e em função disso classificavam como enunciados e teorias *científicas* aquelas que se mostrassem confirmadas indutivamente, Karl Popper assumiu um papel determinante neste novo paradigma da ciência. O autor propõe a demarcação entre o que é *científico* e o que é *não-científico* através da definição de que as teorias científicas serão aquelas que se revelem potencialmente falsificáveis e já não verificáveis[110]. A substituição da verificação pela falsificação foi a solução encontrada por Karl Popper para a incoerência na utilização do método indutivo como critério de demarcação por não ser possível sustentar leis gerais partindo de factos observados para factos não observados. O que Karl Popper defendia era uma postura crítica e racionalista na ciência, caraterizada pela tentativa de refutação de teorias.

Pela importância que assumiu no mundo jurídico a tese de Karl Popper, não podemos aqui de deixar fazer uma referência particular à sua proposta para referir que, como resultado da mesma, na esfera jurídica norte americana a ciência é vista como um esforço empírico, que evolui com base numa série de tentativas e erros e que cada resultado positivo apenas o será provisoriamente, até a sua falsidade ser demonstrada em testes posteriores. Transpondo a tese de Karl Popper para o plano jurídico, o Supreme Court of the United States defendeu que a testabilidade, refutabilidade ou falsificabilidade devem ser aceites como critérios de distinção entre o que é *científico* e *não científico* e, partindo desse pressuposto, forneceu um conjunto de critérios para aferir da admissibilidade da *prova científica*. A questão culminaria na avaliação da confiabilidade do conhecimento[111].

---

[110] Na sua obra "Lógica da Descoberta Científica" Karl Popper apresenta a tese a respeito da "assimetria dos enunciados universais", segundo a qual nenhum número finito de observações (positivas) permite validar definitivamente um enunciado universal, bastando uma só observação negativa para o invalidar ou refutar. O exemplo academicamente mais citado e ilustrativo deste enunciado é o seguinte: por mais cisnes brancos que encontremos nunca podemos ter a certeza que todos os cisnes são brancos, mas bastará encontrar um cisne negro para podermos demonstrar a falsidade da afirmação universal segundo o qual "todos os cisnes são brancos". No primeiro prefácio à sua obra "Conjecturas e refutações", o filósofo resumiu todo o seu livro no seguinte enunciado: "podemos aprender com os erros". Curiosamente, esta visão de incerteza do conhecimento vem contrariar o desfecho que se espera dos processos judiciais. A tese de Karl Popper assumiu particularmente relevo porque foi acolhida numa decisão que marcou a história da relação entre a ciência e o Direito nos EUA, e, em certa medida, se estendeu, muito pelo trabalho doutrinal, a toda a tradição anglo-saxónica e romano-germânica. De perto seguimos a exposição introdutória de João Carlos Espada em POPPER, Karl - *Conjecturas e refutações*. Nota apres. João Carlos Espada; trad. Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 972-40-1878-6, pp. I e II e ainda POPPER, Karl - *O realismo e o objeto da ciência: pós-escrito á lógica da descoberta científica*. Trad. Nuno Ferreira da Fonseca. Lisboa: D. Quixote, 1992. ISBN 972-20-0592-8, p. 191. Uma abordagem teórica à perspetiva do autor, de um ponto de vista jurídico, pode ser encontrada em HAACK, Susan - Federal philosophy of science: a reconstruction and a deconstruction. *New York University Journal of Law & Liberty* [Em linha]. N 5 (2010), pp. 394-435. [09.01.2020]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1691634. ISSN 1932-4421, p. 400 e ss.

[111] Veremos, no capítulo 3 da parte VI, mais desenvolvimentos sobre esta matéria, para a qual remetemos.

E então, aqui chegados, onde nos encontramos? Será a dita *prova científica* epistemologicamente distinta?

Parece-nos que não. E explicamos porquê.

Demos conta, na exposição antecedente, que a visão de conto de fadas da ciência como progresso linear em direção à verdade foi substituída por uma ideia de progresso e evolução.

Vimos também que não há propriamente uma definição daquilo que pode ser considerado como *científico* ou *não científico*.

De resto, nem nos parece que a redução a um modelo deste tipo se justificaria na nossa investigação porque ofuscaria o verdadeiro problema com que nos debatemos. Entendemos que uma análise da prova terá sempre que repudiar uma destrinça entre a dicotomia do que é *científico* e do que *não é científico* porque os problemas que são suscitados pela amplitude e variedade epistemológicas acabam apenas por ocultar os problemas que aos nossos olhos se mostram mais importantes em matéria probatória. No fundo, as preocupações que nos motivam são comuns tanto à *prova científica* como a todo o tipo de conhecimento que é produzido no processo. E essa nossa ideia sai reforçada pelo facto de o legislador não ter consagrado um regime distinto para as *provas científicas* e *provas não científicas* ou previsto a ciência como um meio de prova em si mesmo.

Mas outras razões contribuem para a nossa posição.

Desde logo o facto de a ciência se revelar hoje como um "grande recipiente" onde coexistem diferentes paradigmas não redutíveis a um modelo unitário[112]. Abandonado o paradigma válido para todas as ciências, lidamos com teorias segregadas que procuram conhecer fenómenos específicos e determinados, orientados por critérios de validade que são construídos em função dos fenómenos que se pretendem explicar. Consequentemente, parece ser hoje aceitável a ideia de que podemos depararmo-nos com diferentes conceitos de verdade científica, que se mostram contextualizados, válidos "localmente" e, pois, com distintos níveis de confiabilidade do conhecimento. E assim, uma vez que não há nenhum método comum a todas as abordagens e propostas que enfrentam o problema da demarcação, e atendendo à grande diversidade do que

[112] Cf. TARUFFO, Michele - Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali, *op. cit.,* p. 9. Nas palavras do autor "grande contenitore". Também por essa razão o autor defende que não deveríamos utilizar a expressão *prova científica*, mas preferir o termo *provas científicas* - *idem,* p. 10.

pertence às categorias de *ciência* e *não ciência*, parece-nos que mais adequado será analisar casuisticamente o que é demarcado e em relação a quê[113].

Adicionalmente, porque a própria comunidade científica tem vindo a substituir o antigo modelo de certeza determinística por um modelo de probabilidade e, nessa medida, não se deve esperar que em contexto judicial o juiz se pronuncie sobre o caráter científico (definitivo) do conhecimento que é produzido. De resto, se partíssemos de uma perspetiva de que a *prova científica* seria epistemicamente superior por permitir julgar com certeza e de forma infalível a matéria de facto em discussão nos processos judiciais, pareceria desnecessário que o juiz se pronunciasse sobre a mesma, mostrando-se o perito a pessoa mais habilitada ao efeito. Converteríamos a *prova científica* numa espécie de prova legal por efeito do reconhecimento automático da autoridade do perito.

E finalmente pelo facto de nos processos judiciais não se discutir conceções gerais e globais de ciência ou das suas categorias, mas antes se procurando decisões concretas sobre os factos que se mostram, em cada um dos processos, juridicamente relevantes. Dito de outro modo, não se espera que o juiz desenvolva comentários críticos e epistemológicos sobre o conhecimento produzido, mas que decida matéria de facto concreta.

Esta parece ser também a tendência da doutrina e jurisprudência num plano internacional[114]. Michele Taruffo defende que esta questão deve ser analisada numa outra perspetiva, centrada na figura do perito. Para o autor, o problema da distinção entre a "boa" e a "má" ciência surge em larga medida associado ao perito, já que será ele o responsável por produzir o conhecimento científico[115]. Não dircondando do autor, não nos revemos totalmente no que afirma, pois que defendemos que a atenção, para além de centrada no perito, deve estar sobretudo voltada para a qualidade do conhecimento que o perito produz no processo. É que não só *científico* e *confiável*

[113] Novamente acompanhamos VÁZQUEZ, Carmen - Sobre la cientificidad de la prueba científica en el proceso judicial, *op. cit.,* p. 70. Resulta reforçada esta nossa ideia pela constatação de que também o conhecimento científico se mostra cada vez segregado e por força disso surgirem cada vez mais "novas ciências". As preocupações daí resultantes mereceram já atenção na literatura e no campo legislativo. A título exemplificativo, Oreste Dominioni na sua obra *La prova penale scientifica: glistrumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione, op. cit.,* procura estabelecer critérios para admissibilidade de produção de *nova prova científica*. Também já demos conta que as mesmas preocupações foram abordadas em Portugal por RODRIGUES, Benjamim Silva: *Da prova penal*: *novos métodos "científicos" de investigação criminal nas fronteiras das nossas crenças, op. cit.* e do mesmo autor *Da prova penal: a prova científica - exames, análises ou perícias de DNA? Controlo de velocidade, álcool e substâncias psicotrópicas, op. cit.*

[114] Faremos na parte VI referência ao acórdão proferido pelo Supreme Court of United States no célebre caso Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals mas também na decisão do caso Tire Company, Ltd. et al. v. Carmichael et al. que alarga os critérios de admissibilidade da prova de natureza científica a toda a prova de natureza técnica e especializada por considerar que os problemas na determinação da confiabilidade da *prova científica* e da *prova não científica*, mas técnica e especializada, serão comuns. Esta decisão teve o mérito particular de reconhecer que, independentemente natureza do conhecimento, o que realmente importa é que o conhecimento seja confiável. Decisões que viriam posteriormente a merecer aceitação legal nas FRE.

[115] Cf. TARUFFO, Michele - Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali, *op. cit.,* pp. 8 e 9.

se mostram questões distintas, como também *imparcialidade* se mostra distinta de *confiabilidade*[116]. O importante será, pois, que as conceções de que se parte não sejam meramente subjetivas e que o juiz tenha consciência da necessidade de assegurar fundamentos epistemológicos adequados a cada situação.

Por tudo o que dissemos neste capítulo (lembrando que ciência não é em si mesmo um meio de prova, mas antes potenciadora de metodologias e técnicas na recolha e análise dos demais meios de prova e que mais importante do que a natureza do conhecimento será a sua confiabilidade), somos da opinião que a dita *prova científica* é um género da prova pericial. E por isso, mais corretamente, deveria falar-se em *prova pericial científica* como referência à prova pericial que utiliza conhecimento, princípios e/ou metodologias fruto da ciência, que requerem o uso de saber e competência especializada e apenas por razões de simplificação aceitamos a menção a *prova científica* como elipse de *prova pericial científica*[117]. Julgamos que este pensamento tenha ainda cobertura legal porque o legislador refere que a prova pericial terá lugar por meio de intervenção de peritos quando se exijam especiais conhecimentos para perceção ou apreciação dos factos de que o julgador não disponha[118].

E porque vimos que a prova pericial científica é género da prova pericial, sem que se mostre epistemologicamente distinta, trataremos da prova pericial como encruzilhada na interseção entre Direito e ciência. Também o faremos porque julgamos que os problemas que fomos identificando decorrem de todo o modelo de prova pericial, independentemente do tipo de conhecimento produzido. E independente de tudo porque defendemos que mais importante do que a designação

---

[116] Seguimos o raciocínio desenvolvido por HAACK, Susan - Irreconcilable differences? The troubled marriage of Science and Law, *op. cit,* p. 7; *Defending science within reason: between scientism and cynism*, *op. cit.,* pp. 137-141 e ainda Of Truth, in Science and in Law, *op. cit.,* p. 995. Nestas referências, a autora chama atenção para a necessidade de adotarmos uma postura crítica mesmo quando fazemos uso de conhecimento tipicamente científico (p. ex., das designadas ciências duras). Percebe-se que assim seja porque quando se refere que a investigação científica procura uma resposta a determinada questão, comummente se afirma que procura a verdade e que quando certa teoria resulta de uma investigação científica, o cientista produziu uma verdade científica. Esta ideia deve, porém, ser desconstruída porque não é o trabalho intelectual dos cientistas, mas a natureza dos fenómenos e eventos no mundo que tornam verdadeiras essas verdades científicas. Nessa medida, a verdade ou falsidade das alegações e teorias científicas mostra-se um assunto objetivo. Mas esta objetividade não pode ser confundida com a objetividade dos cientistas, já que aqui a discussão centra-se sobretudo no perfil pessoal do investigador, mormente a respeito da sua mundividência e da sua honestidade e imparcialidade. Aliás, não deixa de ser curioso que David Goodstein analisando as diferentes cultas do Direito e da ciência sente necessidade de desmistificar alguns mitos associados à ciência e de entre eles refere-se expressamente à ideia de que os cientistas serão pessoas de honestidade e integridade intransigentes e desfazendo esse mito refere que a maioria dos cientistas é rigorosamente honesto onde a honestidade lhes é mais importante para eles: no relato de procedimentos e dados científicos em publicações revisadas por pares, dizendo que no mais são mortais comuns - cf. GOODSTEIN, David - How Science works. In NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE - *Reference Manual on Scientific Evidence*. 3ª. ed. [Em linha]. Washington: The National Academies Press, 2011. [16.06.2022]. Pp. 37-54. Disponível em https://nap.nationalacademies.org/catalog/13163/reference-manual-on-scientific-evidence-third-edition. ISBN 978-0-309-21425-4, p. 50. Voltaremos a esta discussão na secção 2.2.2.2 do capítulo 2 da parte V e ainda na secção 1.3 do capítulo 1 e secção 2.1 do capítulo 2 da parte VII.

[117] *Vide* com esta mesma explicação RIVELLO, La prova scientifica, *op. cit.,* p. 59.

[118] Assim se encontra previsto no art. 388.º do CC, sendo que a sua redação difere do art. 151.º do CPP em que expressamente se faz referência à natureza técnica, científica ou artística dos especiais conhecimentos. Nas parte III cuidaremos de uma análise mais pormenorizada destes modelos, mas para já importa dizer neste ponto que, apesar da distinta redação, o legislador não estabeleceu um regime distinto para a produção de prova pericial do tipo científico face aos demais.

do conhecimento, é qualidade do conhecimento que é produzido no processo o que mais importa. Porque atendendo aos fins epistémicos do processo só conhecimento confiável, independentemente da sua natureza científica ou não científica, pode contribuir para a descoberta da verdade.

3.2. CLARIFICAÇÃO TERMINOLÓGICA: APROXIMAÇÃO AO CONCEITO DE *PROVA CIENTÍFICA*

Do que se expôs, concluímos que a *prova científica* não é género diferente nem epistemologicamente superior. Por isso, será necessário tecermos algumas considerações de ordem terminológica para clarificarmos este termo recorrentemente utilizado.

Como se depreenderá da análise que desenvolvemos este é um termo que tem sido massivamente utilizado. Em Portugal também já notamos referências à *prova científica* na jurisprudência e em legislação por alusão à introdução de conhecimentos científicos na prova judicial[119].

Mas sem termos procurado uma aproximação ao conceito, será tempo de tecermos algumas considerações terminológicas a respeito porque o que constatamos é que a doutrina não tem vindo a utilizar o termo num sentido unívoco, muito pelo facto de a palavra *prova* conhecer também ela diferentes significados[120].

Uma das propostas, avançada em Itália muito recentemente, reporta-se a *prova científica* como aquela que decorrerá da aplicação do "método científico do contraditório". De acordo com esta tese o método científico não é o procedimento que durante o desenvolvimento da atividade probatória observa um protocolo de operações a seguir, baseado na aplicação das ciências

[119] A nível legislativo, essa referência surge no art. 5.º do DL 147/2008, de 29.07 que estabelece o regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais, nos termos do qual se determina que "a apreciação da prova do nexo de causalidade assenta num critério de verosimilhança e de probabilidade de o facto danoso ser apto a produzir a lesão verificada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e considerando, em especial, o grau de risco e de risco e a normalidade da acção lesiva, a possibilidade de *prova científica* do percurso causal e o cumprimento, ou não, de deveres de protecção". Jurisprudencialmente, no ac. TRG. 27.06.2005. Proc. 895/05-1 é feita referência à necessidade de realização de *prova científica* para comparação de escritos (folhetos) por perícia lofoscópica; também esse mesmo TRG. 26.10.2017. Proc. 5237/16.8T8GMR.G1 utilizou essa expressão por referência ao relatório de autópsia; o STJ. 05.11.2019. Proc. 3124/13.0TBVFX-A.L1-7 também designou por *prova científica* a perícia de escrita manual e o TRC. 10.09.2013. Proc. 171/10.8TBSAT.C1 fez uso do mesmo termo quanto a perícia de DNA. A expressão foi também referida proferidos pelo TRG. 18.05.2017. Proc. 1291/15.8T8VCT-A; e 07.06.2018. Proc. 3/14.8TJVNF.G2.

[120] Reduzimos as diferentes significâncias ao contexto de descobrimento e justificação por ser aquele que diretamente tem influência no objeto de investigação. Neste contexto, Marina Gascón Abellan distingue a prova como meio (aqui perspetivada com função cognoscitiva enquanto instrumento que o que permite conhecer os factos relevantes para a causa), como resultado (aqui com função justificatória porque perspetivada como um enunciado de facto verificado e nessa medida implica uma aceitação ou refutação dos enunciados processuais, eleitos racionalmente das diversas asserções enunciadas no processo) e finalmente como procedimento (novamente com função cognoscitiva, o termo "prova" é usado como referente ao raciocínio lógico através da qual se fundamenta o resultado probatório no meio de prova). Sendo também inabarcável a bibliografia sobre a matéria, julgamos muito completa a exposição desenvolvida por GASCÓN ABELLAN, Marina - *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. ISBN 9788497687201, pp. 76 e ss.

forenses, para obter um resultado que produza uma percentagem de certeza cientificamente verificável, mas será o contraditório que é considerado em si mesmo um método científico que, quando aplicado durante a prática da atividade probatória, torna as provas submetidas ao mesmo como *provas científicas*. Tributária do falsificacionismo de Karl Popper (a que faremos referência de seguida), esta tese alicerça-se na ideia de que a *prova científica* é aquela que se mostra sujeita a contraditório enquanto método científico, na medida em que é capaz de refutar ou validar afirmações[121]. Sucede que esta conceção inovadora de *prova científica* não só estende consideravelmente os limites da noção mais ou menos intuitiva do que seja (porque nos leva a concluir, p. ex., que a prova testemunhal quando sujeita a contraditório pode ser equacionada como *prova científica*), como também pode contrariar essa mesma noção (p. ex. uma perícia genética, realizada ao abrigo da tecnologia de DNA se não for sujeita a contraditório efetivo - contrainterrogatório - não será *prova científica*)[122].

Uma outra proposta, avançada por Radbruch e Sauer, refere-se à *prova científica* como o modelo que vai implicado no princípio da prova livre e que impõe ao juiz o dever de, na fundamentação de facto da sentença, explicitar as razões do seu convencimento, expondo criticamente os motivos objetivos pelos quais considera provados ou não provados determinados factos. Este conceito de *prova científica* parece então aproximar-se à noção de *prova* como procedimento probatório na medida em que o ponto central da *cientificidade* decorre do dever de o juiz se afastar de uma análise subjetiva da prova, impondo uma apreciação racional da mesma mediante a aplicação de um raciocínio próximo do juízo teorético científico, no qual intervêm as regras da ciência, da lógica e da experiência[123]. Parece-nos igualmente criticável a adoção desta configuração perante o objeto da nossa investigação, já que ela nos remete mais para o raciocínio lógico através da qual se fundamenta o resultado probatório no meio de prova do que propriamente

[121] Cf. TONINI, P. - Dalla perizia «prova neutra» al contraddittorio sulla scienza. *Diritto Penale e Processo*. Milano. ISSN 1591-5611. V 3 (2011), pp. 360-369.

[122] Para uma perspetiva crítica desta proposta, pode ler-se SÁNCHEZ RUBIO, Ana - El sistema contradictorio como método de investigación importado de la ciencia: una novedosa configuración de la prueba científica. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* [Em linha]. N 2 (2016). Pp. 1-34. [03.08.2022]. Disponível em https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6152295. ISSN 1989-3892, pp. 24 e ss.

[123] Encontramos referências a esta conceção de *prova científica* não só na nossa jurisprudência, mas também na doutrina, não a respeito das interseções da ciência no Direito, mas sobretudo quando se procura discutir o dever de fundamentação da decisão judicial. *Vide,* entre outros, acs. STJ. 12.09.2013. Proc. 234/11.2JAPRT.P1; STJ. 15.11.2012. Proc. 234/11.2JAPRT.P1; TRP. 04.02.2015. Proc. 443/09.4TRPRT.P2; DIAS, Maria do Cramo Saraiva de Menezes da Silva - Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial. *Revista do CEJ*. N 3, 2ª Semestre. 2005. ISSN 1645-829X. pp. 169-225, p. 185; NEVES, Castanheira - Sumario de processo criminal. Coimbra: João Abrantes, 1968, p. 47.

para a interseção entre a ciência e o Direito, sob a qual perspetivamos o conceito de *prova científica*.

Afastadas estas tendências mais originais, cremos que a conceção tradicional nos poderá auxiliar no nosso desígnio.

Habitualmente a expressão *prova científica* surge associada às situações em que se recorre a operações probatórias nas quais são utilizados instrumentos de conhecimento, princípios e/ou metodologias que são fruto da ciência e da tecnologia e que requerem o uso de saber e competência especializada[124]. Julgamos ser inegável o mérito desta interpretação porque a designação *prova científica* implica, para nós, uma qualificação. Qualificação que pressupõe que a produção da prova envolve o uso de meios e conhecimentos científicos particularmente complexos, mediante a intervenção de um perito com competência para tal. Neste sentido a *prova científica* implicará a utilização de operações probatórias em que são utilizados instrumentos de conhecimento, princípios e/ou metodologias que são fruto da ciência e da tecnologia.

Entendida desta forma, não parece ter um significado preciso ou adequado falar-se de *cientificidade* em relação ao objeto da prova em si mesmo, mas apenas ao conjunto de operações probatórias. Assim será desde logo porque o *factum probans* objeto da perícia pode ser um documento ou um depoimento. Ora, nestas situações, o objeto em si pode não ser nem *científico* nem *não científico*. E temos que reconhecer que de entre os *meios de prova* não se prevê a ciência ou a *prova científica* como um distinto *meio de prova* relativamente aos demais porque a ciência e a tecnologia não surgem como sujeitos criadores de novos meios de prova, mas antes como potenciadores de metodologias e técnicas na recolha e análise dos demais meios de prova[125].

Por isso, e uma vez que em causa estão sobretudo atividades processuais preordenadas para adquirir ferramentas de conhecimento, parece mais adequado reservar-se a expressão *prova científica* em associação à cientificidade da prova mais relacionada com o processo de formação de um resultado de prova para designar os casos em que o julgamento da inferência probatória, que é a base da apuração do facto, implica para o juiz o uso de conhecimentos que vão além do

[124] Para uma compilação de diferentes propostas de definição de *prova científica* pode ler-se GIANNINI, Leandro - La prueba científica (Relato General). *XXIV° Congreso Nacional de Derecho Procesal Mar del Plata*. Argentina, Noviembre de 2007. [12.06.2021]. Disponível em https://www.academia.edu/4982456/La_prueba_cient%C3%ADfica_relato_general_?auto=download&email_work_card=download-paper.

[125] Cf. DENTI, Vittorio - Scientificità della prova e libera valutazione del giudice, *op. cit.,* p. 418 e também rejeitando esta ideia VERBIC, Francisco - La prueba cientifica en el proceso judicial: Identificacion de la nocion en el marco de la teoria general de la prueba. Problemas de admisibilidad y atendibilidad. Santa Fe: Rubinzal, 2008. ISBN: 9789507279515, pp. 21 e 22.

conhecimento do homem comum[126]. Nessa perspetiva a ciência e a tecnologia surgem, como referimos, não como meio de prova em si mesmo, mas antes como elementos que podem potenciar as metodologias e técnicas na recolha e análise dos demais meios de prova.

PONTO DE ORDEM

Terminado este capítulo será de estabelecermos um ponto de ordem.

Ficou para nós claro, até aqui, que a ciência tem ganho importância crescente no plano probatório judicial. Também ficou claro que a sua intervenção convoca um conjunto de riscos que podem afetar o modelo atual da administração da justiça tanto a respeito das funções jurisdicionais como a respeito das suas exigências epistémicas. E essas preocupações serão o mote da nossa investigação.

Por isso, tomando-as como ponto de partida, assim seguiremos. Na parte II que se segue desenvolveremos uma análise do recorte legal da prova pericial no CPP e no CPC. O que aí dissermos servirá de base não só para uma reflexão doutrinal na parte seguinte, mas também para o confronto que se seguirá entre as pretensões do legislador e a realidade da praxis judicial. Porque só conhecendo o modo como a prova pericial é produzida no processo poderemos concluir pelo (des)acerto do seu modelo à administração da justiça.

[126] Seguimos aqui DOMINIONI, Oreste - *La prova penale scientifica*, *op. cit.,* p. 36 e ss. Também Luigi Paolo Comoglio desenvolve uma interpretação de *prova científica* em termos metodológicos como a natureza científica da prova, isto é, como uma progressiva "«*scientifissazione*»" do juízo de facto e da fundamentação probatória do juiz, no contexto da avaliação prudente das provas adquiridas. Nas suas palavras "[...]*prova scientifica*, intesa in termini metodologici quale *scientificità della prova*, ossia quale progressiva «*scientifissazione*» del giudizio di fatto e del ragionamento probatorio del giudice, nel contesto del prudente apprezzamento delle prove acquisite od assunte, che egli è tenuto ed effettuare nem momento decisorio, per la formazione del suo convincimento" - cf. COMOGLIO, Luigi Paolo - L'utilizzazione processuale del sapere extraguiridico nella prospetiva comparatística. *Rivista di Diritto Processuale*. N 4 (2005), pp. 1145-1170. ISSN 0035-6182, pp. 1151 e 1152. Encontramos a mesma explicação e preocupação em DENTI, Vittorio - Scientificità della prova e libera valutazione del giudice. *Rivista di diritto processuale.* Padova. ISSN 0035-6182. V 27 (1972). Pp. 414-437, p. 416. Também se parece aproximar deste conceito Francisco Verbic ao apresentar como definição aproximada de *prova científica* "[...] resultado probatorio que, a través de la utilización de métodos científicos, se obtiene respecto de enunciados de hecho cuyo análisis y valoración escapa al conocimiento de la cultura media del juez" - cf. VERBIC, Francisco - La prueba cientifica en el proceso judicial: Identificacion de la nocion en el marco de la teoria general de la prueba. Problemas de admisibilidad y atendibilidad, *op. cit.,* p. 28. O autor aproxima então esta idiea de *prova científica* à conceção de prova como resultado.

PARTE II

ENQUADRAMENTO LEGAL DA PROVA PERICIAL NO CPP E CPC

DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ANÁLISE E ORDEM METODOLÓGICA DA EXPOSIÇÃO

Na parte anterior apresentamos uma aproximação ao nosso objeto de investigação. Começando por refletir sobre a confluência entre o Direito e a ciência, terminamos a justificar que a dita *prova científica* é género da prova pericial. Assim justificamos então que a nossa investigação, inicialmente pensada sobre essas interseções, venha a convocar uma reflexão mais alargada, centrada na prova pericial não de um ponto de vista estritamente processual, mas epistemológico. Dito de outra forma, o que dissemos na primeira parte fez-nos despertar para uma discussão sobre se o modelo da prova pericial serve o modelo de administração de justiça como o conhecemos e serve os propósitos da prova judicial que oportunamente aproximamos da descoberta da verdade.

Tendo em linha de conta esse desígnio, julgamos ser pacífica a nossa opção de não pretendemos propriamente desenvolver uma análise exaustiva de todas as disposições legais que regulam a prova pericial: pretendemos sobretudo uma análise problematizante do sistema pericial sob uma perspetiva mais próxima da probática do que do direito processual probatório[127].

Apesar disso, sendo através do direito processual que se realiza o direito substantivo, o primeiro assume um papel central na administração da justiça porque regula a forma pela qual a atividade processual deve ser levada a cabo em ordem à obtenção de justiça. Por essa razão, cremos que não podemos avançar na reflexão sem conhecer o recorte legal da prova pericial. Esse será o tema desta parte da investigação.

Atendendo aos objetivos aqui delineados, dividimos esta parte em três capítulos.

No primeiro apresentaremos uma análise do bloco normativo da prova pericial no CPP.

No segundo desenvolveremos a mesma análise, mas tendo como pano de fundo o CPC.

No terceiro exporemos uma síntese comparativa, tendo por fim a identificação dos aspetos comuns e divergentes que mais se evidenciam nos recortes analisados. Neste último capítulo procuraremos também, partindo desses aspetos, compreender se estaremos perante um único modelo ou modelos distintos de prova pericial. Aqui traremos esta questão porque importa também pensar se as diferenças identificadas se justificam à luz de preocupações epistémicas e

[127] Para maiores esclarecimentos, *vide* CALHEIROS, Maria Clara - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra editora, 2015. ISBN 978-989-96672-5-9, pp. 14 e ss. A autora refere-se à probática como a "[...] reflexão sobre a prova enquanto meio de conhecimento da verdade sobre factos juridicamente relevantes em discussão, em sede judicial", aqui incluindo questões como o significado do conceito de "prova", a história da prova, os mecanismos racionais de apreciação da prova, entre outras.

às diferentes jurisdições pois só assim será possível concluirmos se o(s) modelo(s) servem à justiça e ao exercício dos propósitos da prova.

Feita esta exposição inicial, ter-se-á já por implícito que os dois primeiros capítulos assumirão sobretudo pendor descritivo e o último conhecerá maior problematização das opções legislativas. Pretendemos neste último capítulo dar início a uma reflexão sobre os riscos da exaltação da ciência identificados na secção 2.2 da parte I, deixando para a parte V uma reflexão crítica sobre a sua (des)adequação às necessidades epistemológicas do processo judicial, já que esta pressuporá já o conhecimento da prática judiciária, que será alvo da nossa atenção na parte IV.

Contudo, a exposição não seguirá o habitual modelo de anotações, marcado pela explicação individual de cada uma das disposições normativas, porque nem todas assumem relevância no nosso ensaio. Efetivamente, como já esclarecemos, não ambicionamos desenvolver um estudo manualístico sobre os diferentes domínios da prova pericial, mas antes as contribuições da prova pericial no domínio da prova em geral. Também por isso, quando se mostrar pertinente, não deixaremos de fazer breves referências retrospetivas porque estamos em crer que esta visão nos fornecerá maior bagagem intelectual, não só necessária à compreensão das opções do legislador, mas também ao desenvolvimento de uma reflexão com maior consciência das dificuldades práticas decorrentes de anteriores opções legislativas.

Optamos, assim, por não seguir as disposições, divisões ou ordem contidas no CPP e no CPC, procurando sobretudo, por razões que se pautam melhor com o nosso ensejo nesta parte, evidenciar as particularidades da prova pericial quanto aos seguintes pontos: admissibilidade, produção (que dividiremos nos tópicos "quem realiza a perícia", "objeto da perícia", "realização da perícia", "relatório pericial" e "meios de reação") e força probatória.

Do que se expôs, resulta que delimitamos a nossa análise ao ordenamento jurídico português e, dentro deste, ao atual recorte normativo previsto no CPP e no CPC. Julgamos ser pertinente justificar esta delimitação e explicar o que não será objeto da nossa atenção.

Em primeiro lugar, circunscrevemos a nossa análise ao ordenamento jurídico português porque os objetivos da nossa investigação versam exclusivamente sobre a realidade portuguesa.

Em segundo lugar, conter-nos-emos no recorte normativo previsto no CPP e no CPC porque sendo manifestamente inviável a indagação de todos os diplomas legais em que se faz referência

à prova pericial[128], sempre se mostrará adequado para os efeitos a que nos propusemos a análise destes dois regimes porque desenham os regimes para os quais os demais diplomas remetem. E aqui importa ainda esclarecer que, pressuposto o objeto e os objetivos da investigação que desenvolvemos se prendem com o estudo de todo o regime da prova pericial, sem se centrarem com tipos específicos de perícias, não cuidaremos, a não ser quando tal revista importância, das disposições que regulam especificamente um ou outro tipo de perícias. Por essa mesma razão, atentaremos somente no bloco normativo que forma o recorte específico da prova pericial no CPP e no CPC (arts. 151.º a 163.º do CPP e arts. 467.º a 489.ºdo CPC), deixando de fora o conjunto de normas dispersas que encontramos nesses diplomas, ainda que umas sejam mais próximas e outras mais distantes do nosso campo de investigação[129].

Em terceiro lugar a nossa opção de limitarmos a reflexão ao regime legal previsto no CPP e CPC prende-se com o cariz mais epistemológico da investigação e está relacionada com o facto de a construção dogmática tradicional moldar o processo penal e o processo civil a diferentes conceções de verdade. De facto, parece-nos mais ou menos evidente que, tradicionalmente, se apontam distintas conceções de verdade ao processo penal e ao processo civil: as conhecidas *verdade material* e *verdade formal*. Tal justifica-se, é certo, pela diversidade normativa e estrutural entre processo penal e civil, mas sobretudo pelas distintas intencionalidades que se procuram realizar em cada um, fruto de uma ideologia particular, e da qual essa diversidade normativa e estrutural é corolário[130]. Com efeito, por contender mais imediatamente com o interesse público

[128] Vejam-se, a título exemplificativo, para além do CC, a Lei da Organização de Investigação Criminal, o Código da Estrada, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, o Código dos Direito de Autor e Direitos Conexos, o Código de Procedimento e Processo Tributário, o Código do Trabalho, o Código do Procedimento Administrativo, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, o Código do Notariado, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos, o Código das Expropriações, o Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses, o Regime de Concessão de Asilo ou Proteção Subsidiária, a Lei Tutelar Educativa e tantos outros.

[129] No âmbito do processo penal, a prova pericial merece ainda tratamento em ligação a outros meios de prova (art. 150.º, n.º 2, parte final do CPP), quer como meio de apreciação da participação de outros participantes processuais (perícia sobre personalidade de testemunha - art. 131.º, n.º 3 do CPP) ou como meio de prova em sede de medidas de coação (art. 213.º, n.º 4 do CPP), determinação da sanção (art. 369, n.º 1; 371.º, n.º 2 do CPP), reexame internamento (art. 504.º do CPP) responsabilidade penal (art. 351.º do CPP), execução de penas (arts. 158.º, n. 1, b), 166.º, n.º 1, a) e 218.º, n.º 2 Código de Execução Penas) e ainda a suspensão da execução da sentença quando decorrer processo contra perito por factos que possam ter determinado a condenação o arguido (art. 473.º, n.º 1 do CPP) ou suspensão do decurso do prazo de duração máxima de prisão preventiva quando tiver sido ordenada perícia cujo resultado possa ser determinante para a decisão de acusação, de pronúncia ou final, desde o momento da ordem de efetivação da perícia até ao da apresentação do relatório (art. 216.º, n.º 1, a) do CPP) .

No âmbito do processo civil mostra-se ainda prevista no incidente de liquidação (art. 358.º, n.º 4 do CPC), nas situações em que as partes utilizem, como meio de prova, coisa móveis ou imóveis (art. 416.º, n.º 3 do CPC), nas questões em que se discute a (in)divisibilidade de bens (art. 926.º, n.º 5; 967.º, n.º 2 do CPC) e nas situações de liquidação e participações sociais (art. 1068.º, n.º 3 do CPC).

[130] Não será, apesar disso, nosso intento apresentarmos uma resenha histórica dos diferentes modelos processuais nem das implicações dos mesmos. O que procuramos é uma concretização dos aspetos que, de alguma forma, tocam mais particularmente com os objetivos da nossa investigação. Sugerimos, para uma análise mais desenvolvida, DAVID, René - *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. ISBN 9788533615632; DIDIER JR, Fredie - Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo* [Em linha]. V 36, N 198 (2011). Pp. 207-217 [04.08.2022]. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/80945/tres_modelos_direito_didier_jr.pdf. ISSN 0100-1981; HERCULANO, Alexandre - História de Portugal: desde o começo da Monarquia até o fim do Reino de Afono III. Lisboa: Bertrand, 1983. T IV, pp.496-497; RUÇO, Alberto Augusto Vicente - *Prova e formação da convicção do juiz*. 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6979-1; MESQUITA, Paulo Dá - Alguns sinais sobre tendências actuais do processo penal português: convergências metodológicas sobre o contraditório, a prova, a imediação e a confiança nos juízes.

do *ius punieni* e ser influenciado por um conjunto complexo de dimensões e políticas e epistemológicas dinâmicas, o processo penal assume um caráter publicista, assente no caso português numa estrutura acusatória mitigada pelo princípio da investigação, em que se supõe que o tribunal investigue por si mesmo os factos juridicamente relevantes[131]; já no processo civil, ao qual se atribui caráter predominantemente privatístico, por contender sobretudo com interesses privados de cariz disponível, prevalece uma estrutura adversarial, desenhando-se o processo em torno de um conflito dialético entre pelo menos duas partes diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir, mas que assume papel mais passivo porque o papel ativo é atribuído às partes, sobre as quais recai o ónus de levar ao processo todo o material (factual e probatório) que seja relevante à boa decisão da causa. Isto significa que, se no caso do processo penal o tribunal não está vinculado às informações prestadas pelas partes nem sequer aos requerimentos de provas por elas oferecidos, no processo civil não só a atividade probatória é da incumbência quase exclusiva das partes, como está na sua disponibilidade definir o objeto do processo, a extensão da cognição e os limites da decisão.

E é em virtude desta diferente conceção que se notou uma tendência, na doutrina tradicional, para traçar a diferenciação entre a *verdade material* que se alcançará no processo penal e que mereceu acolhimento pelo legislador português no art. 340.º, n.º 1 do CPP, e a *verdade formal* que se alcançará no processo civil, intrinsecamente relacionada com a disponibilidade do processo. É também esta divergência normativa e estrutural, decorrente de uma distinta conceção ideológica, que justificará, como veremos na secção 3.2 desta parte, o diferente recorte legal da prova pericial no CPP e CPC.

Julgar. Coimbra. ISSN 2183-3419. N 25 (2015). Pp. 109-144, pp. 111-114; Dias, Jorge de Figueiredo - *Direito Processual Penal*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. Reimpressão 2004. ISBN 9789723212501, p. 65; SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz - *Provas (direito probatório material)*. Lisboa: s.n., 1962; TARUFFO Michele - *La Prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Metropolitana, 2009. ISBN 9562860957 e ROXIN, Claus - *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. ISBN 978-9879120361. Voltaremos a este ponto na secção 3.2. do capítulo 3 desta parte.

[131] Como refere António João Raposo, essa estrutura justifica-se pela consagração constitucional do princípio da culpa como "[...] pressuposto irrenunciável da pena criminal [...]", com base ontológica e não meramente formal e que exige a demonstração efetiva (e não presumida, como resulta suficiente em processo civil) de todos os elementos da responsabilidade criminal. Para o autor, esta exigência "[...] de que o juízo acerca da verificação dos pressupostos de responsabilidade tenha uma base ontológica [...]" permite diferenciar o processo penal do processo civil porque neste último a não não-impugnação do facto alegado por uma das partes não terá como consequência a confissão ficta ou a presunção de veracidade do facto alegado, nem tampouco a confissão efetiva servirá automaticamente como uma prova cabal, pois caberá ainda ao tribunal investigar autonomamente a verdade dos factos em julgamento. Cf. RAPOSO, João António - O princípio da verdade material: um contributo para a sua fundamentação constitucional. In DIAS, Augusto Silva et all - *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito.* Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3951-0. Pp. 833-840, p. 836-837.

1. PROVA PERICIAL NO CPP

O CPP vigente foi antecedido pela L n.º 43/86, de 26.09, que autorizou a revogação da legislação então em vigor sobre essa matéria e a elaboração de um novo CPP. Considerando o objeto e objetivos que nos motivam, devemos sublinhar que de entre as oitenta e uma alíneas que compunham as linhas orientadoras para elaboração desse novo CPP, uma delas (art. 2.º, n.º 31) referia-se expressamente à necessidade de "regulamentação específica da prova pericial, nomeadamente da perícia médico-legal e psiquiátrica, conjugando a máxima competência técnica e científica dos peritos com a adequada tutela dos direitos das pessoas, a necessária celeridade e, na medida do possível, a colegialidade do órgão ao qual a perícia é deferida; garantia de que a qualquer altura do processo a autoridade judiciária competente possa determinar, oficiosamente ou a requerimento, a prestação de esclarecimentos complementares e a realização de novas perícias ou a renovação de perícias anteriores; definição, em matéria do valor probatório das perícias, de uma regra pela qual se presume subtraído à livre convicção do magistrado o juízo técnico, científico e artístico inerente às perícias, com obrigação de fundamentação de eventual divergência".

Do projeto do CPP, elaborado ao abrigo dessa autorização legislativa, que viria depois a ser aprovado pelo DL n.º 78/87, de 17.02, constava já o texto que viria a vigorar em matéria de prova pericial. O regime então instituído foi sucessivamente alterado ao longo dos anos, conhecendo já uma 48.º versão. Como já dissemos e justificamos, não nos iremos debruçar sobre todas essas alterações e consideraremos a redação em vigor à data da investigação. Contudo, sempre que se revelarem importantes essas alterações, daremos delas conhecimento por confronto com o atual regime.

1.1. ADMISSIBILIDADE

Nos processos de natureza penal, a prova pericial "tem lugar quando a perceção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos" (art. 151.º do CPP).

É esta a letra da lei desde a redação original do CPP que vigora entre nós, sem ter sofrido ainda quaisquer alterações. Com esta redação, foi colmatada a lacuna da redação do art. 175.º do CPP de 1929, que não esclarecia quando era necessária a intervenção de perito, assim dispondo "Nos corpos de delito verificar-se hão, por meio de exames[132], plantas devidamente conferidas, decalques, fotografias ou quaisquer outros processos, os vestígios que possa ter deixado a infracção, o estado do lugar em que foi cometida e todos os indícios relativos ao modo como foi praticada e às pessoas que a cometeram".

Pela ausência de discussão em torno desta redação, a doutrina e a jurisprudência parecem agradadas com a mesma. Não será o nosso caso, mas reservemos as críticas para o momento da análise comparativa entre os regimes da prova pericial no CPP e no CPC.

Para já, além do que dissemos, restará neste ponto referir que a prova pericial pode ter lugar oficiosamente ou a requerimento das partes (art. 154.º, n.º 1, 1.º parte do CPP).

1.2. PRODUÇÃO

1.2.1. QUEM REALIZA A PERÍCIA

No atual quadro em vigor, a regra é a de que perícia deve ser realizada por um único perito, admitindo-se a possibilidade de a perícia ser realizada por vários peritos que intervêm em moldes colegiais ou interdisciplinares quando se revele de especial complexidade ou exigir conhecimentos de matérias distintas (art. 152.º, n.º 2 do CPP).

Esta regra mostra-se em dissonância com as linhas orientadoras para elaboração deste CPP, em que se manifestava uma preferência pela colegialidade da perícia, e contrária ao regime consagrado no CPP de 1929, em que se estabelecia que os exames deveriam ser feitos por dois peritos nomeados pelo juiz (aqui se identificando como sendo pessoas com as habilitações necessárias ou, em caso de impossibilidade, indivíduos que parecessem ao juiz mais competentes) e reservando-se a realização da perícia por um único perito apenas para as situações

[132] Veremos na análise diacrónica apresentada na secção 1.1. do capítulo 1 da parte III as diferentes concetualizações e configurações que a prova pericial foi assumindo. Para já, bastará referir que ao longo dos tempos foi sendo designada ou associada aos exames, vistorias, avaliações e arbitramento. Por isso, sempre que neste capítulo se fizer menção a esses termos, devem ter-se por referência à prova pericial.

em que a perícia versasse sobre matérias de grande simplicidade ou se tratasse de processos em que a infração fosse de pequena gravidade (art. 179.º do CPP de 1929). Deixaremos também para momento próprio a crítica a esta opção.

No atual bloco que regula a prova pericial distinguem-se cinco regimes para determinar a pessoa/entidade a quem deve ser incumbida a perícia, contendo cada um deles uma "ordem de seleção imperativa dos peritos"[133]. Ainda que cada regime estabeleça regras específicas, já que cada um versa sobre um tipo distinto de perícias - perícias de natureza médico-legal e forense (art. 159.º, n.ºs 1 a 5 do CPP e L n.º 45/2004, de 19.08), perícias psiquiátricas (art. 159.º, n.º 6 do CPP), perícias sobre a personalidade (art. 160.º do CPP), perícias médico-veterinárias legais e forenses (art. 159.º-A do CPP) e demais perícias (art. 152.º do CPP) - denota-se uma clara preocupação com as regras de nomeação da pessoa/entidade a designar para realizar a perícia: dos treze artigos dedicados à prova pericial no CPP, quatro deles versam exclusivamente sobre quem deve ser nomeado para a realizar.

Do regime é evidente uma preferência pela realização de perícia oficial, realizada em estabelecimento oficial, muito embora há duas décadas atrás, procurando responder aos problemas de morosidade da atividade pericial, o legislador admitiu a possibilidade de as perícias serem deferidas a entidades terceiras que para tanto tenham sido contratadas por quem as tivesse de realizar, desde que aquelas não tenham qualquer interesse na decisão a proferir ou ligação com o assistente ou com o arguido (art. 160.º-A, n.º 1 do CPP, aditado pelo DL n.º 320-C/2000, de 15.02)[134]. E apenas no caso das perícias de personalidade o legislador admite que, em situações de impossibilidade ou inconveniência da realização da perícia por serviços especializados, elas possam ser realizadas por especialistas em Criminologia, em Psicologia, em Sociologia ou em Psiquiatria e, no regime geral, também em caso de impossibilidade ou inconveniência da realização da perícia em estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado, permite que as perícias sejam realizadas por perito nomeado entre a lista de peritos inscritos e existentes na comarca e, em caso de falta ou impossibilidade de resposta em tempo

[133] Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 4ª ed. act. Lisboa: Universidade Católica, 2018. ISBN 978-972-54-0228-3, p. 436.

[134] A justificação para o aditamento deste artigo encontra-se na exposição de motivos da Proposta de Lei de autorização legislativa 41/VIII, na qual explicitamente se refere que a morosidade na realização das perícias tem sido um dos motivos para o entorpecimento do processo penal e que se verifica pelo elevado número de pedidos que congestionam toda a atividade das entidades às quais são solicitadas a realização de perícias. Por efeito dessa alteração, também na Lei Orgânica do Instituto Nacional de Medicina Legal se prevê a possibilidade de colaboração de pessoal do INMLCF no âmbito dos exames e perícias médico-legais que lhe são solicitadas e ainda a possibilidade de o instituto atribuir ou adquirir a outros serviços e entidades públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, a realização de exames e de perícias médico-legais que lhe forem solicitadas, bem como a realização de cursos e outras ações de formação (arts. 40.º, alínea c) e 41.º do DL n.º 96/01, de 26.03).

útil dos peritos da comarca, que possam ser realizadas por pessoa de honorabilidade e de reconhecida competência na matéria em causa.

Quando a perícia for deferida a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial, o juiz não indica o nome do perito que a deve realizar, mas apenas a entidade de peritagem que é incumbida da sua realização. Nesses casos, é essa a entidade que, de acordo com o quadro normativo vigente e a organização interna do trabalho, deverá designar internamente o perito que realizará a perícia, que apenas será do conhecimento do tribunal aquando da junção aos autos do relatório pericial.

Depois de nomeado, o perito é obrigado a desempenhar a função para a qual foi nomeado (art. 153.º, n.º 1, 1.ª parte do CPP), mas o legislador admite algumas exceções a esta regra ao aplicar, subsidiariamente, ao perito o regime de impedimentos, recusas e escusas previsto para os juízes (arts. 153.º, n.º 1, parte final e 47.º, n.º 1 do CPP[135]).

Paralelamente encontra-se também prevista a possibilidade de ser requerida escusa ou recusa pelo/do perito quando existir o risco de a sua participação ser considerada suspeita, por existir motivo, sério e grave, adequado a gerar desconfiança sobre a sua imparcialidade (art. 43.º, n.º 1 *ex vi* art. 47.º do CPP) ou quando faltem as condições indispensáveis à realização da perícia (art. 153.º, n.º 2 do CPP) [136].

A decisão de qualquer um destes incidentes é tomada pelo tribunal e é apreciada imediatamente e definitivamente decidida, sem submissão a formalismo especial (art. 47.º, n.º 2 do CPP) [137]. A possibilidade de recurso desta decisão judicial está expressamente afastada pelo n.º 2 do art. 47.º do CPP.

---

[135] Este é o regime geral dos impedimentos, mas pontualmente podemos encontrar outras situações de impedimentos em legislação avulsa. É o caso do art. 102.º do Regulamento de Deontologia Médica que dispõe que as funções de médico assistente e médico perito são incompatíveis, não devendo ser exercidas pela mesma pessoa (Regulamento 707/2016. 21.07).

[136] Julgamos que dentro destas "condições indispensáveis" se mostrará incluída a falta de conhecimentos necessários à realização da perícia, ainda que tal não se encontre expressamente consignado. Esta situação merecia previsão como causa de escusa no CPP de 1929 (art. 183, §1) e parece-nos que a sua eliminação não merece enaltecimento. Porém, dentro deste conceito não serão de considerar, necessariamente, como motivo de escusa/recusa as dificuldades materiais relacionadas com a o exercício da função ou a linguagem utilizada no relatório pericial (a respeito desta última foi assim decido no ac. TEDH. 23.04.1998. Bernard vs França relativamente à descrição, num relatório pericial, do arguido como "gangster" e "verdadeiro profissional").

[137] O prazo para dedução do incidente não se mostra previsto, sem que possa ser analogamente aplicável o art. 48.º CPP. Sucede que, atendendo à *ratio* destas normas, estamos em crer que o requerimento pode ser apresentado até ao dia indicado para realização da perícia ou entrega do relatório pericial, assegurando-se o mais amplo prazo para defesa da imparcialidade e competência. Em situações de urgência, o legislador determina a realização da perícia e se o perito vier a ser escusado ou recusado o relatório mantém-se válido quando se verificar que não seja possível a repetição da perícia e que dela não resulte prejuízo para a decisão do processo (art. 153.º, n.º 2 parte final em conjugação, por aplicação analógica, do art. 43.º, n.º 5 CPP) Esta solução é-nos apresentada por ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, op. cit.,* p. 425. Mesmo que nos casos de urgência o perito venha a ser posteriormente escusado ou recusado, a perícia por ele realizada tem o mesmo valor que qualquer outra - neste sentido Cf. GASPAR, António da Silva Henriques et al. - *Código de Processo penal comentado.* 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2021. ISBN 978-972-40-8980-5, p. 599.

Situações distintas são aquelas em que o legislador admite a substituição do perito pela autoridade judiciária que o tiver nomeado (art. 153.º, n.º 1 do CPP). Verificam-se quando o perito não apresenta o seu relatório no prazo fixado ou quando desempenha de forma negligente o encargo que lhe foi cometido. Nestas circunstâncias, é aberto um "processo sancionatório do perito"[138].

Também diferentes se mostram os casos em que o perito, devidamente notificado para o efeito, não comparece no ato para o qual foi nomeado e não justifica a sua falta. Nestas situações, o perito nomeado deverá ser condenado no pagamento de uma multa, aplicando-se o disposto no art. 116.º do CPP, e até se mostra prevista a possibilidade da sua detenção (art. 297.º, n.º 5 do CPP), sem prejuízo de eventual responsabilidade criminal pelos crimes de desobediência (arts. 348.º do CP) e recusa de cooperação (art. 381.º do CP).

Igualmente poderá o perito incorrer em responsabilidade criminal pelo crime de falsidade de perícia quando no seu depoimento ou relatório der informações falsas (art. 360.º, n.º 1 do CP).

1.2.2. OBJETO DA PERÍCIA

O âmbito da perícia mostra-se delimitado pelo objeto que é fixado no despacho da autoridade judiciária[139] que a ordena (art. 154.º, n.º 1 do CPP).

A este respeito o legislador consagrou o princípio da vinculação da perícia ao processo judicial. Numa das suas vertentes (uma segunda será desenvolvida no ponto seguinte) este princípio limita a atuação do perito ao objeto e aos quesitos formulados no despacho que ordenou

---

[138] Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, op. cit.,* p. 439. o perito será primeiramente substituído e depois notificado para comparecer perante a autoridade judiciária competente e expor as razões pelas quais não cumpriu diligentemente o encargo. Se a autoridade judiciária considerar existir uma violação grosseira dos deveres que ao substituído incumbiam, o juiz, oficiosamente ou a requerimento, condena-o ao pagamento de uma soma entre 1 UC e 6 UC (art. 153.º, n.ºs 3 e 4 do CPP). Este regime de substituição sem audição prévia do perito não deixa de nos suscitar algumas reservas acerca da sua constitucionalidade porque nos parece violar veementemente o regime estatuído no art. 32.º, n.ºs 2 e 10 da CRP que estabelece princípio da audiência e da defesa e a presunção e inocência, sobretudo porque esta decisão é irrecorrível (art. 153.º, n.º 3, parte final do CPP). A substituição é acompanhada, para além do pagamento da soma referida, da possibilidade de ausência de retribuição, matéria que se mostra da "*reserva de decisão da autoridade judiciária competente*".

[139] Em termos gerais, a competência mostra-se distinta consoante as fases do processo: em fase de julgamento, a decisão será da competência do juiz de julgamento (art. 340.º, n.º 1 do CPP); em fase de instrução, a competência será indelegável do juiz de instrução criminal (art. 290.º, n.º 2 do CPP) e em fase de inquérito, a prova pericial deverá ser ordenada ou autorizada, em regra, pelo MP, não podendo delegar em OPC, muito apesar o possa fazer face a autoridades polícia criminal, relativamente a determinados tipos de crime e em caso de urgência ou risco na demora, nomeadamente quando a perícia deva ser realizada conjuntamente com o exame de vestígios (art. 270, n.º 2, al. b) e n.º 3 do CPP). Por sua vez, nesta fase, a decisão será da competência do juiz de instrução criminal quando se trate de perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento, depois de ponderada a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado (esta especial exigência foi introduzida pela L n.º 48/2007, de 29.08 e surgiu na sequência do ac. TC. 19.03.2007. N 155/2007, que decidiu que só o juiz pode ordenar, em qualquer fase processual, a realização de uma perícia sobre caraterísticas físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado o seu consentimento. O desrespeito por esta competência exclusiva implica uma proibição absoluta de prova (art. 126.º, n.º 1 CPP).

a perícia (arts. 156.º, n.º 1 e 154.º, n.º 1 do CPP)[140]. Significa isto que a atuação do perito não será totalmente livre, mas orientada para apresentação de respostas aos quesitos formulados pela autoridade judiciária[141].

Quanto à formulação de quesitos, deve ainda sublinhar-se que em processo penal não se mostra prevista a possibilidade de o arguido, o assistente ou as partes civis os formularem: tal faculdade é apenas reconhecida à autoridade judiciária competente, aos próprios peritos e aos consultores designados pelos sujeitos processuais para assistir à diligência. Este regime já suscitou diferentes entendimentos na doutrina e jurisprudência, ora se entendendo que aqueles intervenientes podem requerer a formulação de quesitos ao abrigo das disposições gerais (art. 98.º, n.ºs 1 e 2 do CPP), ora se considerando que tal não seria possível[142]. Atendendo aos princípios em que assenta o processo penal, e mormente considerando os direitos fundamentais a uma tutela jurisdicional efetiva (aqui se incluindo o direito à prova e a um processo equitativo), defendemos que nada justificará que o arguido, assistente ou partes civis não possam apresentar os seus quesitos e que, depois de os analisar, a autoridade judiciária os indique no despacho em que ordena a perícia.

Compreende-se, assim, a suma importância do despacho que ordena a perícia para todo o domínio da prova pericial. Apesar disso, não se encontra prevista a necessidade de fundamentação do despacho que (não) admite a prova pericial.

A importância da notificação do despacho que ordena a realização da prova pericial é por demais evidente porque é pela mesma que se assegurará aos interessados a possibilidade de exercício de contraditório e de designarem consultor técnico para assistir à sua concretização. Ademais, o legislador não prevê a consequência da falta de notificação deste despacho às partes,

---

[140] Devemos notar que esta interpretação decorre diretamente do art. 154.º, n.º 1 do CPP, mas não do art. 156.º, n.º 1 do CPP. Esta disposição apenas prevê a formulação de quesitos pela autoridade judiciária que ordena a perícia, oficiosamente ou a requerimento do próprio perito ou consultores técnicos designados pelos sujeitos processuais, quando a existência desses quesitos se mostre conveniente. Sucede que, na nossa perspetiva, esta redação não se mostra em sintonia com a atual redação do art. 154.º, n.º 1 do CPP (conferida pela L n.º 20/2013, de 21.02), que exige agora que no despacho que ordena a perícia seja fixado o seu objeto e indicados os quesitos aos quais o perito deve responder. Uma vez que esta alteração afastou o regime então vigente, de acordo com qual seria suficiente a mera indicação do objeto sumário da perícia, julgamos que a formulação de quesitos não seja mera faculdade, mas dever imposto à autoridade que ordena a realização da prova pericial, valendo residualmente o disposto no art. 156.º, n.º 1 do CPP para legitimar a formulação de quesitos a requerimento do perito ou do consultor técnico. Também de acordo com este entendendo, GASPAR, António da Silva Henriques et al. *Código de Processo penal comentado, op. cit.,* p 613.

[141] Este princípio regra é afastado nas perícias efetuadas nas delegações do INMLCF ou nos gabinetes médico-legais e forenses, já que ao abrigo do disposto no art. 3.º, n.º 1 da L 45/2004, de 19.08, não serão aplicáveis a essas perícias as disposições contidas nos artigos 154.º e 155.º do CPP.

[142] Admitindo essa possibilidade, SANTOS, Gil Moreira dos - *Direito Processual Penal.* Porto: ASA, 2003. ISBN 972-41-3195-5, p. 240 e rejeitando-a, ac. TRC. 09.06.1992, *in* CJ, XVII, 3, p.148. A prática atual tem vindo a permitir a apresentação de quesitos por estes sujeitos processuais - *Vide* tramitação processual descrita no ac. TRG. 30.11.2009. Proc. 459/05.0GAFLG; TRE. 18.04.2017. Proc. 51/14.8GDPTG.E1.

mas a jurisprudência tem decidido que essa omissão constitui uma irregularidade, sujeita ao regime de arguição[143].

1.2.3. REALIZAÇÃO DA PERÍCIA

O procedimento geral a adotar na realização das perícias mostra-se previsto no art. 156.º do CPP, merecendo depois complemento nos arts. 159.º do CPP (perícias médico legais e forenses), art. 159.º-A do CPP (perícias médico-veterinárias legais e forenses) e art. 160.º do CPP (perícias sobre a personalidade). Naturalmente que o procedimento mais específico a adotar variará em função de cada tipo perícia e de perícia para perícia, em virtude das idiossincrasias e do objeto e quesitos fixados no despacho que a ordena e excederia a nossa investigação qualquer tentativa de desenvolver aqui um quadro nesse domínio. Aliás, tal sempre exigiria um conhecimento enciclopédico e por isso mesmo nunca fez parte dos nossos objetivos procurar esse desenvolvimento. Cingiremos, por isso, as atenções ao teor do art. 156.º do CPP.

O primeiro aspeto a referir prende-se com o facto de, logo na primeira parte do primeiro número desse artigo, o legislador prever a necessidade de o perito prestar compromisso perante a autoridade judiciária competente (art. 156.º, n.º 1, 1.ª parte do CPP), apenas estando dispensados desse compromisso os funcionários públicos que atuem como peritos (art. art. 91.º, n.º 5 do CPP). Na prestação do respetivo compromisso será feita aos peritos a advertência das sanções que lhe poderão ser aplicadas por incumprimento das tarefas para as quais foram nomeados e que já demos nota em momento anterior (arts. 91.º, n.º 2 a 6 do CPP). A sua recusa equivale à recusa do exercício das funções (punida como crime de desobediência, previsto e punido no art. 360.º do CP).

De igual importância, o legislador prevê, em função da conveniência e necessidade, o dever de assistência pela autoridade judiciária à realização da perícia (art. 156.º, n.º 2 do CPP). Este

[143] Neste sentido, os acs. TRC. 18.10.2017. Proc. 104/15.5GBSCD.C1 e TRP. 30.03.2005. Proc. 0444597. Consideram os tribunais que essa falta de notificação viola não apenas o formalismo da perícia, mas também o direito fundamental do arguido ao pleno exercício dos seus direitos de defesa que resultam das disposições conjugadas dos arts. 32.º, n.º 1 da CRP e do art. 61.º, n.º 1 al. f) do CPP. Decidindo que essa omissão imporá declarar a irregularidade do despacho que ordenou a referida perícia, o TRP considerou que não se justificará a invalidade dos termos subsequentes, designadamente do despacho de encerramento do inquérito, porque se mostra prevista a possibilidade de, em qualquer altura do processo e como dispõe o art. 158º do CPP, a autoridade judiciária competente determinar, oficiosamente ou a requerimento, quaisquer esclarecimentos relativamente à perícia anterior ou mandar realizar nova perícia. Também o TRL já assim se pronunciou, referindo que o art. 118.º do CPP determina que a violação ou a inobservância das disposições da lei do processo penal só determina a nulidade do ato quando esta for expressamente cominada na lei, sendo que nos demais casos o ato ilegal será considerado uma mera irregularidade que deverá ser arguida pelos interessados e isso valerá tanto nas situações em que a perícia não é precedida de despacho do MP, como quando o arguido não seja notificado para nela participar e colocar as questões que entenda convenientes - *Vide* ac. TRL. 15.09.2011. Proc. 1154/07.0POLSB.L1-9 e ainda ac. TRP. 28.01.2004. Proc. 0343780.

dever tem por subjacente as vantagens que a presença da autoridade judiciária poderá facultar em termos de legalidade e fundamentação, uma vez que esse acompanhamento pressupõe uma maior atenção da autoridade relativamente ao respeito, pelo perito, do princípio da legalidade. Além disso, a assistência à perícia permitirá compreender, de forma mais clara e aprofundada, a realidade objeto da análise e tal sempre será relevante para efeitos de decisão e da sua própria fundamentação[144].

Já quanto à presença do arguido e assistente na perícia, a regra é a de que deverá ser admitida porque só assim se faz uma interpretação do disposto neste n.º 2 do art. 156.º do CPP conforme a CRP, já que apenas dessa forma se salvaguardam as garantias de defesa, do contraditório, do direito de participação no processo e de acesso aos tribunais. Duas exceções estão, contudo, previstas: a assistência não será possível quando a diligência ofenda ou possa ofender o pudor do visado (art. 156.º, n.º 2, parte final do CPP) ou quando a publicidade da diligência possa prejudicar as finalidades do inquérito (art. 154.º, n.º 5, al. a) do CPP). Assim, esta decisão de admitir ou impedir a presença dos interessados na perícia não é discricionária, sendo sindicável em sede de recurso quando a decisão seja proferida por juiz ou, sendo tomada pelo MP, por via de recurso hierárquico.

Problemas maiores podem ser colocados quanto à presença das partes civis porquanto o legislador, quanto a estas, nada disse. Pensamos que a posição não pode ser distinta, devendo admitir-se a presença das partes civis na perícia, não havendo qualquer razão para que o lesado ou responsável civil que requereu a perícia e que foi notificado do despacho que a ordenou não possa comparecer no dia designado para a sua realização. Outra posição poderia ferir os princípios constitucionais de igualdade (na vertente de igualdade de armas) e acesso a uma tutela jurisdicional efetiva (por ausência de contraditório e direito a prova)[145].

Neste art. 156.º do CPP, sobre o qual nos estamos a debruçar, o legislador volta a concretizar o princípio da vinculação da perícia ao processo judicial, a que nos referimos no ponto anterior. Vimos que uma das suas dimensões passaria pela limitação da atuação do perito aos quesitos formulados no despacho que ordenou a perícia (arts. 156.º, n.º 1 e 154.º, n.º 1 do CPP);

---

[144] Estes motivos justificativos são convocados por RODRIGUES, Benjamim Silva - Da Prova Penal: *a prova científica - exames, análises ou perícias de DNA? Controlo de velocidade, álcool e substâncias psicotrópicas*, *op. cit.,* p. 584.

[145] Defendemos, assim, que o art. 156.º, n.º 2 é inconstitucional por violação do disposto nos arts. 13.º, 20.º, n.º 1 e 32.º, n.º 5 CRP, na medida em que não admite a presença das partes civis na perícia por si requerida. Esta posição é igualmente defendida por ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, op. cit.,* p. 434.

mas agora pretendemos sobretudo desenvolver uma segunda dimensão desse mesmo princípio. Nesta segunda perspetiva, o legislador estabelece uma limitação à validade extraprocessual da perícia realizada no âmbito de um determinado processo (art. 156.º, n.º 5 do CPP). Isto é, o legislador consagra que o perito está sujeito ao dever de sigilo sobre todos os elementos que tiver conhecimento durante a sua atuação, só podendo utilizá-los dentro do objeto e das finalidades da perícia (art. 156.º, n.º 5 do CPP). Esta limitação de utilização dos elementos que o perito tomou conhecimento ao objeto e às finalidades da perícia "[...] traduz um compreensível e necessário dever de reserva, por um lado, e resulta, por outro, do limitado papel que ao perito cabe no processo penal"[146]. A limitação faz todo o sentido se pensarmos que a intervenção do perito tem uma finalidade específica e se move dentro dos limites da perícia, pelo que todos os conhecimentos que da mesma resultarem apenas poderão reconduzir-se ao caso e à situação em concreto, não valendo para outros processos. Uma opção diferente permitiria que o perito se tornasse "[...] ele próprio, em um meio de prova paralelo à perícia [...]"[147]. A violação deste regime implica a nulidade das provas obtidas, salvo se houver consentimento da pessoa visada (art. 126.º, n.º 3 CPP).

Na disposição que temos vindo a analisar prevê-se ainda a possibilidade de o perito responsável pela realização da perícia ordenada requerer quaisquer diligências ou esclarecimentos que se mostrem necessários para a conclusão da diligência (art. 156.º, n.º 3, 1.ª parte do CPP). Contudo, essa disposição não dá resposta às situações em que é ordenada a prova pericial e o visado se recusa a obedecer à ordem da autoridade judiciária. De facto, o CPP é omisso sobre o procedimento a adotar nestas situações, não permitindo que o mesmo seja compelido a realizar a perícia, diferentemente do que sucede com realização de exames (art. 172.º CPP). A doutrina não assume uma posição unívoca. Por um lado, Pedro Verdelho considera que a autorização do juiz corresponde à permissão para a realização coerciva da perícia e que substitui o consentimento

[146] Cf. SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel - *Código de Processo Penal anotado.* 2ª. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1999. ISBN 972-51-0836-1. V 1, p. 807. De todo o modo, esta limitação verifica-se exclusivamente para as situações nas quais os conhecimentos pressupõem uma relação de causalidade, já que não se verificando uma relação de causa-efeito, tal proibição não existe. Tal limite também pode não se verificar caso o perito seja um funcionário nos termos do art. 386.º do CP que obtenha o conhecimento "no exercício das suas funções e por causa delas", da prática de um outro crime, porque sobre ele recai o dever de denúncia (art. 242.º, n.º 1, a) CPP). Todavia, não estamos certos de que esta posição seja compaginável com o regime art. 156.º, n.º 5 do CPP. Outra ressalta deve ser feita já que no n.º 7 deste art. 156.º do CPP o legislador prevê a possibilidade de, tratando-se de análises de sangue ou de outras células corporais, os exames efetuados e as amostras recolhidas poderem ser utilizados no processo em curso ou em outro já instaurado, desde que destruídos, mediante despacho do juiz, logo que não sejam necessários (quando a decisão esteja transitada em julgado). A violação deste regime implica também a nulidade das provas obtidas, salvo se houver consentimento da pessoa visada (art. 126.º, n.º 3 CPP).

[147] Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, op. cit.,* p. 449.

do visado, tal como sucede com o previsto no regime dos exames. Por outro, Paulo Pinto de Albuquerque discorda desta posição, referindo ser ilegítimo esse raciocínio porque tratando-se essa norma de uma norma de caráter excecional, a mesma não poderá ser analogamente aplicada. Tendemos a concordar com este autor, julgando que a recusa poderá dar lugar à incriminação (art. 348.º, n.º 1, b) do CP) por ser esta a cominação prevista no âmbito no procedimento a adotar nas perícias ordenadas pela autoridade judiciária competente relativamente a quem oculte ou transporte no seu corpo estupefacientes (art. 53.º DL n.º 15/93, de 22.01)[148].

Outro aspeto pertinente a mencionar a respeito do procedimento da prova pericial prende-se com a recente alteração ao regime de acesso ao processo pelo perito. O atual regime, que admite ao perito ampla liberdade de acesso a "quaisquer atos ou documentos do processo" (art. 156.º, n.º 3 do CPP), não tem correspondência com aquele que vigorou até à entrada em vigência desta redação conferida pela Lei n.º 20/2013, de 21.02, prevendo-se até então (apenas) a possibilidade de ao perito serem mostrados quaisquer atos ou documentos do processo. Anuncia-se nesta alteração uma clara intenção de conferir ao perito um mais amplo acesso a todos os elementos do processo. Contudo, a opção não mereceu aceitação por parte dos magistrados. No parecer do SMMP às propostas de alteração do CPP, onde constava esta intenção, foi sublinhado que a decisão de permissão de acesso ao processo deverá ser, sempre e necessariamente, do seu titular e não do perito, sob pena de este ter acesso a dados em segredo de justiça mesmo quando irrelevantes para o objeto da perícia de que ficou encarregado[149].

À diligência podem, em regra, assistir os consultores técnicos designados pelo MP, pelo arguido, pelo assistente ou pelas partes civis, desde que nem a sua designação nem o desempenho da sua função atrase a realização da perícia e o normal andamento do processo (art.

---

[148] Cf. VERDELHO, Pedro - Técnicas no novo CPP: exames, perícias e prova digital. *Revista do CEJ. Revista do CEJ.* Lisboa. ISSN 1645-829X. N 9 (2008). Pp. 145-172, p. 156. O STJ fixou jurisprudência no sentido de os arguidos que se recusarem à prestação de autógrafos, para posterior exame e perícia, ordenados pelo MP em sede de inquérito, depois de expressamente advertidos por aquela autoridade judiciária, incorrerem na prática de um crime de desobediência, previsto e punível pelo artigo 348.º, n.º 1, al. b) do CP - cf. ac. STJ. 21.10.2014. Proc. 14/2014.

[149] Cf. Parecer do SMMP apresentado quanto à Proposta de Lei 77/XII, cuja alteração proposta vingou. Parecer disponível http://www.smmp.pt/wp-content/parecer_smmp_ppl_77_xii_alteracao_do_cpp_julho_2012.pdf [08-08.2021]. Exemplifica-se, no parecer, com o acesso a dados de telecomunicações ou bancários. Apesar de o SMMP reclamar que "Os peritos só devem ter acesso aos dados do processo estritamente necessários à realização da perícia e isso deve ser determinado pela autoridade judiciária que ordena a perícia", não foi esta a posição vencedora, tendo disso aprovada a proposta de alteração. Esta preocupação com o segrego de justiça e o acesso aos autos pelo perito já tinha merecido atenção no Parecer Consultivo da PGR n.º 30/2005 em que se refletia sobre se o acesso e passagem de cópia ou certidão de relatórios de perícias médico-legais a entidades exteriores aos processos. Nesse parecer, a PGR manifestou que "[...] os relatórios de perícias médico-legais encontram-se numa situação de dependência processual relativamente aos procedimentos judiciais para que foram produzidos, estando o acesso de terceiros a essas peças processuais subordinado aos poderes de direcção intraprocessual das autoridades judiciárias competentes". E, por via disso, pronunciou-se no sentido de "[caber] aos magistrados (juízes e magistrados do Ministério Público) titulares dos respectivos processos o poder de decidir dos pedidos de acesso de terceiros aos relatórios de perícias médico-legais, em conformidade com as concretas normas processuais relativas à consulta de autos e obtenção de cópias ou certidões aplicáveis ao tipo de procedimento judicial em causa". Parece que estas preocupações não foram acolhidas.

155.º, n.ºs 1 e 4 do CPP)[150]. Estes consultores são designados na base de uma relação de confiança com a parte que os designa e por essa razão, quando prestam declarações em audiência de julgamento (art. 350.º CPP), não o fazem sob juramento (art. 96.º, n.º 1 *a contrario* do CPP) nem têm remuneração atribuída no processo pelo exercício da função[151]. Apesar de nada ser dito, atendendo à *ratio* da disciplina, deve considerar-se que aos consultores técnicos serão aplicados os mesmos fundamentos de impedimentos, escusas e recusas aplicáveis ao perito.

Muito embora estes consultores sejam designados pela parte que os indica para lhes prestar assessoria, podem contribuir para a construção do ato pericial, uma vez que podem praticar ou sugerir atos que se lhes configurem adequados ou convenientes. De entre as faculdades que lhes são conferidas, destacam-se a possibilidade de assistir à realização da perícia (art. 155.º, n.º 1 do CPP), de propor a realização de diligências e esclarecimentos, bem assim como de formular objeções e observações no decurso da perícia (art. 155.º, n.º 2 do CPP) ou ainda de pedir esclarecimentos sobre o relatório pericial (art. 157.º, n.º 1 do CPP). É claro que quando a designação dos consultores técnicos é feita depois da realização da prova pericial (possibilidade prevista no art. 155.º, n.º 3 do CPP) os consultores assumem sobretudo um papel de crítica relativamente à prova pericial já produzida no processo, uma vez que só se debruçarão sobre o relatório, podendo (apenas) sugerir diligências ou apresentar objeções. Não estando prevista, julgamos que ainda lhes deve ser facultado o acesso a todos os atos ou documentos do processo relativamente aos quais o perito também o tenha porque se lhes fosse vedada tal possibilidade, ficariam impossibilitados de compreender o conteúdo do relatório pericial e da perícia (art. 156.º, n.º 3 do CPP).

1.2.4. RELATÓRIO PERICIAL

Depois de realizada a perícia, o perito procede à elaboração de um relatório pericial, que deve remeter aos autos. Em termos legais não se mostra prevista a estrutura que deve seguir o

[150] O despacho de rejeição ou afastamento é recorrível, sendo sindicável pelo superior hierárquico o despacho do MP que rejeita ou determina o afastamento do consultor. Para Paulo Pinto de Albuquerque a autoridade que ordenou a perícia pode ainda rejeitar o consultor indicado se não tiver, pelo menos, a mesma qualificação e formação técnica do perito ou se tiver sido determinada que a publicidade da diligência pode prejudicar as finalidades do inquérito e pode afastá-lo nos casos em que tenha havido prejuízo para as finalidades da perícia, para a imparcialidade do perito ou perturbação dos trabalhos da perícia e normal andamento do processo – cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, op. cit.,* p. 446.

[151] Uma vez que não prestam qualquer tipo de compromisso ou juramento "o seu posicionamento no acto não deixa de estar intimamente conexionado com o querer e a posição de quem o designa, até para efeitos de responsabilidade pela sua remuneração" - cf. SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel - *Código de Processo Penal anotado, op. cit.,* p. 804.

relatório, impondo-se apenas que o perito deve apresentar "as suas respostas e conclusões devidamente fundamentadas" (art. 157.º, n.º 1, 1.ª parte do CPP).

Sempre que a perícia seja realizada por mais do que um perito e todos eles concordem entre si quanto às respostas e conclusões a constar do relatório pericial, o relatório pode ser apresentado por todos conjuntamente. Quando não haja unanimidade nas repostas aos quesitos ou nas conclusões a apresentar, cada perito apresenta o seu relatório pericial e o mesmo sucede quando a perícia seja de natureza interdisciplinar (art. 157.º, n.º 5 do CPP).

Preferencialmente, o relatório deve ser elaborado e apresentado logo após a realização da perícia e pode ser ditado para o auto (art. 157.º, n.º 2 do CPP). Não sendo possível, a autoridade judiciária estabelece prazo, que não deve exceder sessenta dias, para a sua apresentação, com possibilidade de prorrogação por mais trinta dias nas situações de especial complexidade e a requerimento devidamente fundamentado do perito (art. 157.º, n.º 3 do CPP). Isto sem prejuízo de o relatório poder ser apresentado até à abertura da audiência, se o conhecimento dos resultados da perícia não for indispensável para o juízo sobre a acusação ou sobre a pronúncia (art. 157.º, n.º 4 do CPP). O atraso injustificado pode justificar a substituição do perito (art. 153.º, n.º 3 do CPP), mas o relatório apresentado fora do prazo concedido não é inválido.

O relatório deverá ser notificado aos sujeitos processuais. Ainda que não se mostre prevista esta necessidade, tal omissão não pode ser entendida como uma desnecessidade desse ato, uma vez que não faria sentido notificá-los da realização da perícia e depois ser-lhes vedado o conhecimento do relatório efetuado. Também não faria sentido se o relatório fosse ditado para a ata no momento da realização da perícia e apenas os sujeitos processuais que assistissem à mesma ficassem a tomar conhecimento das conclusões (art. 157.º, n.º 2 do CPP), sendo vedado tal conhecimento aos demais. Por outro lado, tal posição seria manifestamente violadora da possibilidade de as partes poderem requerer esclarecimentos complementares que, sempre se compreenderá, implica o conhecimento do relatório da perícia[152]. Naturalmente que esta notificação não deve realizar-se se houver razões para crer que o conhecimento do relatório possa prejudicar as finalidades do inquérito (art. 154.º, n.º 5, al. a) do CPP).

[152] Com o mesmo entendimento, GASPAR, António da Silva Henriques et al. - *Código de Processo penal comentado, op. cit.,* p. 616. Na jurisprudência, já tomaram igual posição TRP. 25.02.2009. Proc. 0846910 e o TEDH. 11.01.2007. Augusto v. France, que decidiu que a notificação do relatório ao arguido é condição essencial para um julgamento equitativo.

1.2.5. MEIOS DE REAÇÃO

Ordenada a produção de prova pericial, mostra-se prevista a possibilidade de, em qualquer altura, serem pedidos ao perito nomeado esclarecimentos pela autoridade judiciária, pelo arguido, pelo assistente, pelas partes civis e pelos consultores técnicos (arts. 157.º, n.º 1, 2.ª parte do CPP). Apesar de esta possibilidade estar prevista desde a versão original do CPP, na redação que se encontrava em vigor até à alteração introduzida pela L 48/2007, de 29.08, não se admitia a possibilidade de contraditoriedade das respostas e conclusões dos peritos[153].

Será de salientar que este pedido de esclarecimentos se distingue dos esclarecimentos complementares previstos no art. 158.º do CPP, que prevê a possibilidade de a autoridade judiciária determinar, oficiosamente ou a requerimento, quando isso se revelar de interesse para a descoberta da verdade, que o perito seja convocado para prestar esclarecimentos complementares em diligência aprazada para o efeito (n.º 1, alínea a). É que com os esclarecimentos pedidos ao abrigo do art. 157.º, n.º 1 do CPP apenas se pretendem esclarecer simples lapsos materiais ou deficiências que se revelem em insuficiências (p. ex., o perito não respondeu a todos as quesitos), enquanto nos esclarecimentos previstos no artigo seguinte pretende-se um "*esclarecimento tendente à contestação do juízo da perícia*"[154].

Além do pedido de esclarecimentos, o legislador prevê ainda a possibilidade de realização de uma nova perícia ou de renovação da perícia anterior a cargo de outro ou outros peritos, seja a requerimento dos sujeitos processuais ou oficiosamente (art. 158.º, alínea b) do CPP).

Não se mostrando prevista uma qualquer ordem de preferência ou procedência entre estes meios de reação e o pedido de esclarecimentos, parece ser mais adequado que primeiro sejam

---

[153] A redação anterior e original do n.º 1 do art. 157.º do CPP dispunha precisamente que "[f]inda a perícia, os peritos procedem à elaboração de um relatório, no qual mencionam e descrevem as suas respostas e conclusões devidamente fundamentadas e que não podem ser contraditadas". Esta norma era apelidada como "uma das mais enigmáticas" do CPP não só porque vedava expressamente o contraditório das respostas e conclusões do relatório pericial, como pressupunha ainda a prévia existência de quesitos que, à data, como vimos, não eram exigíveis - para uma análise crítica desta disposição, RODRIGO, Santiago - Sobre a prova pericial no Código de Processo penal de 1987. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal.* ISSN 0871-856-3. A 11. N 3 (2001) pp. 379-412, p. 399. Esta redação procurava evitar que no processo de perícias oficiais de verificasse a "batalha de peritos" como sucede nos modelos de perícias contraditórias que merecerão a nossa atenção na parte VI - cf. LATAS, António João - Processo penal e prova pericial. In AAVV - *Psicologia forense.* Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2853-4. Pp. 73-115, p. 102. No regime atual, a crítica já não se mostra pertinente.

[154] Cf. SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel *Código de Processo Penal anotado.* 2ª. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2008. ISBN 972-51-0836-1. V 1, p. 809. Esta posição não é, contudo, unânime, entendendo Santiago Rodrigo que estamos mesmo perante uma duplicação injustificável - cf. RODRIGO, Santiago - Sobre a prova pericial no Código de Processo penal de 1987, *op. cit.,* p. 402. Para o autor, a referência aos "esclarecimentos complementares" previstos no art. 158.º CPP só fará sentido se se partir do pressuposto que no processo penal não se estará limitado à segunda perícia a que se refere o CPC. Assim, apenas não será descartável esta referência se interpretarmos em sentido distinto os esclarecimentos em causa: os esclarecimentos propriamente ditos e atinentes ao relatório pericial e às suas conclusões (art. 157.º, n.º 1 CPP) e os esclarecimentos complementares serão aqueles que se tornem necessários, em função da realização de outra perícia entretanto realizada sobre o mesmo objeto ou sobre objeto conexo.

solicitados os esclarecimentos e quando estes não sejam prestados ou não se mostrem suficientes, possa ser então renovada a perícia ou requerida nova perícia[155].

Também a opção entre a renovação de perícia ou realização de nova perícia se mostra sempre casuística. Ainda que não decorra da lei, a doutrina e a jurisprudência têm contribuído para a distinção das figuras, esclarecendo que a diferença é que a nova perícia será uma perícia sobre o mesmo objeto da perícia anterior, mas visando um aspeto distinto dessa perícia anteriormente realizada e a renovação da perícia ocorre quando se mostre necessário realizar uma segunda perícia sobre o mesmo objeto e aspeto analisados na perícia anterior, mas realizada por outro(s) perito(s)[156]. Deve notar-se que numa e noutra situação o objeto a analisar é o mesmo porque, caso não fosse, não estaríamos a falar de "nova perícia" ou "renovação de perícia", mas de uma diferente perícia. Em todo o caso, porque a nova perícia versará sobre aspetos distintos, não cremos que seja uma verdadeira forma de reação à perícia realizada.

Em qualquer destes casos, i.e., esclarecimentos, renovação de perícia e nova perícia, o pedido deve ser sempre fundamentado, podendo esses pedidos serem rejeitados sempre que não se encontrem devidamente justificados ou tenham sido apresentados com fins meramente dilatórios ou desproporcionados (art. 340.º, n.º 4 do CPP).

1.3. VALOR DA PROVA PERICIAL

Estabelece o legislador, no CPP, a "regra inovadora"[157] de que "o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial se presume subtraído à livre apreciação do julgador" (art. 163.º,

[155] Assim também entende ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, *op. cit.*, p. 438. O autor afasta-se da posição de Maria do Carmo Silva Dias que defende que, apresentando o relatório manifestas deficiências ou contradições evidentes, o juiz deverá, de imediato, ordenar a realização de uma nova perícia ou a renovação de perícia a cargo de perito diferente, sem necessidade de previamente solicitar esclarecimentos adicionais e complementares. De todo o modo, se as deficiências do relatório se traduzirem sobretudo em insuficiências (p. ex., não são apresentadas resposta a todas as questões colocadas), poderá a autoridade judiciária competente notificar o perito para completar o relatório apresentado. O mesmo pode suceder com lapsos de escrita, que podem ser objeto de retificação pelo perito - cf. DIAS, Maria do Carmo Silva - Particularidades da prova em processo penal: algumas questões ligadas à prova pericial. *Revista do CEJ*. Coimbra. ISSN 1414-008X. N 2, 2.º semestre (2015), pp. 169-225, pp. 213 e 217. O STJ já decidiu que a renovação da perícia deve ser ordenada em caso de dúvida da capacidade e competência técnica do perito, o relatório parta de factos incorretos, ou contenha contradições ou o perito possua meios de investigação que possam suplantar os do anterior perito - cf. ac. STJ. 03.03.2010. Proc. 138/02.0PASRQ. I.1.

[156] Apesar de hoje se encontrar expressamente previsto que o perito que teve intervenção na primeira perícia não pode participar na nova perícia ou na sua renovação, não podemos esquecer a discussão doutrinal que pautou esta problemática. Para uns, a nova perícia poderia ser conduzida pelo mesmo perito, mas não o poderia a perícia renovada, já que tal se encontra implícito no sistema de aperfeiçoamento da prova pericial. Para outros, teria sempre que ser feita por diferente perito - sobre esta discussão, SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel - *Código de Processo Penal anotado, op. cit.,* p. 811. No quadro atual não se impõe, como acontecia no CPP de 1929, que o número de peritos a intervir na nova perícia, ou na perícia renovada, seja de três.

[157] Cf. GAMA, António et all - *Comentário Judiciário ao Código de Processo Penal*. 3.ª e. Coimbra: Almedina, 2021. T II, p. 508. Ainda que o valor reforçado tivesse ficado a constar da Exposição dos motivos da Proposta de lei n.º 21/IV, como adiantamos, não logramos obter a justificação para essa alteração de paradigma. Esta ausência de explicações foi já notada pela doutrina. Foi o caso Marques Ferreira que refere ser desconhecida a "«mens legislatoris» no que se refere à caracterização da presunção referida no n.º 1 do art. 163.º" - Cf. FERREIRA, Marques - Meios de prova.

n.º 1 do CPP) e que "sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência" (art. 163.º, n.º 2 do CPP).

Este regime não se mostra consonante com aquele que vigorou ao abrigo do CPP de 1929, que adotou o princípio da livre apreciação da prova para valoração da prova pericial. Contudo, não deixou de seguir aquela que era prática corrente na vigência do Direito antecedente, ainda que sem correspondência legislativa[158]. Aliás, tão forte era a generalização desse entendimento que, como vimos, se previa numa das linhas de orientação estabelecidas na lei de autorização legislativa para elaboração do CPP de 1987 que o novo CPP deveria consagrar "em matéria do valor probatório das perícias, [de] uma regra pela qual se presume subtraído à livre convicção do magistrado o juízo técnico, científico e artístico inerente às perícias, com obrigação de fundamentação de eventual divergência" (alínea 31 do n.º 2 do art. 2.º da L n.º 43/86, de 26.09).

Tal preocupação resultava expressa da exposição dos motivos da Proposta de Lei n.º 21/IV, que antecedeu o CPP de 1987, na qual constava já a redação que viria a ser adotada e mantida inalterada até hoje. Aí se explicava, no atinente ao valor a atribuir à prova pericial: "[e] para que se encontre uma linha de equilíbrio prudente mas coerente entre a livre convicção do julgador e a valia tecnicamente alicerçada nas conclusões periciais, inova-se, ao estabelecer-se que o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se - e não mais - subtraído à livre apreciação do julgador, sem embargo de o magistrado ter de fundamentar necessariamente a sua decisão quando divergir do parecer dos peritos, para que fique claramente motivado o critério que levou à ilisão daquela presunção *tantum iuris*, e a sindicabilidade do acto de aferição da prova seja materialmente exequível"[159].

Esta era a força probatória há muito defendida por Jorge de Figueiredo Dias que, afastando-se da opção legislativa anterior, defendia que "o juízo científico ou parecer propriamente dito só é suscetível de uma crítica igualmente material e científica" e restringia a liberdade de apreciação do juiz aos dados de facto que serviram de base ao juízo científico[160].

In CEJ - *Jornadas de Direito Processual Penal: o Novo Código do Processo Penal.* Coimbra, Almedina, 1997. ISBN 9789724002576. Pp. 219-270, pp. 258 e 259.

[158] Deve, contudo, fazer-se notar que àquela data, se nas perícias de psiquiatria o relatório pericial fosse unânime, o juiz não podia divergir. Com a introdução deste artigo, o juiz poderá divergir mesmo nas situações em que há uma posição unânime entre os peritos. Vejam-se as interpretações desenvolvidas por GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - *Código de processo penal anotado.* 17.ª ed. ver. e atual. Coimbra: Almedina, 2009. ISSN 978-972-40-3777-6, p. 417 e GO NÇALVES, Manuel Lopes Maia - Meios de prova. In CEJ - *Jornadas de Direito processual penal: o novo Código de Processo Penal.* Coimbra: Livraria Almedina,1988. ISBN 972-40-0257-8. Pp. 194-21, p. 210.

[159] Proposta de lei que antecedeu o CPP 1987. Disponível em https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2/04/01/049S1/1986-04-04 [15.02.2022].

[160] Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito processual penal*, *op. cit.,* p. 209. Para o autor "[...] à peritagem há-de por sua própria natureza pertencer [...] um valor probatório diferente do de outros meios de prova (máxima da prova testemunhal), que faça dela, como dizem alguns autores, antes que um mero meio de prova, um verdadeiro auxiliar ou colaborador do juiz". Esta seria uma reivindicação que decorreria de um certo "deslumbramento consequente ao advento da «prova científica», e, entre nós, em particular, com Affonso da Costa", que elevava a perícia à decisão que se impunha ao juiz - posição que "hoje [1974] já ninguém sustenta" - *idem*, p. 208.

Subjacente a esta ideia residia um argumento teórico segundo o qual seria incompreensível que se o legislador previa a necessidade de intervenção de pessoas dotadas de conhecimentos especiais para melhor compreensão dos factos, o julgador não atribuísse relevância especial ao juízo técnico, científico ou artístico apresentado pelo perito que se mostraria necessário à boa decisão da causa[161].

Mesmo sendo uma alteração da força probatória que já conhecia acolhimento na doutrina e na prática judiciária, a redação não mereceu aceitação unânime ou, pelo menos, isenta de críticas. Na doutrina discutiu-se se o vertido no n.º 1 do art. 163.º do CPP configuraria uma verdadeira presunção e se essa mesma disposição poderia equacionar-se como um retorno ao sistema de prova legal.

Sobre a natureza de presunção, Germano Marques da Silva referia não se tratar de "[...] uma verdadeira presunção, no sentido de *ilação que a lei tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido* [...]" uma vez que "[...] o que a lei verdadeiramente dispõe é que salvo com fundamento numa crítica material da mesma natureza, isto é, científica, técnica ou artística, o relatório pericial se impõe ao julgador"[162].

Também Marques Ferreira viria a apresentar algumas reservas sobre o alcance do preceito, referindo entender que a presunção, sendo verdadeiramente presunção, seria uma presunção "«NATURAL»" que, por isso, cederia perante contraprova e como tal seria "[...] *prova legal bastante* e não plena [...]"[163]. No mesmo sentido tem decidido a jurisprudência, que a qualifica como uma "presunção *juris tantum* de validade do parecer técnico do perito"[164], em razão da qual,

---

[161] Assim foi explicado por SILVA, Germano Marques da - *Curso de Processo Penal.* 4.ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 2008. ISBN: 9789722230438. V II, p. 218. Compreendia o autor, apesar de tudo, a opção anteriormente vigente porquanto "«[...] nem todos os "juízos periciais" eram efectuados por peritos especializados, ou seja, por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos». Para a doutrina, a opção tomada no CPP insere-se num movimento legislativo com tendência para atribuir crescente importância à perícia e surge como "meio caminho" entre o princípio geral de livre apreciação da prova pericial pelo legislador, conforme consagrado no CC, e a vinculação estrita do juiz à perícia efetuada o âmbito da LSM, que viria a ser promulgada em 1988, e nos termos do qual se estabelece que "o juízo técnico-científico inerente à avaliação clínico-psiquiátrica está subtraído à livre apreciação do juiz" (art. 17.º, n.º 5). É também o caso de ALBERGARIA, Pedro Soares de - Aspectos judiciários da problemática da inimputabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra. V 14, N 3 (2004). Pp. 381-396, p. 383.

[162] Cf. SILVA, Germano Marques da - *Curso de Processo Penal, op. cit.,* p. 218. No mesmo sentido, Rodrigo Santiago refere que o recurso ao vocábulo "presume-se" não terá sido usado em termos técnico-jurídicos - RODRIGO, Santiago - Sobre a prova pericial no Código de Processo Penal de 1987, *op. cit.*, p. 407.

[163] O autor explicou que assim entendia por se prever a possibilidade de existir opinião vencida e não fazer sentido que, pelo menos quando a esta houvesse lugar, se impusesse ao tribunal "[...] um juízo científico com valor probatório pleno - cedendo apenas perante prova do contrário tratando-se de presunção "*iuris tantum*" - quando os próprios peritos manifestassem discordância na emissão do seu parecer" - cf. FERREIRA, Marques - Meios de prova, *op. cit.,* pp. 258 e 259. Assim também a qualificam GASPAR, António da Silva Henriques et al. - *Código de Processo penal comentado, op. cit.,* p. 633.

[164] Cf. ac. STJ. 11.07.2007. Proc. 07P1416. Não é entendimento inovador, como vimos, e segue os esclarecimentos contantes da Proposta de Lei, na qual se propunha a redação que viria a constar do CPP de 1987 e que permanece inalterada.

completa a doutrina, as divergências do julgador para se afastar do juízo técnico, científico ou artístico não têm que ter natureza de contraprova nos termos art. 346.º do CC[165].

Atualmente é amplamente aceite a possibilidade de divergência do juízo científico se alargar para lá dos casos de erro inequívocos ou para lá dos dados de facto que lhe serviram de base, estendendo-se a um conjunto de motivos ou fundamentos legitimadores da divergência do julgador para com o juízo contido no parecer dos peritos, para além da crítica material e científica ao juízo técnico-científico[166].

A assim ser, e parece ser esse o entendimento largamente maioritário, julgamos ter adiantado resposta à discussão sobre o eventual retrocesso ao sistema de prova legal protagonizado por este preceito. É que a aceitar-se que o julgador se pode afastar do juízo técnico, científico ou artístico sem necessidade de contraprova, então não julgamos ser defensável que o legislador tivesse estabelecido um retorno à prova legal.

Esta nossa posição não se mostra - nem se mostrou - uníssona. De facto, pouco após a promulgação do CPP notámos quem defendesse que o art. 163.º do CPP estabelecia uma "[...] presunção de não aplicação da regra da livre apreciação das provas, no que à prova pericial respeita, sendo ela, por ficção legal, aferida segundo o sistema da prova tarifada ou legal"[167] e mesmo mais recentemente, na análise jurisprudencial que realizamos, localizamos vários acórdãos em que expressamente se afirma tratar-se esta de uma prova legal ou tarifada "[...] traduzida na obrigação de atacar o juízo técnico, científico ou artístico, subtraída à livre apreciação do julgador, radicada na certeza e segurança das decisões, consagração da experiência comum, facilidade e celeridade, das decisões [...]"[168].

Todavia, não cremos ser essa a posição dominante. Procurando afastar as inevitáveis críticas que poderiam ser suscitadas por configurar um regresso ao modelo de prova legal, a doutrina apressou-se a esclarecer que "[o] valor probatório especial da perícia não significa que estejamos perante um novo regime de prova legal, obrigando o juiz a submeter-se ao *ipse dixit* dos peritos [...]", apenas impondo um exercício racional da sua apreciação e que "[...] a adesão ou

---

[165] Cf. SILVA, Germano Marques da - *Curso de Processo Penal, op. cit.,* p. 199.

[166] Neste mesmo sentido, GAMA, António et all - *Comentário Judiciário ao Código de Processo penal*, *op. cit.,* p. 509. Apesar disso, as dificuldades na aplicação deste entendimento são inúmeras e complexas, como veremos na secção 1.3 do capítulo 1 e capítulo 2 da parte IV.

[167] Cf. BARREIROS, José António - Do juiz como perito dos peritos ao perito como juiz dos juízes: a perícia no novo Código de processo penal. In CEJ - *Cadernos do CEJ: Criminalidade e cultura.* Lisboa: CEJ, 1992. ISBN 972-9122-11-3. V II, N 1/91. Pp. 51-57, p. 56 e GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - *Código de processo penal anotado, op. cit.,* p. 323 refere estas exceções se integram no princípio da prova legal ou tarifada, que é usualmente baseado na segurança e certeza das decisões, consagração de regras de experiência comum e facilidade e celeridade das decisões.

[168] Cf. acs. STJ. 11.02.2004. Proc. 250/04.03; STJ. 5.06.1993. Proc. 044111 e ainda STJ. 08.10.2008. Proc. 08P2844.

discordância relativamente ao resultado da perícia não pode senão assentar no mesmo método"[169]. Seguindo este entendimento manifestaram-se também Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques. Para os autores não foi esquecido o princípio da livre apreciação da prova, porque pode o juiz divergir do entendimento contido no relatório, apenas se impondo que fundamente a sua divergência "[...] em homenagem ao peso que o juízo oriundo da peritagem apresenta, por ter origem em entidade devidamente qualificada"[170]. Também Rodrigo Santiago fez notar que apesar de o julgador se encontrar «"amarrado"» ao juízo pericial, é da opinião que esta regra "[...] não constitui uma tão funda excepção ao princípio da livre convicção probatória como é comum considerar-se, embora não possamos deixar de reconhecer que as coisas não podem entender-se exactamente no mesmo pé: trata-se, pois, *de iure constituto,* de mera diferença de quantidade"[171]. Nesse mesmo sentido, ainda que com uma certa inovação na forma de exposição do valor probatório, a jurisprudência já se referiu à disposição como contendo uma "regra qualificada da livre apreciação probatória" e não propriamente limitação à livre apreciação da prova[172].

Como adiantamos, entendemos ser esta a posição mais acertada porque mais consentânea com o preceito em análise. E assim é porque muito embora o legislador tenha pré-fixado a valoração da prova pericial não deixa de conviver com o princípio da livre apreciação da prova. Nessa medida, podemos até equacionar que o preceito não estabelece uma rígida exceção à livre apreciação da prova, mas antes uma "[...] regra de apreciação qualificada por argumento na mesma área de saber técnico, científico ou artístico"[173].

Mas se esta solução resolve uma questão, suscita outras. Uma primeira e mais imediata, relativa à legitimação da autoridade epistémica do juiz em matéria científica e à discussão da tecnicidade e cientificidade dos conhecimentos empregues pelos peritos. Uma segunda, e não mais simples, relacionada com a natureza desses juízos que poderão permitir o afastamento do juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial.

---

[169] Cf. SILVA, Germano Marques da - *Curso de Processo Penal, op. cit.,* p. 219.

[170] Cf. SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel, SANTOS; João Simas - *Noções de processo penal*. 2.ª ed. Lisboa: Letras e Conceitos, 2011. ISBN 978-989-8305-10-7, p. 829. Para os autores, o relatório não tem um valor probatório pleno, mas "*presuntivamente pleno" - idem,* p. 1074. Na nova edição da obra, publicada em 2020 já não constam estas afirmações.

[171] Cf. SANTIAGO, Rodrigo - Sobre a prova pericial no código de processo penal de 1987, *op. cit.,* p. 407.

[172] Sugere-se a leitura dos acs. TRE. 05.02.2013. Proc. 529/08.2TAPTG.E1 e do mesmo TRE 02.05.2017. Proc. 208/14.1ECLSB.E1; 13.05.2014. Proc. 200/11.8GTEVR.E1. Em síntese, neles se refere que se mantém válido e aplicável o princípio da livre apreciação da prova, com possibilidade de o juiz se afastar do juízo técnico-científico preferindo outros meios de prova produzidos desde que fundamenta racionalmente essa sua decisão.

[173] Cf. ac. TRE. 13.05.2014. Proc. 200/11.8GTEVR.E1.

A primeira remete-nos para o paradoxo da dependência epistémica do juiz quando é ele quem tem que valorar adequadamente o juízo científico. Ponto assente está, relativamente a esta questão, que o legislador manteve em exclusivo a função jurisdicional atribuída ao juiz, assim assegurando a todos os cidadãos que o caso julgado seja realizado por uma entidade imparcial e independentemente, mediante participação de todos os sujeitos processuais na construção da decisão, de maneira permitir processo justo e equitativo.

A segunda remete-nos para a forma encontrada para resolver os riscos decorrentes dessa dependência. Efetivamente essa opção não foi suficiente esclarecedora sobre o tipo de divergência que pode ser suscitada para afastar o juízo técnico, científico e artístico, subtraído à livre apreciação. Não estando previstos quais os instrumentos legitimadores da divergência (p. ex., falta de coerência discursiva do juízo pericial, ausência de fundamentação da sua cientificidade, regras de experiência, conhecimentos científicos), tem sido a doutrina a suprir esta falta de concretização. Porque maiores desenvolvimentos imbricam já na análise da casuística judiciária, aqui voltaremos na parte IV.

2. PROVA PERICIAL NO CPC

O CPC vigente, aprovado pela L n.º 41/2013, de 26.06, que substituiu o anterior CPC que estava em vigor desde 1961 (aprovado pelo DL n.º 44 129, de 28.12), conhece hoje a sua 14.ª versão. Conforme dissemos a propósito do CPP, não faremos uma revisão das alterações ocorridas, centrando a nossa atenção no bloco que estabelece o regime da prova pericial tal como se encontra na versão em vigor à data da investigação, e apenas quando necessário traremos um apontamento retrospetivo para melhor compreendermos as opções legislativas.

Neste momento, contudo, importa destacar que de entre as inúmeras alterações e as reformas significativas àquele CPC de 1961[174], assume especial importância para a nossa investigação a reforma de 1995/1966 (operada pelos DL n.ºs 39/95, de 15.02, 329-A/95, de 12.12 e 180/96, de 25.09) porque foi precisamente com ela que o procedimento da prova pericial conheceu uma importante simplificação e adequação às "[...] sentidas necessidades de modernização e eficácia [...]"[175].

Apresentado este enquadramento preliminar, passemos então a analisar o atual regime.

2.1. ADMISSIBILIDADE

Nos processos de natureza civil a prova pericial "tem por fim a percepção ou apreciação de factos por meio de peritos, quando sejam necessários conhecimentos especiais que os julgadores não possuem, ou quando os factos, relativos a pessoas, não devam ser objecto de inspecção judicial" (art. 388.º do CC). Esta redação foi consagrada no CC de 1966, que acolheu as inúmeras críticas apresentadas na doutrina em face da anterior limitação da prova pericial à perceção dos

[174] Para uma visão global dessas reformas, pode ler-se MENDES, Armindo Ribeiro - As sucessivas reformas do processo civil português. *Julgar*. Coimbra. ISBN 9781646685400. N 16 (2012). Pp. 79-97.

[175] Cf. preâmbulo do DL 329-A/95, de 12.12. Nessa revisão foram eliminadas distinções legais tidas por desnecessárias e formalidades procedimentais injustificadas, aproximando-se, em determinados aspetos, ao regime já vigente no processo penal. De entre as diferentes medidas de simplificação, destacam-se a redução a uma só das diferentes modalidades de prova pericial (que até à revisão da lei civil em 1967 operada pelo DL n.º 47690, de 11.05, designava por "arbitramento"); a instituição, como regra, do recurso a um único perito, de nomeação judicial, sem prejuízo de perícia colegial, por iniciativa do juiz ou a requerimento das partes em casos de especial complexidade; a preferência pela realização de pericial oficial e não por peritos selecionados pelo juiz e/ou pelas partes; a alteração do procedimento de determinação do objeto da perícia e da nomeação dos peritos, deixando de ser necessária a deslocação das partes ao tribunal; dispensou-se igualmente a diligência de apresentação de respostas orais aos quesitos, substituindo-se tal ato pela apresentação de um relatório; previu-se, também, que o modo normal de apresentação do resultado da perícia revestisse o carácter de relatório escrito - a complementar, eventualmente, pela mesma forma, se houvesse reclamações ou necessidade de responder a esclarecimentos - e que uma segunda perícia, que teria, em regra, estrutura colegial, se fosse requerida pelas partes, só teria lugar sob indicação de motivos concretos de discordância em relação aos resultados da primeira; e ainda, relativamente ao dever de comparência na audiência final, estabelece-se que os peritos nela deveriam comparecer se alguma das partes o requeresse. De referir que também assumem importância as alterações verificadas em termos de organização do CPC em matéria de prova pericial, sendo reordenadas as respetivas normas, que passaram a ser divididas em quatro subsecções (designação dos peritos, proposição e objeto da prova pericial, realização da perícia, segunda perícia), divisão que ainda hoje se mantém. A última alteração surgiu com o DL n.º 180/96, de 25.09, enquanto todas as demais se mostravam previstas no DL n.º 329-A/95, de 12.12. Sem nos alongar sobre as preocupações que estiveram subjacentes a esta reforma, e sem sequer entrar na discussão que se gerou, na altura, sobre a justificação e/ou necessidade de criar um novo CPC, em vez de se proceder à mera revisão, podem ler-se, a título exemplificativo, FREITAS, José Lebre de - Os princípios gerais nas linhas orientadoras da nova legislação processual civil. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. ISSN 0970-8118. A 55, I (1995). Pp. 6-18; MENDES, Armindo Ribeiro; SOUSA, Miguel Teixeira de - Apreciação de alguns aspectos da «Revisão do Processo Civil - Projecto». *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. ISSN 0970-8118. A 55, II (1995). Pp. 353-416.

De resto, essas mesmas preocupações estiveram também na base das últimas alterações ao atual quadro em vigor. Com efeito, o regime instituído na reforma do CPC de 1995/1996 foi mantido com a reforma do CPC operada em 2013, que preservou praticamente inalterado o procedimento até então vigente, tendo procedido apenas a duas alterações. A primeira relacionada com o facto de o legislador ter determinado que, nas ações de valor não superior a metade da alçada da Relação, a perícia seja realizada por um único perito, não sendo admissível a realização de perícia colegial nesses casos. A outra prende-se com a realização da segunda perícia, a qual, no anterior regime seria, em regra, colegial, excedendo o número de peritos em dois o da primeira, cabendo ao juiz nomear apenas um deles, mas que, por força da entrava em vigor do CPC de 2013, será apenas colegial se a primeira o tiver sido e terá o mesmo número de peritos daquela.

factos (como se depreendia do art. 581.º, n.º 2 do art. 581.º do CPC de 1939 e do art. 577.º, n.º 2 do CPP de 1961)[176].

Assim, em matéria cível, o legislador apenas releva a necessidade de produção da prova pericial às situações em que o juiz não possua os conhecimentos especiais que se mostrem necessários para perceção e apreciação da causa que lhe é colocada a decidir. Muito apesar da satisfação manifestada pela doutrina e da ausência de discussão doutrinal e jurisprudencial, julgamos que alguns apontamentos críticos sejam pertinentes. Voltaremos a este aspeto na parte V, quando desenvolvermos a análise crítica ao regime à luz das preocupações epistémicas.

Para já, é de sublinhar que o legislador prevê a possibilidade de a perícia ser ordenada oficiosamente pelo juiz ou requerida por qualquer das partes (art. 467.º, n.º 1 do CPC), mas não exige que o despacho que (não) ordena a sua produção seja fundamentado.

2.2. PRODUÇÃO

2.2.1. QUEM REALIZA A PERÍCIA

No CPC encontramos dois regimes distintos para nomeação do perito que variam consoante a natureza das perícias.

O legislador distingue, desde logo, regras específicas para nomeação do perito no caso das perícias médico-legais, que seguem as regras que já adiantamos no CPP (art. 467.º, n.º 3 do CPC e Lei n.º 45/2009, de 13.02) por comparação com as demais perícias em geral. Nestas últimas, as regras de nomeação de perito mostram-se igualmente complexas:

- estas perícias são, preferencialmente, requisitadas pelo tribunal a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado ou por entidade por este contratada desde que não tenha qualquer interesse em relação ao objeto da causa nem ligação com as partes (art. 467.º, n.º 1, 2.ª parte e n.º 4 do CPC)[177]

[176] Em qualquer caso, para justificar a afirmação apresentada sobre a saudação a esta redação, sugerimos a leitura de, entre outros, BRITO, Mário de - *Código Civil Anotado*. [S.l. s.n], 1967, p. 528 e REIS, Alberto dos Reis - *Código de Processo civil anotado.* Coimbra: Coimbra Editora, 1981. V IV, p. 174.

[177] O n.º 4 do art. 467.º do CPC que admite a realização das perícias por entidade contratada pelo estabelecimento, laboratório ou serviço local foi introduzido pelo DL n.º 183/2000, de 10.08. Como condição, prevê-se que essa "entidade terceira" não tenha qualquer interesse em relação ao objeto da causa nem ligação com as partes. O legislador justificou a adoção desta medida como forma de combater a morosidade processual. Como medidas de agilizar o processo, especificamente no que diz respeito à produção de prova pericial, neste diploma consagrou-se ainda que a audição e o depoimento de peritos ou consultores técnicos passaria a ser feita por teleconferência, a partir do seu local de trabalho, desonerando-os da deslocação aos tribunais de outra circunscrição judicial.

- quando tal não seja possível ou conveniente devem ser realizadas por um único perito, nomeado pelo juiz de entre pessoas de reconhecida idoneidade e competência na matéria em causa (art. 467.º, n.º 1, 2.º parte do CPC); neste caso as partes são ouvidas sobre a nomeação do perito, podendo sugerir quem deve realizar a diligência e, havendo acordo entre estas sobre a identidade do perito a designar, deve o juiz nomeá-lo, salvo se fundadamente tiver razões para pôr em causa a sua idoneidade ou competência (art. 467º, n.º 2 do CPC)[178]

A regra, tanto quanto às perícias médico-legais quanto às demais, é a de que devem ser realizadas por um único perito (art. 21.º, n.º 4, 1.ª parte da L 45/2004, de 19.08 e art. 468.º, n.º 1 *a contrario* do CPC). Como já dissemos, esta preferência pela perícia singular foi apenas manifestada na reforma de 1995/1996 ao CPC de 1961 porquanto, até então, as perícias eram, por regra, colegiais[179]. Este regime pode, contudo, ser afastado e a perícia pode ser realizada em moldes colegiais ou interdisciplinares: nas perícias médico-legais quando o juiz, na falta de alternativa, o determine de forma fundamentada (art. 21.º, n.º 4, parte final da L 45/2004, de 19.08) e nas demais perícias, desde que realizadas nas ações de valor superior a metade da alçada da Relação[180] quando o juiz oficiosamente o determine, por entender que a perícia reveste especial complexidade ou exige conhecimento de matérias distintas (art. 468.º, n.º 1, al. a) do CPC) ou quando alguma das partes, no requerimento em que requer a produção de prova pericial, assim o requeira (art. 468.º, n.º 1, al. b) do CPC). Nestas situações, o legislador consagrou um

[178] Deve notar-se que por esta regra é afastada quando se mostre previsto um regime específico para nomeação de peritos. O caso paradigmático é o da nomeação dos peritos avaliadores, no âmbito dos processos de expropriações, pois que nestes processos as funções periciais só podem ser exercidas por quem integre a lista oficial (arts. 10.º, n.º 4, 20.º, n.º 6, 45.º e 62.º da L 168/99, de 18.09). No caso das expropriações por utilidade pública também se nota outra particularidade quanto aos moldes em que se realiza a prova pericial, uma vez que as avaliações são efetuadas por cinco peritos, devendo cada parte designar um deles e os restantes três são designados pelo tribunal de entre os que constam da lista oficial de peritos avaliadores (art. 62.º do mesmo diploma). A lista encontra-se organizada nos termos do disposto do art. 2.º, n.º 7 do DL n.º 125/2002, de 10.05.

[179] Esta alteração surge na sequência da proposta apresentada pela Comissão Varela (art. 450.º do Projeto) e este regime que seria excecional até então, passou a configurar o regime regra. De acordo com o regime anterior dava-se preferência ao(s) perito(s) que fosse(m) por acordo designado(s) pelas partes, que poderia(m) ser um ou três, e, na falta de acordo, admitia-se que cada parte escolhesse um perito e o tribunal nomeasse um terceiro (art. 582.º do CPC de 1961). Desapareceu, no entanto, nessa mesma revisão a preferência que se mantinha desde a versão originária do CPC de 1961 (art. 582, n.º 6) e na sua revisão em 1967 (art. 578.º, n.º 2) pela nomeação judicial de um funcionário especializado e que resultava já do CPC de 1939 (art. 586, § 2.º). A regra era a da designação de dia para nomeação de peritos, numa audiência formal, a não ser que as partes até ao dia designado, por requerimento escrito, assinado por ambas, indicassem o(s) perito(s), nomeado(s) por acordo, considerando-se feita a nomeação. Na falta de acordo, as partes teriam que se deslocar ao tribunal (art. 582.º, n.º 5, 2ªa parte do CPC de 1961). A justificação deste regime prendia-se com a necessidade de arguição imediata de impedimento ou recusa (arts. 588.º, n.º 1 e 589.º, n.º 1 do CPC de 1961), mas tanto os impedimentos como os pedidos de recusa poderiam ser apresentados, em determinadas situações, após o ato de nomeação (arts. 584.º, n.º 4 e 586.º do CPC de 1961). Já em 1989 os advogados, no âmbito da discussão pública sobre o anteprojeto do CPC publicado no verão de 1988 pugnavam pela flexibilização do ato de nomeação dos peritos e propunham uma aproximação do regime legal àquele que era praticado nas lides dos tribunais, "[...] nem sempre escrupulosamente cumpridora do formalismo legal [...]" e pela admissão de nomeação escrita unilateral do perito da parte, evitando-se uma deslocação inútil ao tribunal, tanto mais que os obstáculos à nomeação dos peritos não eram frequentes e poderiam ser alegados posteriormente ao ato de nomeação. Esta proposta surge descrita por MENDES, Armindo Ribeiro; FREITAS, José Lebre de - Parecer da Comissão de legislação da Ordem dos Advogados sobre o Anteprojecto de Código de Processo Civil. *Revista da Ordem dos Advogados.* Lisboa. ISSN 0970-8118. A 49, II (1989). Pp. 613-666, p. 652.

[180] O n.º 5 do art. 468.º do CPC que expressamente limita a possibilidade de as perícias serem realizadas em moldes colegiais ou multidisciplinares às ações de valor superior a metade da alçada da Relação foi introduzido na reforma do CPC de 2013 e segue a proposta de alteração à Proposta 113/XII de reforma dos grupos parlamentares do PSD e CDS/PP (apresentada a 21.03.2013).

regime distinto para a nomeação dos peritos consoante a parte que tem a iniciativa de requerer a colegialidade ou interdisciplinaridade da perícia: se a perícia colegial ou interdisciplinar é determinada oficiosamente pelo juiz, é sobre este que recai o dever de nomear os peritos, ainda que deva ouvir as partes sobre quem deve ser designado para exercer tais funções (art. 467.º, n.º 2 do CPC); mas se a perícia colegial ou interdisciplinar for requerida pelas partes e se elas acordarem na nomeação dos peritos, devem os mesmos serem designados pelo tribunal, salvo se houver razões para duvidar da respetiva idoneidade ou competência (art. 468.º, n.º 2, 1.ª parte do CPC); já se as partes não acordarem nos peritos a nomear, cada uma escolhe um dos peritos e o juiz nomeia um terceiro (art. 468.º, n.º 2 do CPC) e se houver mais de um autor ou mais de um réu e ocorrer divergência entre eles na escolha do respetivo perito, prevalece a designação da maioria ou, não chegando a formar-se maioria, a nomeação devolve-se ao juiz (art. 448.º, n.º 4 do CPC)[181].

Sem prejuízo do que se disse, é de sublinhar que a perícia colegial a que alude o art. 468.º do CPC apenas é possível nos casos em que a perícia não deva ser requisitada a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial, já que, sendo este o caso, o tribunal limita-se a requisitar a sua realização sem qualquer interferência no que diz respeito ao(s) concreto(s) perito(s) que a vai(vão) realizar e que, naturalmente, será(ão) designado(s) de acordo com as regras legais ou regulamentares do estabelecimento, laboratório ou serviço a quem a perícia foi requisitada.

[181] No conjunto destas disposições não se prevê a consequência para quando as partes, mesmo notificadas para o efeito, não indiquem nenhum perito. Esta situação merecia previsão expressa na reforma de 1995/1996 ao CPC, aí se determinando que caberia ao juiz nomear o perito da parte que não designasse o respetivo perito (art. 569.º). Com a eliminação desta norma, ainda hoje se questiona se o juiz se poderá substituir à parte faltosa e nomear o perito caso este não seja nomeado pela parte. A solução parece variar consoante seja a parte em falta: se nenhuma das partes indicar o perito, não se levantam quaisquer problemas, porque a perícia deixa de ser colegial, passando a singular e a nomeação do perito recai exclusivamente sobre o juiz, a menos que este oficiosamente ordene a realização de perícia colegial (art. 468.º CPC); o mesmo regime ocorrerá quando a parte que não indica o perito é a parte que requereu a realização da prova pericial, porque nesta situação a diligência deverá ficar sem efeito, sendo a perícia realizada por um único perito, salvo se o juiz oficiosamente determinar a realização de perícia colegial, suprindo ele o ónus da parte e nomeando ele o perito que a parte renunciou a indicar, mediante a aplicação analógica dos arts. 472.º e 468.º, n.º 4 *in fine* do CPC (esta solução é defendida por REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes - *Comentários ao Código de Processo Civil.* Coimbra: Livraria Almedina, 2004. ISBN 9724021726. V 1, e mereceu já acolhimento na nossa jurisprudência no ac. TRP. 22.02.2011. Proc. 392/10.3TBPVZ-A.P1). Mas se apenas uma das partes não designar perito, tanto se poderá defender que deve a mesma ficar sem perito, como, por analogia da situação prevista no n.º 4, se compreende ser defensável que o juiz possa nomear o perito da parte faltosa. Na primeira solução, podemos sempre ser levados a questionar se não se criará alguma desigualdade entre as partes, mas em resposta será de referir que se compreende que o regime de preclusão previsto quanto à matéria da perícia se possa aplicar quanto à designação dos peritos. Assim, caso uma das partes, notificada para indicar perito, não o faça, pode admitir-se que juiz não deve substituir-se e designar perito em sua substituição, até porque o perito designado pelo tribunal e pela parte são realidades diferentes, que não se aproximarão com a substituição das partes pelo juiz na designação do perito. Em sentido contrário, poderá ser defendido que se for requerida perícia colegial e a parte contrária, quando ouvida sobre o objeto proposto, não indicar o seu perito, o tribunal procede não só à nomeação do seu perito, como do perito da parte faltosa, assegurando a colegialidade com um número ímpar de peritos. Defendendo a primeira posição, encontramos FREITAS, José Lebre de; MACHADO, A. Montalvão; PINTO, Rui - *Código de Processo Civil Anotado.* 2.ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2008. ISBN 978-972-32-1616-5. V 2, p. 526 e, seguindo a segunda posição, NETO, Abílio - *Novo Código de Processo Civil anotado.* 2ª ed. rev. at. ampl. Lisboa: EDIFORUM, 2014. ISBN 978-989-8438-10-2, p. 538. Resta apenas sublinhar que esta é uma situação diferente daquela em que as partes, por não se sentirem capazes de designar perito, ou por encontrarem algumas dificuldades nessa designação, peçam ao tribunal que nomeie dois peritos, em vez de um.

Enquanto o despacho proferido nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 468.º do CPC é proferido no uso legal de um poder discricionário e, como tal, não é passível de recurso (art. 630.º, n.º 1 do CPC), já quando for requerida a perícia colegial ou interdisciplinar por alguma das partes o juiz não pode ordenar realização de prova pericial por um único perito, porquanto, nos termos da lei, a sua vontade não se pode sobrepor à das partes[182].

Os formalismos anteriormente impostos quanto à apresentação de um requerimento comum sobre a nomeação dos peritos ou manifestação de vontades concordantes na diligência de nomeação (arts. 585.º do CPC de 1939, 582.º CPC de 1961 e 577.º da revisão de 1967) foram, por força das necessidades de agilização processual, praticamente eliminados. De facto, a diligência formal de nomeação de peritos deixou de ter lugar, não sendo as partes convocadas para uma reunião com o juiz para nomeação de peritos, passando a mesma a ser feita pela parte, no seu requerimento probatório ou no de pronúncia da parte contrária sobre o objeto da perícia. Também a nomeação do terceiro perito pelo tribunal sofreu uma inversão da ordem, porquanto a regra que vigorava até à revisão de 1995/1996 era a de que o juiz seria o primeiro a nomear perito para que as partes não pudessem nomear perito de categoria superior à do perito nomeado pelo tribunal (arts. 582.º, n.º 6 do CPC originário, art. 586.º, § 2.º do CPC de 1939, equivalente ao art. 582.º, n.º 6 do CPC de 1961 e art. 578.º, n.º 2 da revisão de 1967). Atualmente, a regra é a de que os atos de nomeação do(s) perito(s) e determinação do objeto da diligência têm lugar na audiência prévia (art. 591.º CPC) mas muitas vezes sucede, na prática, que o ato de nomeação seja feito por despacho escrito, e não verbalmente.

Depois de nomeado, em princípio, o cumprimento da função de perito é obrigatório, pelo que as pessoas designadas terão que aceitar o exercício do cargo, que devem desempenhar "com diligência" (art. 469, n.º 1, 1.ª parte do CPC). Só assim não será se, no caso concreto, se verificar alguma circunstância que figure uma situação de impedimento ou suspeição ou se a pessoa nomeada estiver dispensada legalmente do exercício dessa função ou pedir escusa. Relativamente às duas primeiras situações, o legislador aplica aos peritos o regime de impedimentos e suspeições que vigora para os juízes (art. 470.º, n.º 1 do CPC) e por sua vez também se encontram legalmente previstas as situações em que os peritos, não se podendo declarar voluntariamente

[182] Assim foi decidido no ac. TRG. 10.07.2002. Proc. 343/01. Diferentemente do despacho referido na alínea a), este despacho já será suscetível de recurso.

suspeitos, podem pedir para serem dispensados de intervir na causa (arts. 119.º, n.º 1 e 120.º do CPC)[183].

As causas de impedimento, suspeição e dispensa legal do exercício da função de perito podem ser alegadas pelas partes e pelo próprio perito designado, consoante as circunstâncias, dentro do prazo de dez dias a contar do conhecimento da nomeação ou, sendo superveniente o conhecimento da causa, nos dez dias subsequentes e podem ser oficiosamente conhecidas até à realização da diligência (art. 471.º, n.º 1 do CPC). Já as escusas são requeridas pelo próprio perito, no prazo de cinco dias a contar do conhecimento da nomeação (art. 471.º, n.º 2 do CPC)[184]. Tal como sucede no CPP, das decisões proferidas pelo juiz sobre impedimentos, suspeições ou escusas não cabe recurso (art. 471.º, n.º 3 do CPC).

A violação do dever de cooperar de forma diligente com o tribunal poderá originar a aplicação de dois tipos de sanções processuais, que podem ser cumulativas: a condenação em multa, nos termos gerais (art. 469, n.º 1, 2.ª parte do CPC) e, nos casos mais graves, em que a atuação do perito possa colocar em causa ou comprometer as finalidades da diligência, ou a apresentação tempestiva do relatório pericial, pode ser o perito destituído das funções em que foi investido (art. 469.º, n.º 2 do CPC). Paralelamente, poderá ainda haver lugar a responsabilidade criminal pelos crimes de desobediência (arts. 348.º do CP) e recusa de cooperação (art. 381.º do CP).

Quando houver lugar à nomeação de novo perito, em consequência do reconhecimento dos obstáculos previstos no artigo anterior, da remoção do perito inicialmente designado ou da

---

[183] Estão ainda dispensados de exercer a função de perito os titulares dos órgãos de soberania ou dos órgãos equivalentes das Regiões Autónomas, bem como aqueles que, por lei, lhes estejam equiparados, os magistrados do Ministério Público em efetividade de funções e os agentes diplomáticos de países estrangeiros (art. 470.º, n.º 2 do CPC) e podem pedir escusa da intervenção como peritos todos aqueles a quem seja inexigível o desempenho da tarefa, atentos os motivos pessoais invocados (art. 470.º, n.º 3 do CPC). A cláusula genérica de escusa prevista no n.º 3 fica na exclusiva disponibilidade do perito, o qual pode invocar razões de ordem pessoal (p. ex. falta de tempo, condições de saúde, especial esforço, etc) que tornem o exercício da função inexigível. No CPC 1939 e 1961 previa-se expressamente a possibilidade de escusa para aqueles que "não [possuíam] a idoneidade necessária, quando o arbitramento exigir conhecimentos especiais". Deixou de estar expressamente prevista esta situação. Manifestamos já o nosso descontentamento quanto a esta omissão, também verificada no CPP.

[184] Citamos o regime previsto no art. 471.º do CPC. *A priori* parece que o legislador equiparou as causas de impedimento, suspeição e dispensa quanto à legitimidade para a invocar e ao seu conhecimento oficioso, o que nos faria pensar que todas estariam sujeitas ao mesmo regime e se tornaria incompreensível a distinção das três figuras. Sucede que o n.º 1 do art. 470.º do CPC remete para o regime e não apenas para as causas de impedimentos e suspeições, pelo que não se poderá concluir que não há quaisquer diferenças entre as figuras. E isto porque os impedimentos imperativos são de conhecimento oficioso (art. 116.º CPC) e, por isso, invocáveis por qualquer das partes e pelo próprio perito, que tem o dever de não intervir na perícia. Já a verificação das suspeições depende da manifestação de vontade do perito, da parte que o não designou ou da parte que o tendo designado, tomou conhecimento superveniente da causa de suspeição (arts. 119.º, n.º 1, 120.º, n.ºs 1, 197.º, n.º 2 e analogicamente 477.º, n.º 2). Quanto à dispensa, decorre da própria natureza que tem regime idêntico ao dos impedimentos, a não ser quanto à recorribilidade do despacho que seja sobre elas proferido. Antes da reforma de 1995/1996 consagrava-se a irrecorribilidade da decisão tomada sobre impedimento, escusa ou recusa (art. 591.º do CPC de 1939, equivalente ao art. 587.º do CPC 1961). A não previsão da irrecorribilidade do despacho que decide sobre a dispensa justificou-se porque se pretendeu admitir a possibilidade de recurso a estas situações, sendo este o aspeto que distingue, atualmente, as figuras dos atuais impedimento e dispensa.

impossibilidade superveniente de este realizar a diligência, imputável ao perito proposto pela parte, pertence ao juiz a respetiva nomeação (art. 472.º do CPC).

2.2.2. OBJETO DA PERÍCIA

Tal como vimos a respeito do quadro legal do CPP, também no CPC vigora o princípio da vinculação da perícia ao processo judicial e a perícia mostra-se limitada ao objeto fixado no despacho que a ordenou.

Mas nesta sede temos que fazer novamente uma distinção em função da iniciativa de quem manifesta vontade da produção da prova pericial porque essa iniciativa tem implicações.

Quando se trate de perícia oficiosamente ordenada, o juiz indica, no despacho em que determina a realização da diligência, o respetivo objeto, podendo as partes sugerir o alargamento a outra matéria (art. 477.º do CPC). Atendendo à letra da lei constante da parte final da disposição, a doutrina já defendeu que em caso de indeferimento do alargamento requerido pelas partes esta decisão não será suscetível de recurso por ser tomada ao abrigo do poder discricionário, mas os tribunais superiores já se pronunciaram em recurso de despachos que rejeitaram a ampliação da perícia requerida pelas partes[185].

Já quando são as partes a requerer a realização de prova pericial, devem indicar logo, no requerimento respetivo, e sob pena de rejeição, o respetivo objeto, enunciando as questões de facto que pretendem ver esclarecidas através da diligência (art. 475.º, n.º 1 do CPC). Anteriormente, o requerente da diligência tinha o ónus de formular quesitos, sob pena de ver indeferida a realização da perícia. A substituição dos quesitos por questões de facto que as partes pretendem ver esclarecidas com a realização da diligência dispensa a apresentação de questões, facultando ao perito uma maior liberdade na elaboração do relatório e dispensando a parte de procurar esclarecer os pormenores técnicos que seriam necessários para elaborar os quesitos. Mas também permite maior liberdade às partes, que podem agora utilizar "[...] simples discurso

[185] Para uma visão da doutrina, leiam-se GERALDES, António Santos Abrantes; PIMENTA, Paulo; SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Código de Processo Civil anotado, op. cit.,* p. 582 e FREITAS, Lebre de; MACHADO, Montalvão; PINTO, Rui - *Código de Processo Civil Anotado, op. cit.,* pp. 538 e 539. Já no ac. TRC. 15.12.2015. Proc. 17/15 foi decidido que a decisão sobre a ampliação do objeto da perícia requerida pelas partes, quando a prova pericial é oficiosamente ordenada, deverá ser tomada por consideração aos critérios de admissibilidade do objeto da perícia e com o seu caráter de pertinência e o seu eventual caráter dilatório. Tendemos a seguir o entendimento que reconhece às partes a faculdade de recorrer da decisão porquanto o âmbito do objeto da perícia fixado no despacho pode influir na decisão e, por isso, pode manifestar-se prejudicial às partes.

justificativo das «dúvidas acerca da matéria de facto controvertida que (o requerente) pretende ver esclarecidas através da diligência"[186].

Em qualquer dos casos, o objeto da diligência pode reportar-se quer aos factos articulados pela parte requerente, quer aos alegados pela parte contrária (art. 475.º, n.º 2 do CPC), mas reconhece-se que não tem que se restringir às questões de facto que figurem na base instrutória, admitindo-se que verse sobre factos instrumentais, não carecidos de prévia alegação[187]. O que é decisivo é que as questões de facto exijam especiais conhecimentos e tenham relação com o objeto do litígio.

Nas situações em que a iniciativa não é do tribunal, determina o legislador que se o juiz entender que a diligência não é impertinente ou dilatória, ouve a parte contrária sobre o objeto proposto, facultando-lhe a possibilidade de aderir ao mesmo ou de propor a sua ampliação ou restrição (art. 476.º, n.º 1 do CPC)[188]. Tal pressupõe que o juiz elabore um juízo liminar sobre a pertinência da perícia, a que se seguirá o exercício do contraditório da contraparte sobre o objeto proposto. Sucede que na prática é frequente que o juiz relegue a apreciação da pertinência e do caráter dilatório para momento subsequente ao exercício do contraditório, julgando a necessidade da prova pericial em função do objeto delimitado pelas partes[189].

A determinação definitiva do objeto da perícia é feita pelo juiz, que no despacho em que ordena a realização da diligência determina o respetivo objeto, indeferindo as questões suscitadas pelas partes que considere inadmissíveis (p. ex., todas as que versem sobre questões de direito) ou irrelevantes (p. ex., todas aquelas que não tenham relevo para a decisão da causa, que

---

[186] Cf. NETO, Abílio - *Código de Processo Civil anotado, op. cit.,* p. 750. Esta alteração mostrou-se pertinente porque um dos problemas que se levantavam com a formulação dos quesitos prendia-se com o facto de na prática judicial ser frequente a recusa dos peritos em prestar esclarecimentos nos termos do atual art. 486.º do CPC por considerarem que os mesmos extravasavam o âmbito das questões colocadas ou, de um outro ponto de vista, invocarem as partes o excesso de respostas porque estaria o perito a prestar esclarecimentos não contidos nos quesitos anteriormente formulados. Em face dessas dificuldades por vezes era agendada uma «"perícia preparatória"» tendente a enunciar, com o devido rigor técnico e científico, cada uma das questões a levantar aos peritos e poderia, inclusivamente, perturbar a atividade dos peritos, caso as questões não tivessem sido formuladas com o rigor técnico exigível. Sobre as vantagens desta nova formulação, podem ler-se, entre outros, por todos, FREITAS, Lebre de; MACHADO, Montalvão; PINTO, Rui - *Código de Processo Civil Anotado, op. cit.,* pp. 536 e 537 e REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes - *Comentários ao Código de Processo Civil, op. cit.,* p. 399. Apesar desta alteração, o TRP já deixou claro que as questões podem continuar a ser formuladas como quesitos, como se previa no regime anterior - cf. TRP. 11.05.2000. Proc. n.º 0030674.

[187] Cf. FREITAS, Lebre de; MACHADO, Montalvão; PINTO, Rui - *Código de Processo Civil Anotado, op. cit.,* p. 537.

[188] Antes da revisão de 1995 não se consagrava a possibilidade de a contraparte se pronunciar sobre os quesitos formulados pelo requerente da diligência, apenas lhe sendo facultada a possibilidade de formular quesitos adicionais. Atualmente, tal seria inaceitável atendendo ao princípio da igualdade das partes e do contraditório. Por essa mesma razão julgamos que nas situações em que a contraparte amplie o objeto da perícia se deva notificar o requerente para se pronunciar sobre a admissibilidade e/ou relevância dos pontos propostos, só depois havendo lugar à decisão judicial.

[189] É importante sublinhar que este juízo sobre a (in)admissibilidade e (ir)relevância dos quesitos, a que se refere o n.º 2, não pode ser confundido com o juízo acerca da pertinência ou do caráter dilatório da diligência, nos termos do n.º 1. Isto porque nos termos deste último, o juiz deverá apreciar a procedência ou improcedência do pedido de realização da diligência, isto é, se a perícia dever ou não ser realizada; no primeiro, o juiz, já depois de ouvida a parte contrária, poderá reduzir o objeto da perícia formulado pelas partes. São, então, dois momentos distintos de "censura" - cf. REIS, Alberto dos - *Código de Processo civil anotado.* reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1981. V IV, p. 196.

respeitem a factos não controvertidos ou as que sejam indiferentes às soluções plausíveis da questão de direito) ou ampliando-o a outras que, no seu entender, sejam relevantes para a boa decisão da causa (art. 476.º, n.º 2 do CPC). O despacho que rejeita parcialmente o objeto da perícia proposto é recorrível nos termos gerais (art. 644.º, n.º 2, al. d) do CPC) [190].

Mostra-se assim um ato processual de extrema importância, que poderá ter implicações na produção da prova pericial. Por isso, as partes são sempre notificadas deste despacho. E isto sucede não só porque, em regra, podem assistir à diligência (art. 480.º, n.º 3 CPC), mas também pelo facto de, como dissemos, o seu conteúdo ser suscetível de lhes causar prejuízo.

Por fim, dizer ainda que sendo a prova pericial requerida pelas partes, a parte que a requereu não pode desistir dela sem a anuência da parte contrária (art. 474.º do CPC). O motivo para que a parte não possa desistir livremente da perícia, ao contrário dos demais meios de prova, prende-se com o facto de a perícia poder ser do interesse da contraparte e assim se evitar que uma parte possa conduzir a outra a não requer esta diligência, requerendo-a de forma antecipada para mais tarde dela desistir e impedir a contraparte possa dela beneficiar[191].

2.2.3. REALIZAÇÃO DA PERÍCIA

Definido o objeto da perícia, o perito deverá proceder à inspeção e averiguações necessárias à elaboração do relatório pericial (art. 480.º, n.º 1 do CPC). O perito pode socorrer-se de todos os meios necessários ao bom desempenho da sua função, podendo solicitar a realização de diligências ou a prestação de esclarecimentos, ou que lhe sejam facultados quaisquer elementos constantes do processo (art. 481.º, n.º 1 do CPC).

---

[190] Assim se manifestaram o TRE. 19.11.2015. Proc. 569/10 e ainda GERALDES, António Santos Abrantes; PIMENTA, Paulo; SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Código de Processo Civil anotado: parte geral e processo de declaração, op. cit.,* p. 582.

[191] Esta redação mantém-se desde o CPC de 1939 (art. 484.º, § único), que transitou para o CPC de 1961 (art. 580.º, n.º 2, e para o art. 571.º na revisão de 1967). Relaciona-se com o princípio da aquisição processual (art. 413.º CPC), nos termos do qual o tribunal deverá tomar em consideração todas as provas produzidas sobre os factos em discussão, independentemente da parte que as tenha produzido. Esta opção legislativa visa assegurar ativamente o princípio do contraditório mesmo no âmbito da preparação da prova, não sendo a desistência um ato unilateral.

Encontramos, na letra da lei, a referência a uma "anuência". Na doutrina, há autores que defendem a exigência de uma aceitação expressa, sem reconhecimento de valor ao silêncio, tal como na aceitação da desistência após a contestação do réu. Mas também há autores que consideram que, ao abrigo do princípio da cooperação, recai sobre a parte que não requereu a prova pericial o dever de declarar que pretende a sua realização, sob pena de a mesma não se realizar. Nesta perspetiva, é a contraparte que tem o direito de promover o prosseguimento da perícia, sobre si recaindo o ónus de expressar a sua vontade depois de notificação ao abrigo disposto art. 547.º do CPC. Daqui parece resultar então que a desistência é totalmente livre quando se verifique num momento processual em que é ainda possível à contraparte requerer a realização de prova pericial sem limitações, p. ex., quando ocorra antes da realização e audiência prévia. Defendendo a primeira posição, FREITAS, Lebre de; MACHADO, Montalvão; PINTO, Rui - *Código de Processo Civil Anotado, op. cit.,* p. 535, e a segunda FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luída - *Primeiras Notas ao Código de Processo Civil.* 2.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5744-6. V I, p. 406. Não concordamos porque parece distorcer o espírito da lei. Diferentemente, a parte que tenha apresentado questões para perícia requerida pela outra parte pode desistir dessas questões - cf. ac. STJ. 17.02.1998. Proc. 97A989.

Mais uma vez não se prevê a consequência da falta de cooperação com o perito. Analisando as regras gerais, somos levados a concluir que os que se recusarem a colaborar são condenados em multa e caso o recusante seja parte da ação, o tribunal deve apreciar livremente o valor de recusa, sem prejuízo da inversão do ónus da prova (art. 417.º do CPC).

As diligências da perícia podem ser assistidas pelo juiz, pelas partes e pelos assessores que estas venham a designar. O juiz assiste à inspeção sempre que o considere necessário (art. 480.º, n.º 2 do CPC)[192] e as partes podem, por via de regra, assistir à diligência, salvo se a perícia for suscetível de ofender o pudor ou implicar a quebra de qualquer sigilo que o tribunal entenda merecer proteção (art. 480.º, n.º 3 do CPC)[193].

Quando seja possível às partes assistir à realização da diligência, podem-se fazer assistir por assessor técnico (art. 480.º, n.º 3 do CPC). Este assessor técnico também pode intervir durante a produção de prova e a discussão da causa (art. 50.º, n.º 1 do CPC). A indicação de assessor técnico é feita pela parte que pretende ser por ele acompanhada, sem que o juiz possa intervir nessa designação.

A lei prevê, contudo, a assistência de assessor técnico apenas para os processos em que se suscitem questões de natureza técnica para as quais o advogado da parte não tenha a necessária preparação e essa pessoa seja dotada de especial competência para se ocupar das questões sobre as quais versará a causa (art. 50.º, n.º 1 do CPC). O assessor técnico, dispondo dos mesmos direitos e deveres do advogado, pode então intervir na diligência, podendo apresentar questões, pedindo esclarecimentos ou tecendo as observações que julgue necessárias e/ou pertinentes para a realização da diligência (arts. 50.º, n.º 4 e 480.º, n.º 4 do CPC). Na lei não se prevê a possibilidade de o juiz recusar a assistência por assessor técnico da parte, a não ser a de não admitir a sua assistência à diligência de perícia nas situações em que esta seja suscetível de ofender o pudor ou implicar quebra de qualquer sigilo que o tribunal julgue merecer proteção (art. 480.º, n.º 3 do CPC). Este direito de assistência à diligência atribuído às partes não é um direito de assistência passivo, reconhecendo-se legitimidade para fazerem ao perito as observações que

[192] No CPC de 1939 o juiz tinha o dever de assistir às inspeções quando alguma das partes requeresse a sua presença (art. 597.º, 2.ª parte). Na reforma do CPC em 1961, a decisão de assistir à inspeção passou a caber ao juiz, que tinha o dever de assistir às diligências apenas quando o julgasse necessário por se considerar que o magistrado não estaria obrigado a deferir sempre o requerimento da sua presença, ficando dependente da iniciativa das partes (art. 593.º, n.º 1, última parte). Cf. CARDOSO, A. Eurico Lopes - *Projectos de revisão do Código de Processo Civil: III - Disposições gerais do Processo, Processo de Declaração*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1960, p. 160.

[193] Este direito de assistência não abrange, contudo, as reuniões dos peritos tendentes à elaboração do relatório. Diga-se que de outra forma haveria a possibilidade de as partes afetarem a isenção subjacente à atuação dos peritos. Esta limitação chegou a estar expressamente prevista no art. 600.º do CPC de 1939, sendo posteriormente mantida no art. 596.º, n.º 1 do CPC de 1961.

entendam, mas também devendo prestar todos os esclarecimentos que sejam solicitados pelo perito (art. 480.º, n.º 4 do CPC). Assim, as partes têm o direito de fiscalização da diligência e o direito-dever de nela colaborarem[194].

Sempre que juiz estiver presente, pode também requerer o que entender conveniente em relação ao objeto da diligência (art. 480.º, n.º 4 do CPC).

O perito nomeado presta compromisso de cumprimento consciencioso da função que lhe é cometida, salvo se for funcionário público e intervier no exercício das suas funções (art. 479.º, n.º 1 do CPC). Quando o juiz assiste à diligência o compromisso é prestado no seu início (art. 479.º, n.º 2 do CPC) e, nas outras situações, pode ser prestado mediante declaração escrita e assinada pelo perito, podendo constar do relatório pericial (art. 479.º, n.º 3 do CPC)[195].

2.2.4. RELATÓRIO

O resultado da perícia é expresso em relatório escrito[196], no qual o perito deve pronunciar-se fundamentadamente sobre o respetivo objeto (art. 484.º, n.º 1 do CPC). Pese embora alguns dos mais antigos praxistas duvidassem que o dever de fundamentação fosse exigível, vingou a doutrina mais conscienciosa que exigia que o perito deveria indicar sempre as razões que justificassem as suas respostas às questões colocadas, para que assim os juízes tivessem "[...] mais sólidos conhecimentos para avaliarem a influência que o resultado do arbitramento pode ter na decisão do pleito [...]"[197] e também porque só assim o relatório poderá ser impugnado.

---

[194] Cf. FREITAS, Lebre de; MACHADO, Montalvão; PINTO, Rui - *Código de Processo Civil Anotado, op. cit.,* p. 544.

[195] O ato solene de juramento previsto no art. 597.º, n.º 1 do CPC de 1939 e mantido art. 593.º, n.º 1, 1ª parte do CPC de 1961 foi, com a redação conferida pelo DL n.º 329-A/95, substituído por uma declaração de compromisso, da qual estarão isentos os funcionários públicos que intervenham no exercício das suas funções. Esta alteração visou sobretudo, por razões de celeridade e agilização processual, findar com a convocação dos peritos exclusivamente para prestar compromisso. Aquilo que sucedia era que a diligência se iniciava sempre na presença do juiz, no local da realização da perícia quando esta fosse assistida pelo juiz, ou no tribunal caso este não assistisse à perícia, com o juramento dos peritos e a entrega dos quesitos, seguido depois da inspeção, à qual o juiz apenas assistiria se o entendesse por conveniente (e, na vigência do CPC de 1939, quando alguma das partes o requeresse).

[196] No art. 599.º do CPC de 1939 preferia-se que os peritos respondessem aos quesitos oralmente, na presença do juiz, no local da questão e as respostas seriam feitas constar de auto. No art. 595.º do CPC de 1961 admitia-se já a possibilidade de os peritos apresentarem por escrito as suas respostas, dispensando-se a sua reprodução pela secretaria em auto, sendo o relatório incorporado no processo e o auto mencionaria a sua apresentação. Tanto no regime do CPC de 1939 como no de 1961 as partes não podiam assistir às respostas, só tendo acesso às mesmas depois de escritas (art. 599.º CPC 1939 e art. 596.º do CPC 1961). A apresentação por escrito do relatório, em substituição das respostas aos quesitos foi ao encontro com aquilo que já se verificava na prática judiciária, em que os peritos já apresentavam as respostas por escrito, mas o código não dispensava que as mesmas se consignassem em auto, impondo um trabalho "puramente inútil" - cf. CARDOSO, A. Eurico Lopes - *Projectos de revisão do Código de Processo Civil, op. cit.,* p. 160. Esta alteração nos termos da qual os peritos deveriam apresentar o relatório por escrito mereceu o louvor dos advogados, que defendiam que a leitura das respostas aos quesitos perante as partes seria um ato inútil e que era sobretudo relevante que o contacto entre peritos e as partes se desse na audiência de discussão e julgamento. Vingou esta proposta, apresentada no Projeto da Comissão Varela, apesar de a comparência não ser nos moldes pretendidos pelos advogados. Esta análise crítica é desenvolvida em MENDES, Armindo Ribeiro; FREITAS, José Lebre de - Parecer da Comissão de legislação da Ordem dos Advogados sobre o Anteprojecto de Código de Processo Civil, *op. cit.,* p. 652.

[197] Cf. CASTRO, Francisco Augusto das Neves e - *Manual do Processo Civil Ordinário em Primeira Instância*. 2.ª ed. Coimbra: Imprensa Académica, 1901, p. 281 e do mesmo autor *Theoria das provas e a sua aplicação aos actos civis*. Braga: Livraria Internacional, 1880, p. 112.

Tratando-se de perícia colegial e não havendo unanimidade nas respostas, o perito discordante deve expor as razões que motivam a sua posição divergente (art. 484.º, n.º 2 do CPC)[198].

2.2.5. MEIOS DE REAÇÃO

O relatório é notificado às partes (art. 485.º, n.º 1 do CPC), que podem reagir de diferentes formas.

As partes podem reclamar sempre que entenderem existir qualquer deficiência[199], obscuridade ou contradição no relatório pericial, ou que as conclusões não se encontrem devidamente fundamentadas (art. 485.º, n.º 2 do CPC). Se o tribunal julgar tais reclamações convenientes, ordena que o perito complete, esclareça ou fundamente, por escrito, o relatório apresentado (art. 485.º, n.º 3 do CPC). Esta facultade pode ser, também ela, exercida pelo juiz, oficiosamente (art. 485.º, n.º 4 do CPC). Novamente a lei não prevê meio de reação para os casos em que as reclamações das partes quanto ao relatório não são atendidas pelo tribunal. Nestas situações, parece ser entendimento que não haverá lugar a recurso do despacho que as indeferiu, podendo a discordância do despacho figurar como fundamento para o requerimento de realização de segunda perícia[200].

No recorte normativo mostra-se ainda prevista possibilidade de serem requeridos esclarecimentos em audiência final, a requerimento das partes ou oficiosamente (art. 486.º, n.º 1 do CPC). Estes esclarecimentos suplantam as reclamações que as partes possam apresentar

---

Como refere nesta última obra "[...] conquanto a decisão dos peritos não tenha força de caso julgado, contudo serve de base para que o juiz possa apreciar a justiça das partes [...]" - *ibidem,* p. 113.

[198] Com esta previsão pôs-se assim fim a uma prática comum entre os peritos que, tendo posições divergentes, apresentavam o seu próprio relatório. Uma prática que permitia que frequentemente a mesma diligência originasse um, dois ou três relatórios, consoante a posição de cada um dos peritos sobre os factos em discussão, e que levava a que os peritos raramente se renuíssem para discutir as suas conclusões. Uma e outra consequência mostravam-se à margem dos objetivos e finalidades da perícia colegial. Pugnando por esta mesma solução, a ASJP no seu contributo no âmbito da reforma do CPC em 2013 sugeria que fosse "[sublinhado] que o resultado da perícia deve ser expresso «num único» relatório, obviando-se assim à prática de alguns peritos que, em sede de perícia colegial, não conseguindo reunir-se com os demais, tendem a apresentar, indevidamente, mais do que um relatório, o que torna difícil e morosa a compatibilização de posições expressas pelos vários peritos" - cf. ASJP - *Parecer apresentado em fase de discussão da Proposta de Lei 113/XII, de 24.01.2013* [Em linha]. [05.08.2022]. disponível em https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627939685a446b784d57526c5a4330795a6a4a684c5451774f574574596a426b4e5330354f5463784e3249324d7a4a685a5449756d&fich=ad911ded-2f2a-409a-b0d5-99717b632ae2.pdf&lnline=true. A descrição da prática judiciária anterior é apresentada por REIS, Alberto dos - *Código de Processo civil anotado, op. cit.,* p. 250.

[199] Desde conceito de deficiência das respostas ficam excluídas as situações em que os peritos deixam de ser pronunciar sobre algum dos quesitos por impossibilidade de funcionamento do equipamento objeto da vistoria - cf. ac. TRL. 05.12.1991. Proc. n.º 0050662.

[200] Neste sentido, RODRIGUES, Fernando Pereira - *Os meios de prova em processo civil.* 3ª ed. rev. atu. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7020-9, p.150. Para se evitar sucessivas reclamações, a ASJP defendeu a consagração expressa de se limitar a uma única reclamação, sem prejuízo da possibilidade de se requerer a segunda perícia - cf. ASJP - *Parecer à Proposta de Lei 113/XII, de 22.11.2012*, *op. cit.*

contra o relatório porque com eles não se pretende esclarecer obscuridades e vícios do relatório - ainda que tal possa suceder, caso os mesmos ainda subsistam porque o perito não prestaram todos os esclarecimentos, ou as partes não tenham reclamado ou o juiz não tenha deferido a reclamação - mas sobretudo precisar as conclusões do relatório, compreender eventuais divergências ou justificá-las, de molde a proporcionar ao juiz o máximo de elementos e o maior aprofundamento dos conhecimentos para a formação da sua convicção. Nestas situações, o perito é notificado para comparecer na audiência final, a fim de prestar todos os esclarecimentos que lhe sejam pedidos (art. 486.º, n.º 1 do CPC). Estes esclarecimentos têm lugar imediatamente antes da inquirição das testemunhas (art. 604.º, n.º 3, al. c) do CPC) e o perito deve prestar juramento, salvo quando seja funcionário público e intervenha no exercício da sua função (art. 486.º do CPC). Para a jurisprudência, esta é uma faculdade prevista "[...] independentemente e, para além [...]"[201] de reclamação prévia contra o relatório pericial, muito embora a ASJP defenda que a prestação de esclarecimentos em sede de audiência de julgamento deveria ter carácter subsidiário face à realização da segunda perícia[202].

Retira-se deste atual regime que o perito apenas será ouvido presencialmente caso o juiz ou alguma das partes o requeira. Esta foi uma novidade introduzida no CPC de 1995 porque até então a regra era a de que os peritos deveriam estar presentes na audiência de julgamento (art. 602.º, n.º 1 do CPC de 1961 e art. 606.º do CPC de 1939). A alteração não mereceu aceitação pelos advogados, que defendiam que, se por um lado, se se deveria prescindir da presença do juiz, do perito e das partes no auto de resposta aos quesitos, por outro deveria ser obrigatória a

[201] Assim já se pronunciou o TRG. 07.01.2016. Proc. 3743/13.5TBGMR-A.G1. Nesta decisão foi revogada a decisão anterior proferida pela 1.ª instância, que havia indeferido o pedido de esclarecimentos em audiência final por já terem sido prestados esclarecimentos por escrito. Escreveu o tribunal de recurso que o comparecimento dos peritos em audiência "[...] é uma das exigências ou um dos postulados do sistema da oralidade [...]", pois que "[...] no processo oral todas as provas devem ser produzidas perante o tribunal que há-de julgar a matéria de facto, a fim de que este forme o seu juízo, não através de peças escritas, mas através de percepções pessoais e presenciais", assegurando-se assim, um julgamento mais consciencioso e mais conforme a verdade. O mesmo já havia sido decidido por esse TRG. 17.05.2012. Proc. 402/06.9TBVCT, aí referindo-se expressamente que os esclarecimentos a prestar em sede de audiência transcendem o âmbito dos esclarecimentos requeridos ao abrigo do disposto no art. 485.º do CPC porque nestes últimos procura-se corrigir vícios do relatório, enquanto nos primeiros se procura que "[...] os peritos definam com precisão o sentido das suas respostas ou conclusões e as justifiquem devidamente [...]".

[202] Lê-se no parecer que se as partes se mostrarem esclarecidas pelos esclarecimentos prestados após as reclamações, "[...] pouca ou nenhuma utilidade terá a comparência dos peritos em audiência final antes requerida [...]" - cf. SMMP - *Parecer à Proposta de Lei 77/XII*. [Em linha]. [05.08.2022]. Disponível em https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4d5a5763765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d45765a5441344e546b314e5441744f4467304e533030595749304c546869597a41744d4745324d4455314e7a4d304d5749304c6e426b5a673d3d&fich=e0859550-8845-4ab4-8bc0-0a60557341b4.pdf&Inline=true. Não compreendemos esta posição que parece preferir como forma de reagir a eventuais dúvidas do relatório da perícia a realização de uma segunda perícia ao invés da prestação de esclarecimentos orais pelo perito que realizou a perícia que suscitou essas dúvidas.

presença do perito na audiência de discussão e julgamento, em nome dos princípios da oralidade e da imediação, bem como da audiência contraditória em sede de instrução[203].

Mostra-se também prevista a possibilidade de qualquer das partes requerer a realização de segunda perícia, no prazo de dez dias a contar do conhecimento do resultado da primeira, alegando fundadamente as razões da sua discordância relativamente ao relatório pericial apresentado (art. 487.º, n.º 1 do CPC). Esta possibilidade está também prevista para o tribunal, que pode ordenar oficiosamente e a todo o tempo a realização de segunda perícia, desde que a julgue necessária ao apuramento da verdade (art. 487.º, n.º 2 do CPC). O legislador determina expressamente que esta segunda perícia tem por objeto a averiguação dos mesmos factos sobre que incidiu a primeira e destina-se a corrigir a eventual inexatidão dos resultados desta (art. 487.º, n.º 3 do CPC)[204]. Apesar de sujeitar esta segunda perícia às disposições aplicáveis à primeira, prevê-se expressamente que não pode intervir nesta o perito que tenha participado na primeira e que quando a primeira perícia tenha sido colegial, a segunda também o será, tendo o mesmo número de peritos da primeira (art. 488.º, al b) do CPC). Assim, julgamos que a segunda perícia, quando a primeira tenha tido natureza singular, só pode ter caráter colegial quando, em face dos resultados insatisfatórios da primeira, se mostre necessária esta natureza (art. 468.º, n.º 1 e 547.º do CPC). A lei anterior (art. 590.º, alínea b)) dispunha que a segunda perícia seria, em regra, colegial, excedendo o número de peritos em dois da primeira e valendo ao juiz nomear apenas um deles, mas já não se manteve a exigência do CPC de 1961 de que os peritos que interviessem no segundo arbitramento deveriam ter categoria igual ou superior àquela que era detida pelos que tivessem tido intervenção no primeiro, em paralelo com a previsão que impedia que as partes

[203] A OA reforçava o leque dos seus argumentos chamando atenção para o facto de a letra da lei não esclarecer se a convocação seria discricionária, e lembrando que ao ter sido eliminada a preferência da nomeação dos peritos pelas partes, estabelecendo-se a regra do "perito oficial", estes atos de produção de prova se distanciavam das partes e do consequente controlo do seu resultado. Estas preocupações encontram-se descritas por FREITAS, José Lebre de - Parecer da Comissão de Legislação da Ordem dos Advogados sobre o projecto de Código de Processo Civil. *Revista da Ordem dos Advogados.* Lisboa. ISSN 0970-8118. Ano 50, I (1990). Pp. 729-808, p. 734; por MENDES, Armindo Ribeiro; FREITAS, José Lebre de Parecer da Comissão de legislação da Ordem dos Advogados sobre o Anteprojecto de Código de Processo Civil, *op. cit.,* p. 653. A doutrina entende que este não deverá configurar um poder discricionário do juiz, devendo ser interpretada esta alteração no sentido de o juiz dever notificar o perito para comparecer na audiência final sempre que assim seja requerido pelas partes - FREITAS, José Lebre de - Revisão do Processo Civil. *Revista da Ordem dos Advogados.* Lisboa. ISSN 0970-8118. Ano 55, II (1995). Pp. 417-518, pp. 472 e 473.

[204] Apesar de o legislador reconduzir o objeto da segunda perícia aos factos indicados para realização da primeira, tal não impede que factos nessa não considerados sejam agora objeto de averiguação, podendo esta ter maior amplitude. O que está legalmente vedado é que a segunda perícia tenha um outro e novo objeto. Por isso se considera que a segunda perícia não constitui uma instância de recurso, mas uma repetição da primeira, que procura fornecer ao tribunal um novo elemento de prova relativamente aos factos que foram objeto da primeira perícia, pressuposto que a análise dos mesmos factos por outros especialistas poderá fornecer ao tribunal esclarecimentos adicionais para a formação da sua convicção, mais alicerçada e completa.

nomeassem perito de categoria superior àquele que havia sido designado pelo tribunal (arts. 582.º, n.º 6 e art. 609.º, n.º 1 do CPC de 1961)[205].

Igualmente se adotou a regra de que apenas excecionalmente a segunda perícia será colegial e eliminou-se a proibição de realização de segundo arbitramento quando o exame tivesse sido realizado por estabelecimentos oficiais (art. 609.º, n.º 3 do CPC de 1961)[206]. Denota-se nestas últimas alterações uma reformulação substancial ao regime, já que cai a regra da segunda perícia ter natureza colegial e alteram-se as exigências anteriores relativamente ao número e qualificações dos peritos. Diferentemente dos outros meios de reação, esta possibilidade de as partes requererem segunda perícia não é considerada uma verdadeira faculdade nem se afigura discricionária porque a parte que pretende a realização da segunda perícia, deve alegar, de forma fundamentada e concludente, as razões de discórdia do primeiro relatório pericial apresentado[207].

2.3. FORÇA PROBATÓRIA

Quanto ao valor a atribuir à prova pericial, o legislador consagra que tanto a primeira como a segunda perícia serão livremente apreciadas pelo tribunal (art. 489.º do CPC).

Esta previsão já constava do art. 611.º do CPC de 1961 e, antes disso, do art. 615.º do CPC de 1939. Segue também o valor previsto no CC, nos termos do qual "a força probatória das respostas dos peritos é fixada livremente pelo tribunal" (art. 389.º) e no art. 2419.º do Código de Seabra de 1987, no qual se sujeitava, pela primeira vez, a valoração da vistoria e do exame à avaliação do juiz "conforme as circunstâncias e demais provas da causa". O art. 578.º do CPC, anterior à revisão operada pelo DL n.º 47 690, consagrava o princípio da livre apreciação da prova

[205] Cf. GONÇALVES, Luíz da Cunha - *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*. Coimbra: Coimbra editora, 1939. V XIII, p. 603 criticava esta preocupação com a categoria funcional do perito, defendendo que o legislador deveria ter-se preocupado sobretudo com a probidade e perícia. Parece que, com a eliminação deste requisito, este entendimento foi implicitamente seguido nas reformas posteriores.

[206] Sublinhar que foi na revisão de 1995 que se eliminou esta limitação prevista n.º 3 do art. 609.º do CPC de 1961 que assim dispunha "Não é admissível segundo arbitramento quando o exame tenha sido efectuado por estabelecimentos oficiais, mas podem realizar-se quaisquer diligências que se mostrem necessárias em consequência da revisão do exame". Tal alteração justificou-se pela supressão da competência do Conselho Médico-Legal para rever os exames efetuados pelo Instituto de Medicina Legal (art. 9.º, n.º 1, a) do DL n.º 387-C/87, de 20.12).

[207] *Vide* RODRIGUES, Fernando Pereira - *Os meios de prova em processo civil, op. cit.,* p. 151. Estes requisitos foram introduzidos com a revisão ao CPC de 1995, não sendo até então necessário que a parte apresentasse qualquer justificação para realização de uma segunda perícia. Nestas circunstâncias, o juiz não podia indeferir o requerimento com o fundamento de considerar impertinente ou dilatória a diligência - *vide* REIS, Alberto dos - *Código de Processo civil anotado, op. cit.,* pp. 302-303 e TRL. 09.03.2020. Proc. 910/05.9TCSNT-A.L1-7. A razão da alteração é evidente: permitir ao juiz o indeferimento do requerimento, com fundamento no carácter impertinente ou dilatório da segunda perícia. Neste sentido, a nossa jurisprudência já se pronunciou no sentido de não caber ao tribunal avaliar o mérito da argumentação apresentada como suporte da divergência, devendo determinar a realização da requerida diligência probatória, caso conclua que a mesma não tem carácter impertinente ou dilatório" - cf. ac. TRP. 11.01.2016. Proc. 4135/14.4TBMAI-A.P1. Também já decidiu o mesmo tribunal que, quando fundamentado, não pode ser rejeitado o pedido de segunda perícia pelo facto de a primeira ter sido "realizada por instituição idónea e reconhecidamente competente" - ac. TRP. 15.10.2002. Proc. 0220512. Numa outra decisão do mesmo tribunal ficou claro que, como é amplamente defendido pela jurisprudência, "[...] as razões de discordância do requerente da segunda perícia não têm necessariamente de incidir sobre a fundamentação e/ou critérios utilizados no primeiro relatório pericial, podendo incidir apenas sobre as suas conclusões" - cf. ac. TRP. 05.07.2012. Proc. 2809/10.8TJVNF-A.P1.

pericial, mas determinava que o julgador, caso se afastasse do parecer dos peritos, teria que fundamentar a sua decisão. Com a redação que entretanto foi adotada e que se mantém inalterada até hoje, o julgador pode afastar-se livremente, sem necessidade de justificar particularmente esse afastamento[208].

Esta solução não era, contudo, apoiada por todos. Em 1939 Luiz da Cunha Gonçalves pugnava pela atribuição de força probatória igual à dos documentos autênticos por no caso da prova pericial a liberdade de apreciação do juiz ser necessariamente "mais aparente do que real", sendo "os peritos [...] verdadeiros juízes de facto, embora o juiz tenha de dar aos seus pareceres a chancela inerente à sua autoridade funcional"[209].

Venceu, contudo, a força probatória defendida por Alberto dos Reis, assente na máxima de que o juiz é o perito dos peritos, que já vigorava no CPC de 1929. Sublinhando a visão global da prova de que o juiz detém, o autor defendia que o juiz deveria apreciar este meio de prova de acordo com o seu critério racional "[...] em atenção à análise crítica dele e à coordenação com as restantes provas produzidas"[210]. Ainda que não contestasse esta opção, Eduardo Correia defendia que quando o juiz se afastasse do relatório pericial deveria motivar a sua divergência[211].

Considerando a livre apreciação, é entendimento (teórico) que o relatório pericial não é vinculativo para o tribunal, constituindo um dos elementos probatórios para a formação da sua convicção[212].

---

[208] Esta opção vem consagrar o entendimento que já era sufragado pela jurisprudência, que já tinha firmado que por maior que fosse a categoria profissional e a competência técnica dos autores dos pareceres, estes estariam sempre sujeitas à apreciação dos tribunais - ac. STJ. 08.11.1952. Boletim, n.° 29, p. 233. Todavia, este regime não foi estabelecido para todo o tipo de processos: nos processos de expropriação por utilidade pública não era reconhecida ao tribunal a mesma margem de liberdade, impondo-se neste caso que justificasse a sua decisão (art. 41.°, n°s 1 e 2 do Decreto n.° 43 587, de 8.04 de 1961 e depois no art. 83.°, n.° 1 do Código das Expropriações). Atualmente, não está em vigor esta previsão, aplicando-se o regime geral.

[209] Cf. GONÇALVES, Luíz da Cunha - *Tratado de direito civil em comentário ao código civil português, op. cit.,* p. 605. Para o autor, o essencial a analisar seriam "[...] os fundamentos das respostas e a autoridade pessoal dos peritos, que não podem ser, evidentemente, postergados pelas *demais provas.* De contrário, seriam inúteis as vistorias e os conhecimentos dos peritos especializados". De entre as "demais provas" destacava a prova testemunhal e documental, mas também a ciência privada do juiz.

[210] Cf. REIS, Alberto dos - *Código de Processo civil anotado.* reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1981. V IV. Nas palavras do autor seria "[...] *dever* do juiz tomar em consideração o laudo dos peritos; mas é *poder* do juiz apreciar livremente esse laudo e portanto atribuir-lhe o valor que entenda dever dar-lhe, em atenção à análise crítica dele e à coordenação com as restantes prova produzidas" - p. 530 e em sentido idêntico, BRITO, Mário de - *Código civil anotado.* [S.l. s.n], 1967, p. 528. Apelando também à visão global da prova e aí encontrando fundamento para a sujeição da prova pericial à livre apreciação, BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues - *Notas ao Código Civil.* Lisboa: MInigráfica, 1988. V II, p. 169.

[211] Cf. Correia, Eduardo - Les preuves en droit penal portugais. *Revista de Direito e de Estudos Sociais.* Coimbra. ISSN 0870-3965. A 14, N 1-2 (1967), pp. 1-52, p45.

[212] *Vide* a título de exemplo, o ac. STJ. 18.02.1998. Proc. 98B775. Dissemos ser entendimento teórico porque na praxis judiciária, como veremos na secção 1.3 do capítulo 1 e capítulo 2 da parte IV, nem sempre se reveste simples o livre afastamento ao relatório pericial.

3. MODELO(S) DE PROVA PERICIAL

Analisamos, até aqui, separadamente o regime de prova pericial no CPP e no CPC. Agora, procuraremos desenvolver uma análise comparativa, destacando os pontos comuns e aqueles em que os regimes se mostram divergentes. Não nos debruçaremos sobre todos os aspetos, mas aqueles que se revelem mais pertinentes para os objetivos do estudo, até porque não pretendemos desenvolver uma análise estritamente processual, antes nos servindo dela para pensar o seu regime numa vertente epistemológica. Por isso, teremos sobretudo em atenção os principais pontos convergentes e divergentes que nos podem ajudar a concluir pela adoção, no ordenamento jurídico português, de um modelo único de perícias ou pela adoção de dois modelos distintos de perícias.

Sem repetirmos os que já dissemos, será para nós particularmente relevante sublinhar que é ponto comum à prova pericial no CPP e no CPC a preferência pela perícia pública. Este ponto em comum seria o ponto que permitiria justificar uma resposta pela unicidade do modelo de prova pericial no CPP e no CPC. Acontece que, apesar de essa ser preferência generalizada, conhece depois algumas limitações (ou exceções) no CPC, a que se somam ainda diferenças substanciais em outros dois momentos: a montante com a admissibilidade da prova pericial, mas também a jusante com o valor probatório que lhe é atribuído. Importa então compreender se estas diferenças suplantam a semelhança e impedem que se conclua pela unicidade do modelo de prova pericial no CPP e CPC e imponham uma resposta que aponta para uma duplicação ou bifurcação de regime(s).

Para tanto optamos por densificar essas diferenças e as respetivas implicações práticas. Depois, procuraremos adensar a reflexão com uma aproximação aos motivos que justificam essas diferenças.

3.1. SÍNTESE COMPARATIVA

3.1.1. ADMISSIBILIDADE

Uma das principais diferenças do regime de prova pericial em matéria penal e em matéria civil verifica-se a respeito da admissibilidade da prova pericial.

Relembramos que nos processos de natureza penal mostra-se expressamente previsto que a prova pericial "tem lugar quando a perceção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos" (art. 151.º do CPP). Por sua vez, não encontramos nenhuma norma paralela no CPC. Isto é, na lei adjetiva em matéria civil o legislador não consagrou quando terá lugar a prova pericial, ainda que tal lacuna possa ser suprida com o disposto na lei substantiva que dispõe que a prova pericial "tem por fim a percepção ou apreciação de factos por meio de peritos, quando sejam necessários conhecimentos especiais que os julgadores não possuem, ou quando os factos, relativos a pessoas, não devam ser objecto de inspecção judicial" (art. 388.º do CC). Ora esta distinta redação tem implicações não apenas a respeito da sua admissibilidade, mas também a respeito do seu objeto.

Assim, a respeito da admissibilidade podemos concluir, pela forma como se encontra redigido o art. 151.º do CPP, que o legislador consagrou a necessidade de produção de prova pericial sempre que para a perceção ou apreciação dos factos se exijam especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, enquanto que nos processos de natureza civil, atendendo ao estatuído no art. 476.º, n.º 1 do CPC, que refere que prova pericial pode ser indeferida por razões de impertinência ou dilatoriedade, terá lugar quando se mostre relevante.

Daqui resulta que a decisão de admissibilidade se revela, pelo menos em teoria, mais discricionária do que no domínio penal[213].

As implicações desta destrinça não são teóricas porque ao impor-se a produção de prova pericial no CPP assiste-se a uma maior participação do perito no processo, e como dissemos na parte I, por efeito, a uma limitação do juiz no exercício da função jurisdicional, que se reconhece com menor autoridade epistemológica do que o perito. Adicionalmente, esta diferença ganha relevo porque, no CPP, o legislador reconhece força probatório reforçada ao juízo técnico, científico ou artístico que lhe é subjacente e por isso aqui ganha maior dimensão a difícil articulação entre a atuação do juiz e do perito.

[213] A título exemplificativo lemos no acórdão STJ. 23.01.2001. Proc. 1966/00: "no art. 388.º do CC, não se estabelece qualquer exigência legal de prova pericial; limita-se esse dispositivo a indicar o fim ou objectivo desse meio de prova e as situações em que pode ser requerido, mas não impõe o recurso a ele, que pode consequentemente ser substituído por algum outro meio permitido em direito"

A respeito do objeto decorre que se no domínio do CPP não se estabelecem limites à atuação do perito, no âmbito do CPC a sua atuação está limitada à "percepção ou apreciação de factos".

Em qualquer dos casos dos dois regimes fica excluída a produção de prova pericial para perceção e valoração dos factos que possam ser compreendidos à luz do senso comum, recaindo sobre o juiz a faculdade de estabelecer essa linha - que é, muitas vezes, ténue. Voltaremos a esta questão mais tarde.

3.1.2. PRODUÇÃO

3.1.2.1. QUEM REALIZA A PERÍCIA

Outra das diferenças que assume particular relevância para a nossa conclusão prende-se com a natureza das perícias admitidas no CPP e no CPC.

Efetivamente, notamos que no CPP o legislador consagrou uma clara preferência pela perícia pública já que, em regra, as perícias são realizadas por estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado, e essa regra apenas pode ser afastada por impossibilidade ou inconveniência e admitindo-se, nestas situações, que a nomeação do perito seja feita de entre pessoas constantes das lista de peritos existentes em cada comarca ou na sua falta ou impossibilidade de resposta em tempo útil, de pessoa de honorabilidade e de reconhecida competência na matéria em causa.

Por sua vez, no CPC, pese embora se note também essa preferência pela perícia pública, resulta evidente a abertura a um regime misto na medida em que o legislador não só permite que, em determinadas situações, as partes possam livremente escolher o seu perito ou um perito comum, como prevê ainda a possibilidade de as partes se oporem à nomeação do perito feita pelo tribunal.

Outra diferença reside no facto de, no CPC, já não se prever, no caso de impossibilidade ou inconveniência na realização de perícia pública, a preferência pela nomeação de perito de entre as pessoas constantes das listas de peritos, admitindo-se que o juiz nomeie em primeira linha pessoa de reconhecida idoneidade e competência na matéria em causa.

Desta discrepância será de concluir que se no CPP apenas se admite a produção de perícia de natureza pública, no CPC não só se admite a perícia realizada por perito contratado pelas partes como se admite que as partes afastem o perito nomeado pelo tribunal. Uma diferente opção legislativa que terá implicações práticas relevantes, e que teremos oportunidade de desenvolver mais à frente, mas que se verificam, podemos adiantar para já, sobretudo a jusante, no momento da valoração da prova pericial em que a ausência de ligação do perito às partes da perícia oficial se vem a revelar como um dos primeiros (ou não raras vezes o único) elemento a ponderar na valoração da prova pericial, sobretudo quando não há concordância entre peritos de parte e/ou entre peritos de parte e perito nomeado pelo tribunal.

3.1.2.2. OBJETO DA PERÍCIA

Quanto à realização da perícia mostra-se comum que é precedida de despacho que a ordene e que fixe o seu objeto. Mostra-se assim estabelecido globalmente o princípio da vinculação da perícia ao processo judicial. Este despacho é, por isso, ponto fulcral na produção da prova pericial porque se são os especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos que funcionam como condição desse meio processual, então deve ser essa "competência específica"[214] que delimitará também ela o objeto da perícia e o perito a nomear.

Porém, do confronto entre os regimes resulta uma diferença que, *a priori* podendo parecer meramente linguística, tem algumas implicações práticas. Efetivamente, tal como se encontram redigidos os art. 151.º do CPP e 388.º do CC o objeto possível da prova pericial no CPP e no CPC é distinto: se considerarmos a letra do art. 151.º do CPP ("a prova pericial tem lugar quando a percepção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos") concluímos que o legislador submete a produção de prova à atividade de perceção ou a apreciação dos factos pelo tribunal, permitindo maior ou menor abertura sobre o que poderá ser questionado ao perito (p. ex., pode ter por objeto não só factos, mas também regras ou princípios técnicos para que o tribunal e todas as informações úteis ao exercício da sua função jurisdicional). Mas o mesmo não sucede com o disposto no art. 388.º do CC que determinando que "a prova pericial tem por fim a percepção ou apreciação de factos por meio de peritos, quando sejam

[214] Cf. SILVA, Germano Marques da - *Curso de Processo Penal*, *op. cit.,* p. 216, usa a expressão "exigência de competência específica". Lemos no ac. STJ. 09.07.1998. Proc. 98A677 que quando os peritos extravasarem as suas competências se comportam como testemunhas.

necessários conhecimentos especiais que os julgadores não possuem, ou quando os factos, relativos a pessoas, não devam ser objecto de inspecção judicial" limita a atuação do perito à "percepção ou apreciação de facto", não se permitindo que se pronuncie, p. ex., sobre regras ou princípios técnicos[215].

Outra diferença reside no facto de, atualmente, no CPC apenas se prever a necessidade de fixação do objeto da perícia, enquanto no CPP se exigir a formulação de quesitos. Como dissemos aquando da explicação dos recortes legais, esta opção não se mostra inócua porque quando são apresentados quesitos não só a parte que os apresenta está mais condicionada na sua formulação, como o perito está mais vinculado na sua atuação, não dispondo de igual grau de liberdade como quando é confrontado com a indicação mais ampla do objeto da perícia.

Cumulativamente, outro afastamento entre os recortes legais de que já demos conta resulta de uma distinta opção legislativa quanto à legitimidade de quem pode propor o objeto da perícia e/ou os respetivos quesitos. Como vimos, a fixação do objeto da perícia no domínio do processo civil compete ao juiz, depois de ouvidas as partes, que não só podem propor questões que julguem pertinentes serem respondidas pelo perito, como podem pronunciar-se sobre a ampliação ou restrição do objeto proposto pela contraparte ou pelo juiz. Por sua vez, no CPP, essa faculdade não se mostra expressa, muito apesar de nos termos pronunciado sobre a admissibilidade de tanto o arguido, o assistente ou as partes civis formularem quesitos.

3.1.2.3. REALIZAÇÃO DA PERÍCIA

Definido por despacho o objeto da perícia, o perito deve então realizar a perícia para a qual foi nomeado.

Também aqui se evidenciam algumas divergências de interesse.

Uma primeira, relacionada com o acesso que o legislador permite ao perito no CPP e no CPC. Sublinhamos anteriormente que no CPP o legislador estabeleceu, recentemente, a regra de

[215] Apesar disso, a doutrina tem vindo a interpretar as potencialidades da atuação do perito nos processos cíveis como nos processos penais. É o caso de Luís Filipe Pires de Sousa que refere, no âmbito do CPC, que "a prova pericial pode ter por objecto factos, máximas da experiência e prova sob prova, sendo que no primeiro caso [factos] visa «a afirmação de um juízo de certeza sobre os» factos «ou circunstâncias» (v.g. perícia sobre ADN de alguém), no segundo [máximas da experiência] visa «apenas proporcionar ao juiz regras ou princípios técnicos para que este, recorrendo aos mesmos, possa conhecer e apreciar os factos» (v.g. actuando o perito nos «mesmos moldes» que «o técnico que o juiz pode nomear para o elucidar sobre a averiguação e interpretação de factos que o juiz se propõe observar - cfr. Artigo 492°, n° 1 do Código de Processo Civil»), e no terceiro [prova sob prova] visa «conhecer o conteúdo e sentido de outra prova» (v.g. «exame grafológico» ou «tentativa de recuperar o que consta duma gravação sonora imperfeita»)" - cf. SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova testemunhal.* 2.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2020. ISBN 9789724086446, pp. 175 e 176. Contudo não é isso que extraímos da letra da lei. Uma interpretação que ganha força pelo facto de a epígrafe do art. 388.° ser precisamente "objeto".

que o perito tem ampla liberdade de acesso a quaisquer atos ou documentos constantes do processo (art. 156.º, n.º 3 do CPP). Por sua vez, pese embora se admita, no CPC, que o perito pode socorrer-se de todos os meios necessários ao bom desempenho da sua função, podendo solicitar a realização de diligências ou a prestação de esclarecimentos, estabelece-se que caso tenha necessidade de consultar alguns dos elementos contantes do processo, deverá requerê-lo ao juiz que decidirá em conformidade (art. 481.º, n.º 1 do CPP).

Uma segunda disparidade entre os regimes consagrados relaciona-se com as diferentes opções tomadas a propósito da assistência à perícia pela autoridade judiciária, no CPP, e pelo juiz, no CPC. No CPP prevê-se um dever de assistência por parte da autoridade judiciária sempre que possível e conveniente, enquanto no CPC esse dever impõe-se apenas quando o juiz o considere necessário. Há, assim, um distinto peso no dever de assistência à diligência pericial: se, em regra, nos termos do CPP deverá ser assegurada essa assistência, já no regime do CPC há maior discricionariedade, admitindo-se que seja o juiz a decidir em face da sua necessidade e já não da mera conveniência.

Adicionalmente, dizer que no CPC não se prevê, como acontece no CPP, a proibição de valoração de quaisquer conhecimentos que o perito obtenha durante a perícia que não incidam sobre o seu objeto e que não se traduzam no relatório pericial. Isto significará que o tribunal não pode, p. ex., valorar o relato dos factos apresentados pela pessoa sujeita a perícia durante a realização desta e reproduzido pelo perito durante o julgamento. Pensamos que a ausência dessa limitação no CPC não pode ser entendida como possibilidade de valoração desses conhecimentos, porque isso sempre decorreria por aplicação analógica da regra geral segundo a qual não carecem de alegação, mas carecem de prova os factos de que o tribunal tenha conhecimento por virtude do exercício das suas funções (art. 412.º, n.º 2 do CPC).

Por efeito, não podemos avançar sem referir que no CPC se prevê expressamente a possibilidade de uma perícia produzida num processo com audiência contraditória da parte poder ser invocada noutro processo com a mesma parte, desde que o primeiro processo não tenha sido anulado na parte relativa à produção de prova que se pretende invocar ou que o regime de produção de prova do primeiro processo oferecesse garantias inferiores às do segundo - caso em que a perícia produzida no primeiro processo apenas vale no segundo como princípio de prova (art. 421.º do CPC).

Quanto às convergências, admite-se por regra a assistência dos sujeitos processuais, salvo se a perícia for suscetível de ofender o pudor ou quando a publicidade da diligência possa prejudicar as finalidades do inquérito (CPP) ou implicar a quebra de qualquer sigilo que o tribunal entenda merecer proteção (CPC). E admite-se ainda que tanto a autoridade judiciária ou o juiz, bem assim como os sujeitos processuais, se façam acompanhar de consultor (CPP) ou assessor (CPC). Sobre as particularidades deste regime vamo-nos debruçar aquando da exposição de uma visão comparatística do ponto de vista subjetivo, i. e., entre o perito entre os diferentes intervenientes processuais *lato sensu*, já que neste ponto não haverá especificidades de maior pertinência salientar, bastando sublinhar-se que em ambos os regimes este interveniente pode adotar um papel ativo da diligência da perícia. Importante ainda é deixar assente que esta assistência não assegura plenamente uma "peritagem contraditória" mas antes uma "peritagem vigiada"[216], tratando-se de uma "fiscalização privada da perícia"[217] porque os consultores técnicos permitem um "contraditório mitigado" tanto quanto às perícias realizadas pelos estabelecimentos públicos, quer àquelas que são deferidas a instâncias particulares.

Outra nota comum é o facto de se prever, tanto no CPP como no CPC, a sujeição do perito a prestar compromisso, salvo nas situações em que é funcionário público. O compromisso é essencial porque é precisamente através dele que os peritos tomam um caráter público e sem ele "as suas declarações não passariam de esclarecimentos", sendo "[...] a condição da função pericial, é a garantia necessária da sinceridade das suas declarações" e por isso a não prestação de compromisso determina uma nulidade insuprível equiparada à falta de juramento pelas testemunhas[218].

3.1.2.4. RELATÓRIO

Quanto ao relatório, nada de muito relevante haverá a dizer, coincidindo, no mais relevante o regime do CPC e do CPP porque se exige que seja devidamente fundamentado (arts. 157.º, n.º 1 do CPP e art. 484.º, n.º 1 do CPC).

Há, contudo, uma particularidade quando a perícia é realizada por mais do que um perito e não exista entre eles unanimidade quanto às conclusões a apresentar. Nos termos do CPP,

[216] Cf. RODRIGO, Santiago - Sobre a prova pericial no Código de Processo penal de 1987 *op. cit.,* pp. 5-20.

[217] Cf. SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel - *Código de Processo Penal anotado, op. cit.,* p. 804.

[218] Seguimos, inclusivamente nas citações, COSTA, Affonso - *Os peritos no processo criminal: legislação portugueza, op. cit.,* p. 126. Julgamos que este pensamento seja ingénuo, mas compreendemos as preocupações subjacentes à solenidade dos processos judiciais.

nestas situações, cada perito apresenta o seu relatório e no caso de a perícia ser colegial pode haver lugar a opinião vencedora e vencida (art. 157.º, n.º 5 do CPP). Assume o CPC a particularidade de expressamente se prever que, sendo a perícia colegial e não havendo unanimidade entre os peritos, o perito discordante dever apresentar as razões pelas quais não acompanha os demais (art. 484.º, n.º 2 do CPC), pelo que se apresentará um único relatório pericial. Certamente se terá justificado esta opção por força das fundadas críticas que foram sendo apresentadas pelos diferentes atores ao modelo que permitiria a apresentação de um relatório por cada perito.

Também relevante é o facto de se prever que o relatório, não podendo ser lavrado logo depois da realização da perícia, poder ser remetido aos autos dentro do prazo concedido para o juiz para o efeito (art. 157.º do CPP e art. 483.º do CPC).

De frisar será ainda a opção pela não exigência de audição do perito em audiência de julgamento, que só se verifica quando, oficiosamente ou a requerimento, sejam solicitados esclarecimentos a prestar em audiência.

3.1.2.5. MEIOS DE REAÇÃO

Depois de apresentado o relatório pericial, vimos que se mostram previstos vários meios de reação, que podem ser lançados oficiosamente ou por iniciativa dos sujeitos processuais. Na sua essência serão meios semelhantes, ainda que a terminologia adotada seja distinta e possa causar alguma confusão. Vejamos então.

No CPP o legislador prevê a possibilidade de, a qualquer altura, a autoridade judiciária, o arguido, o assistente, as partes civis e os consultores técnicos poderem requerer esclarecimentos ou de, oficiosamente ou a requerimento, a autoridade judiciária convocar o perito para prestar esclarecimentos complementares em audiência aprazada para o efeito. Paralelamente, mostra-se ainda prevista a possibilidade de ser requerida a realização de nova perícia ou renovada a perícia anterior a cargo de outro ou dois peritos (art. 158.º do CPP).

Já a disciplina do CPC prevê a possibilidade de as partes reclamarem do relatório pericial sempre que entendam existir alguma deficiência, obscuridade ou contradição no relatório ou julguem que as conclusões não se mostram devidamente fundamentadas. Esta faculdade também é reconhecida ao juiz. A acrescer, também é possível que, a requerimento das partes ou

oficiosamente, sejam requeridos esclarecimentos em audiência final. Adicionalmente, também se consagra a possibilidade de as partes requererem a realização de segunda perícia, alegando fundadamente as razões da sua discordância relativamente ao relatório pericial apresentado, ou de o tribunal oficiosamente a ordenar. O legislador determina expressamente que esta segunda perícia tem por objeto a averiguação dos mesmos factos sobre que incidiu a primeira e destina-se a corrigir a eventual inexatidão dos resultados desta, não podendo nela intervir o perito que tenha participado na primeira e que quando a primeira perícia tenha sido colegial, a segunda também o será, tendo o mesmo número de peritos da primeira (arts. 487.º e 488.º do CPC).

Comparados os regimes, é de salientar a maior pormenorização contida no CPC relativamente a cada um dos meios de reação. De facto, daí decorrem expressamente que a reclamação pode ser apresentada quando existam deficiências, obscuridades ou contradições no relatório ou quando as conclusões não se mostrem devidamente fundamentadas; que os esclarecimentos em audiência são prestados quando as partes o requeiram ou o juiz o ordene; que a segunda perícia tem por objeto os mesmos factos sobre que incidiu a primeira e que se destina a corrigir eventuais inexatidões dos resultados daquela, não podendo nela intervir perito que tenha realizado a primeira e se a primeira tiver sido colegial também assim será a segunda, tendo o mesmo número de peritos da primeira.

Já do CPP não se extraem os fundamentos que justificam cada um dos meios de reação ao relatório pericial, apenas se prevendo a possibilidade de serem requeridos esclarecimentos e esclarecimentos complementares, estes a prestar em audiência aprazada para o efeito, e a possibilidade de realização de nova perícia ou de renovação de perícia anterior a cargo de perito(s) que não tenha(m) participado na perícia anterior. Esta falta de densificação do regime, sobretudo pela indeterminação dos fins para que se podem requerer a segunda perícia e o arbítrio deixado à autoridade judiciária para os admitir ou rejeitar mostra-se uma constante e antiga "[causa] de anarquia e risco na solução dos graves problemas do processo criminal"[219]. A doutrina, contudo, como já o fizemos salientar, tem vindo a concretizar o regime. De facto, hoje mostra-se mais ou menos pacífico que os esclarecimentos visam suprir simples lapsos materiais ou deficiências que se revelem em insuficiências, enquanto os esclarecimentos complementares a prestar em diligência própria visarão já um esclarecimento sobre o juízo da perícia que também pode ser

[219] Cf. COSTA, Affonso - *Os peritos no processo criminal: legislação portugueza, op. cit.,* p. 184.

justificado por força da realização de outra perícia entretanto realizada sobre o mesmo objeto ou sobre objeto conexo (p. ex. precisar as conclusões do relatório, compreender eventuais divergências ou justificá-las). Por sua vez, também se mostra amplamente aceite que a "nova perícia" será uma perícia sobre o mesmo objeto da perícia anterior, mas visando um aspeto distinto dessa perícia anteriormente realizada e a "renovação da perícia anterior" ocorre quando se mostre necessário realizar uma nova perícia sobre o mesmo objeto e aspeto analisados na perícia anterior, mas realizada por outro(s) perito(s).

Emerge então mais ou menos comum o regime de reação ao relatório pericial:

- os sujeitos, a autoridade judiciária ou o juiz podem requerer esclarecimentos quando exista alguma deficiência, obscuridade ou contradição no relatório ou julguem que as conclusões não se mostram devidamente fundamentadas

- os sujeitos, a autoridade judiciária ou o juiz podem requerer/ordenar a presença do(s) perito(s) em diligência para que sejam prestados esclarecimentos complementares para precisar as conclusões do relatório ou explicar eventuais divergências

- os sujeitos, a autoridade judiciária ou o juiz podem requerer/ordenar a realização de nova perícia e/ou renovação de perícia anterior (CPP) ou a realização de segunda perícia (CPC)

Se quanto aos esclarecimentos não se suscitam grandes dúvidas, parece-nos que subsiste alguma confusão quanto ao uso dos termos *segunda perícia*, *renovação da perícia anterior* e *nova perícia* porque parecem não refletir a respetiva essência[220].

Para começar, diremos que antes da análise de cada um destes termos devemos esclarecer que precede a todas elas a *primeira perícia*, já que sem esta não seria possível falarmos nas demais. A *primeira perícia* é a prima perícia realizada num determinado processo sobre um determinado objeto. As demais merecerão a sua qualificação em função da relação que com esta mantenham.

A *segunda perícia*, tal como previsto no CPC, tem por objeto a averiguação dos *mesmos factos* sobre que incidiu a primeira e destina-se a corrigir a eventual inexatidão dos resultados da primitiva. Contudo, relativamente à primeira, apresenta as seguintes especificidades: nela não podem intervir o perito que tenha participado na primeira e quando esta primeira tenha tido

[220] Por todos, SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel - *Código de processo penal anotado, op. cit.,* p. 1047 e FERREIRA, Marques - Meios de prova, *op. cit.,* p. 256.

natureza colegial, a segunda há-se der igualmente colegial com o mesmo número de peritos que a anterior (487.º a 489.º do CPC).

No CPP não se encontra qualquer referência a uma *segunda perícia*. No quadro legal mostra-se prevista a possibilidade de o tribunal, oficiosamente ou a requerimento, ordenar a realização de *nova perícia* ou a *renovação da perícia anterior* a cargo de outro ou de outros peritos quando isso se revelar de interesse para a descoberta da verdade. Julgamos, contudo, que a referência à possibilidade de ser *renovada a perícia anterior*, porque necessariamente a cargo de diferentes peritos, se deve compreender na configuração da *segunda perícia* prevista no CPC porquanto estamos perante a realização de uma *diferente perícia* tendo por objeto o *mesmo* da anterior.

Por isso, não nos parece que a opção terminológica tenha sido feliz por poder induzir em erro, já que o termo *renovação* traz consigo associada uma repetição, que pressuporia que nesta perícia renovada tivessem participação o(s) perito(s) que realizaram a primeira, aí se visando apenas um complemento da primeira. Não é isso o que se procura com esta (renovação da) perícia, cuja essência é assegurar-se uma "fiscalização pública" da perícia já realizada[221]. Teremos que *perícia renovada* seja a *segunda perícia*. Note-se que esta exigência comum ao processo civil e ao processo penal de intervir(em) diferente(s) perito(s) se aplica apenas à realização de *segunda perícia / perícia renovada* e não à realização de *nova perícia*. Mas no CPP, ao contrário do CPC, não impõe qualquer regra quanto ao número de peritos que devem intervir na renovação da perícia.

A diferença entre estas *segunda perícia*, *perícia renovada* e *nova perícia* reside no facto de as primeiras recaírem sobre *objeto diferente* ou sobre *distintos aspetos* daqueles que foram considerados na primeira perícia e a *nova perícia* recair sobre um *novo e diferente objeto* e assim ser, na sua verdadeira natureza, uma *primeira perícia*[222]. É precisamente isso que justifica que nela possa(m) intervir o(s) perito(s) que intervieram na anterior. Neste sentido, enquanto que na

[221] Cf. SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel - *Código de processo penal anotado, op. cit.,* p. 1047. Em sentido distinto parece entender DIAS, Maria do Carmo Silva - Particularidades da prova em processo penal. algumas questões ligadas à prova pericial, *op. cit.*, p. 213, que refere «a renovação da perícia anterior, apesar de ser feita por outros peritos, não deixa de ser uma "repetição da já realizada", funcionando quase como uma "revisão" ou aperfeiçoamento da anterior."

[222] Novamente nos distanciamos da opinião de Maria do Carmo Silva Dias que defende que quando a primeira perícia é deficiente pode optar-se pela renovação da perícia ou por uma nova perícia, dependendo do tipo de vícios que a primeira apresenta. Explica a autora que se os vícios forem relevantes, essenciais, deverá optar-se pela nova perícia, caso contrário poderá recorre-se à renovação da perícia anterior. Mas acaba por reconhecer que, em determinadas situações, em face dos resultados da anterior perícia, seja necessário proceder a uma nova perícia que vai recair sobre objeto diferente ou sobre aspetos distintos dos considerados na perícia anterior e nestes casos a "nova perícia" funciona como uma "primeira perícia e não como uma forma de corrigir a anterior" - cf. DIAS, Maria do Carmo Silva - particularidades da prova em processo penal. algumas questões ligadas à prova pericial, *op. cit.,* p. 213.

segunda perícia não se podem apresentar novos quesitos, tal faculdade já será possível no caso da *nova perícia* porque nesta o objeto é distinto e os quesitos não foram ainda respondidos. Por isso também julgamos não fazer sentido a referência a *nova perícia* no CPP porque também essa expressão induz em erro, já que se trata, em boa verdade, de uma *primeira perícia* e não de um meio de reação ao relatório pericial como leva a subentender a sua inserção como alternativa à renovação da perícia anterior, e a epígrafe do artigo ser "esclarecimentos e nova perícia". Como tal, sempre seria desnecessária a sua referência em face da imposição de realização de prova pericial sempre que a perceção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos (art. 151.º do CPP).

As críticas não se ficam por aqui. Apesar de previstas diferentes formas de reação, que podem ser de iniciativa dos sujeitos processuais ou da autoridade judiciária/juiz, certo é que o quadro normativo se mostra omisso em aspetos essenciais.

Desde logo e para começar, não se mostra prevista a consequência para a falta de prestação de esclarecimentos pelo(s) perito(s). Julgamos que, quando assim suceda, devem observar-se as consequências previstas para o desempenho negligente das funções (arts. 153.º do CPP e art. 469.º do CPC).

Depois porque se no CPC se prevê que a falta de fundamentação das conclusões ou a contradição, obscuridade ou deficiência do relatório é causa que justifica a reclamação do relatório, que por sua vez está sujeito à livre apreciação do juiz, tal previsão não se encontra no CPP. Estas omissões não se mostram irrelevantes sobretudo se considerarmos o valor reforçado que o legislador confere ao juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial. Neste plano, se para uns parecem não subsistir dúvidas de que a inexistência de fundamentação de um relatório pericial deve arrastar consequências ao nível da validade da perícia, para outros, mais próximos de um conservadorismo positivista, a perícia surge como um meio de prova «em que a aparência de "científico" se sobrepõe à intrínseca necessidade de fundamentação completa, racional e objectiva desse meio de prova»[223].

Surge, contudo, generalizada a posição segundo a qual quando a fundamentação de um relatório pericial se mostra insuficiente ou inexistente, estaremos perante um meio de prova inválido e que sempre acarretará uma irregularidade de conhecimento oficioso (art. 123.º, n.º 2

[223] Cf. SOUSA, João Henrique Gomes de - A "perícia" técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial. *Julgar.* Coimbra. ISSN 1646-6853. N 15 (2011). Pp. 27-52, p. 46. O autor mostra-se crítico relativamente a esta tendência que encontra entre os juristas.

do CPP) ou uma nulidade processual intrínseca à perícia por existência de uma invalidade típica do meio de prova (arts. 188.º e 119.º do CPP)[224]. Para João Gomes de Sousa esta deverá ser a solução, já que tal posição afetaria exclusivamente esse meio de prova "[...] em termos de lhe retirar a credibilidade que o legislador lhe pretendeu atribuir em atenção à sua natureza: o qualificativo de juízo técnico ou científico inatacável"[225]. Também o TEDH já se pronunciou sobre esta necessidade de fundamentação do relatório pericial, decidindo que a sua falta constitui vício grave da investigação[226].

Outros problemas decorrem ainda do facto de no CPP não se prever o valor a atribuir ao relatório da perícia renovada. Será que esta afasta a perícia primitiva? Será que têm os dois o mesmo valor probatório? E se assim se entender como resolver quando os relatórios apresentem conclusões contraditórias?

3.1.3. FORÇA PROBATÓRIA

Este é um dos pontos em que se denota uma maior e mais significativa diferença de regime porquanto se o legislador manteve em matéria civil o princípio geral de acordo com o qual "a força probatória das respostas dos peritos é fixada livremente pelo tribunal" (art. 389.º do CC), no CPP consagrou um regime distinto, fixando que o juízo pericial se presume subtraído à livre convicção do julgador que, apesar disso, pode divergir desse juízo, desde que fundamente essa divergência (art. 163.º do CPP).

Mas porque estamos a desenvolver este capítulo para concluir se estamos perante um modelo único ou dois modelos distintos de prova pericial, revela-se pertinente compreender se as diferentes opções legislativas relativamente ao valor atribuído juízo técnico-científico (expressão com que abreviadamente continuaremos a referir o juízo técnico, científico e artístico) inerente à prova pericial no processo penal e no processo civil serão de cariz marcadamente teórico ou se delas decorrem implicações, designadamente a respeito de especiais exigências na valoração deste meio de prova.

---

[224] O TRP já se pronunciou pela irregularidade sujeita a arguição, que impede que o relatório possa ser valorado com especial força probatória decorrente do art. 163.º do CPP, mas admitindo a sua valoração como prova documental, sujeita a livre apreciação da prova (arts. 125.º, 126.º e 163.º do CPP). No caso, assim foi decidido por no relatório pericial não terem sido esclarecidos "[...] os métodos empregues para se proceder ao processo identificativo, nem são juntas aos autos quaisquer fotografias do vestígio digital alegadamente identificado e respectivas ampliações, bem como, do dactilograma com ele coincidente, para que fosse possível proceder às necessárias confrontações utilizando as regras formuladas por Locard" - ac. TRP. 10.04.2013. Proc. 430/09.2GDSTS.P1.

[225] Cf. SOUSA, João Henrique Gomes de - A "perícia" técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, *op. cit.,* pp. 46 e 47.

[226] Cf. ac. TEDH.16.02.2010. Eugenia Lazar v. Roménia.

Para tal, teremos que equacionar se o o valor reforçado conferido pelo legislador no CPP redunda no princípio da livre apreciação da prova na medida em que do disposto no art. 163.º do CPP resulta que o juiz pode afastar-se do parecer do perito desde que fundamente a sua divergência. Não será isso o que se extrai do CPP? Julgamos que não porque o que decorre do art. 163.º do CPP é um dever de especial fundamentação da divergência, não sendo suficiente uma apreciação "genérica e pouco consistente"[227], que faça apelos a conhecimentos decorrentes de experiência comum. E prova disso é que a doutrina refere argumentos da "mesma natureza".

Questão diferente é se, na prática, a jurisprudência não tem vindo a aproximar, na interpretação do CPC, as exigências de motivação nas situações de divergência do juízo pericial às exigências do CPP. Cremos que sim, como comprovaremos na secção 1.3 da parte IV. Mas em termos normativos o valor probatório mostra-se assim efetivamente distinto. A não ser assim, certamente não teria previsto o legislador o art. 163.º do CPP nem ficaria a constar essa preocupação da exposição dos motivos da Proposta de Lei n.º 21/IV, que antecedeu o CPP de 1987.

Para isso contribui ainda o facto de, desse distinto quadro normativo, decorrerem algumas implicações, designadamente em sede recursiva. Com efeito, o desrespeito pelas regras próprias da valoração legal ou tarifada (ainda que não sendo o caso, como já nos pronunciamos, do art. 163.º, n.º 1 do CPP, não podemos esquecer que nele se estabelece uma força probatória qualificada) implica a violação de normas de direito. Assim, se o STJ pode sindicar a decisão das instâncias inferiores quanto ao valor probatório atribuído à prova pericial em processos de natureza penal, já não o poderá nos processos de natureza cível porquanto nesses está sujeita à livre apreciação das instâncias, cabendo a estas, no âmbito dos seus poderes para julgar a matéria de facto, fixar livremente a força probatória da prova pericial[228]. E isto mesmo quando, numa interpretação que a nossos olhos se afasta já daquela que era intenção legislativa, aproximam o valor probatório ao valor reforçado previsto no CPP.

Assim, esta distinta força probatória não se revela apenas teórica, mas conhece implicações de ordem prática (que serão devidamente desenvolvidas na na secção 1.3 da parte IV) e assume-

[227] Cf. DIAS, Maria do Carmo Silva - Particularidades da prova em processo penal. algumas questões ligadas à prova pericial, *op. cit.,* p. 220.

[228] A título de exemplo sobre os poderes de cognição do STJ na reapreciação da decisão quanto ao valor probatório atribuído pelas instâncias superiores à prova pericial em processo penal, *vide* STJ. 20.06.1995. Proc. 087108 e sobre a impossibilidade de o fazer em processo cível por radicar apenas num eventual erro na apreciação das provas, STJ. 23.06.2021. Proc. 199/07.5TTVCT-E.G1.S1; STJ. 21.11.2006. Proc. 06A3489; STJ. 04.04.2003. Proc. 40/03; STJ. 15.01.2004. Proc. 3504/03; STJ. 22.01.2004. Proc. 3048/03 e STJ 13.02.2008. Proc. 07S2916.

se reveladora dos riscos da exaltação da ciência que apontamos na secção 2.3 da parte I. Esta divergência, manifestada a jusante, força-nos a (re)pensar, sobretudo no domínio penal, o brocardo *iudex peritus peritorum* e as implicações da produção da prova pericial na função jurisdicional como a conhecemos.

3.2. ENSAIO JUSTIFICATIVO

Os três momentos anteriormente analisados revelam-se significativos para uma resposta à questão que colocamos. Apesar de o que dissemos já ser suficiente para desvendar tal resposta, julgamos que a mesma só deve ser apresentada depois de compreendidas as razões que justificam essas diferenças.

Antes de o fazer, será de mencionar que não identificamos na doutrina nenhuma reflexão sobre as divergências de que nos temos vindo a ocupar. E não colhemos nos trabalhos preparatórios os motivos que justificam essas diferentes opções pelo legislador.

Mesmo na jurisprudência esta questão não tem sido debatida. A única alusão que encontramos foi num acórdão do TC que, pronunciando-se sobre se o princípio do Estado de Direito exigiria uma "harmonização do sistema jurídico" que impusesse a "[...] consagração de soluções legais idênticas quando exista alguma similitude de situações", mormente sobre se se deveriam impor também no CPC especiais exigências para o tribunal se afastar do juízo técnico-científico inerente à prova pericial, decidiu que essa harmonização não poderá significar nem impor soluções iguais nos diferentes domínios[229]. Muito embora tenha assim concluído, o tribunal não refletiu sobre a configuração unitária ou bipartida da prova pericial nem procurou (como agora pretendemos) desenvolver uma análise dos fundamentos que justificam as diferenças entre os regimes.

Começaremos então por adensar o que foi avançado pelo tribunal e ao qual já fizemos referência nos esclarecimentos preliminares desta parte para justificar a opção de analisarmos o recorte legal da prova pericial no CPP e CPC e que se prende diretamente com fins epistemológicos

[229] Cf. ac. TC 422/99. 30.06.1999. Proc. 698/98. Para o TC por isso se compreende "[...] que exista no processo criminal norma tal como a constante do nº 2 do artº 163º do Código de Processo Penal, e que já não se surpreenda essa existência no Código de Processo Civil, exactamente porque nem sequer se estatui a presunção segundo a qual é subtraído à livre apreciação do juiz que o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial [...]". O principal argumento para assim se residir foi o de que "[...] no processo criminal, e porque não se pode olvidar que a inocência do arguido se presume até ao trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo uma das suas garantias o próprio direito ao recurso quanto a sentenças impositoras de sanções penais, o dever de fundamentação da sentença quanto à matéria de facto há-de impor-se com maior acuidade do que no domínio civil, sendo certo que desta afirmação não decorrerá desde logo que as soluções consagradas no processo penal são as únicas que se hão-de considerar como conformes à Constituição ou, ao menos, como as mais conformes a ela".

da investigação: o facto de tradicionalmente se lhes associarem a distintas conceções de verdade por conhecerem uma distinta estrutura processual e probatória.

Assim, seguindo a ordem de exposição anterior, cremos que seja esta diferente conceção que justifica, em primeira linha, a exigência da produção da prova pericial sempre que "a perceção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos" (art. 151.º do CPP). De facto, este dever de produção deste meio de prova parece-nos decorrer do dever que o legislador impõe ao tribunal penal de ordenar a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa (art. 340.º, n.º 1 do CPP). Dever que, por sua vez, se encontra enraizado na dimensão política e epistemológica própria do processo penal. Esta justificação avançada ganha força porque o mesmo dever não se mostra, pelo menos de forma tão premente no CPC, assente num princípio geral do dispositivo que faz recair sobre as partes o ónus de alegação e prova, assumindo o juiz um papel menos ativo no processo.

Julgamos que estas preocupações justificam ainda, em segunda linha, a opção pela natureza da prova pericial admitida no CPP e no CPC. De facto, é a natureza publicista do processo penal que justificará a opção pela exclusividade da perícia pública, enquanto no CPC se permite que as partes possam escolher e contratar peritos de sua confiança, afastando até o perito nomeado pelo tribunal. Além disso, porque o processo civil conhece natureza privatística, moldado à luz de um princípio do dispositivo, compreende-se que o legislador não tenha previsto qualquer critério de seleção do perito pelas partes quando lhes é atribuída a faculdade de escolher um perito ou de afastar o perito inicialmente designado pelo juiz. O mesmo já não sucederá no processo penal, em que não se prevê a possibilidade de realização de perícias por perito nomeado pelas partes porque este processo tem natureza publicista.

Por outro lado, é igualmente a distinta configuração do processo penal e do processo civil que justifica, no caso do CPP, a delimitação do objeto da perícia aos quesitos fixados pelo tribunal e no caso do CPC ao objeto da perícia determinado pelo tribunal. Como vimos, a fixação de quesitos tem a virtualidade de delimitar a perícia mais do que quando é fixado o seu objeto e essa opção tem a sua razão de ser, cremos, na preocupação de uma maior vinculação do perito ao processo, dada a natureza própria do processo penal. Uma preocupação também acrescida em face do valor reforçado atribuído no CPP ao juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial. E exatamente por esta razão se alcança a proibição prevista no CPP de valoração de

quaisquer conhecimentos que o perito obtenha que não incidam sobre o seu objeto e que não se traduzam no relatório pericial e no CPC se admita a eficácia extraprocessual da prova pericial[230].

Algo que se reflete também na previsão no CPP de as partes poderem participarem na definição objeto da perícia e no CPP não se consagrar tal faculdade.

Também será esta distinta configuração o que justifica que no CPP o legislador tenha estabelecido um dever geral de assistência pela autoridade judiciária à perícia, sempre que possível e convivente a sua assistência, e no CPC esse dever apenas exista quando o juiz o considere necessário. A presença da autoridade está diretamente relacionada com um maior controlo da atividade do perito e, pois, com o papel mais ou menos ativo da autoridade judiciária na descoberta da verdade.

Mas pensamos que razões mais profundas podem justificar estes pontos dissonantes da prova pericial no CPP e CPC. São questões que se colocam a montante do processo penal, relacionadas com problemas de ordem ideológica.

Assim é porque o CPP, pela sua estrita ligação com a conceção do homem e valores fundamentais da comunidade, é um dos ramos de direito mais fortemente ideologizado e, sendo fruto de uma complexa interação de dimensões políticas e epistemológicas, assumiu num compromisso com os valores do Estado de Direito Democrático que, processo a processo, têm que ser respeitados[231]. Um compromisso muito vincado sobretudo quando comparado com o domínio civil porque o CPP de 1987 surge como um corte ideológico face ao direito probatório vigente na Ditadura Militar e Estado Novo, muito marcado por uma dimensão política central na recuperação do monopólio do poder de decisão final por parte de um aparelho burocrático. Efetivamente, a revolução de abril de 1974 impôs um novo olhar sobre os direitos fundamentais e a dimensão política dos procedimentos de indagação estadual que determinaram a integração no processo penal de elementos de uma ordem isonómica, já anteriormente reclamada. O CPP

[230] Esta eficácia extraprocessual não é, contudo, ilimitada. Sobre os seus limites leia-se o art. 421.° do CPC.

[231] Cf. preâmbulo do CPP, *passim*. Sobre a natureza do processo penal e as suas relações com a conceção do Estado pode ler-se MAXIMIANO, Rodrigues - A Constituição e o Processo Penal: competência e estatuto do Ministério Público, do juiz de instrução criminal e do juiz julgador - a decisão sobre o destino dos autos e os artigos 346.° e 351.° do Código de Processo penal. *Revista do Ministério Público*. Lisboa. ISSN 0870-6107. A II, V 5 (1981), pp. 119- 138 e MAXIMIANO, Rodrigues - A Constituição e o Processo Penal: competência e estatuto do Ministério Público, do juiz de instrução criminal e do juiz julgador - a decisão sobre o destino dos autos e os artigos 346.° e 351.° do Código de Processo penal. *Revista do Ministério Público*. Lisboa. ISSN 0870-6107. A II, V6 (1981), pp. 91-130; PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur - *A Constituição e o Processo Penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2007. ISBN 9789723215069, pp. 73-79; DIAS, Jorge de Figueiredo - O Novo Código de Processo Penal. *Separata Boletim Ministério da Justiça.* Lisboa. ISSN 0870-337X. N 369 (1987), pp. 5-23; DIAS, Figueiredo - *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2004. ISBN 9789723212501 e RODRIGUES, Anabela Miranda - A Fase Preparatória do Processo Penal: Tendências na Europa. O Caso Português. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*: *estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*. Coimbra. Coimbra editora, 2001. ISBN 9789723210507. Pp. 943-944.

assumiu-se como um marco do "triunfo do moderno Estado de Direito social" sobre a "afirmação da vertente meramente liberal do Estado de Direito clássico"[232] e por isso se percebe que o sistema probatório penal tivesse passado a integrar, além da regulação do rito desde a notícia do crime à sentença, um conjunto de valores jurídico-políticos que já não são suportados em regras estritamente processuais mas convocam juízos materiais (como é o caso de matérias relacionadas com a privacidade e a proteção contra a autoincriminação). Na alteração deste paradigma a atividade do juiz é marcada como expressão de uma técnica aplicada com atenção ao "espírito das instituições" numa perspetiva organicista e cooperativa que, para além de preocupada com uma dimensão social do direito, "[...] se apresenta indissociável da reorganização global do sistema processual e judiciário e do peso do jurídico e dos juristas na estrutura estadual de saberes e poderes"[233].

Ora, se este contexto justifica a necessidade de produção de prova pericial sempre que para apreciação e perceção os factos se requeiram especiais exigências, é também este contexto que justifica o valor reforçado da prova pericial atribuído no CPP porque neste domínio penal subsiste uma maior reserva (ou desconfiança) quanto ao exercício da função jurisdicional. Assim é porque as relações entre liberdade individual e autoridade pública assumem no processo penal, quando comparado com processo civil, uma "preponderante relevância constitucional e política"[234] e assim se reconhece que a área criminal é aquela em que a judicatura é mais delicada por contender com direitos fundamentais e valores essenciais à vida em sociedade e situações que convocam um "*pathos* fortemente desafiador da humanidade" com exigências da singularidade e mundividência do juiz[235]. Daí que o princípio da culpa e o princípio da presunção da inocência, que encontram o seu fundamento axiológico no princípio da inviolabilidade da dignidade penal, princípio essencial à ideia de Estado de Direito Democrático, imponham uma atuação voltada para a descoberta da verdade material e, quando comparado com o domínio civil, o dever de fundamentação da decisão se imponha com maior acuidade. Assim é porque se no CPP relevam sobretudo questões de ordem técnica, no CPP essas questões são conformadas com

[232] Cf. preâmbulo CPP, ponto II.5.

[233] Cf. MESQUITA, Paulo Dá - Alguns sinais sobre tendências actuais do processo penal português: convergências metodológicas sobre o contraditório, a prova, a imediação e a confiança nos juízes, *op. cit.,* p. 112.

[234] Cf. SILVA, Germano Marques da - *Curso de Processo Penal, op. cit.*, p. 32.

[235] Cf. PATRÍCIO, Rui - Imparcialidade e processo penal: três problemas. *Julgar*. Coimbra. ISSN 2183-3419. N 30 (2016). Pp. 43-61, p. 44.

considerações de ordem política[236]. E por força dessa conformação política e interferência na vida privada do indivíduo há maiores reservas ao exercício da função jurisdicional[237].

Assim, outra das explicações possíveis para a assimetria dos modelos poderá então residir nas diferentes expectativas judiciais que lhes são inerentes. Esta é uma questão que se relaciona também com o distinto nível de exigência probatória entre as jurisdições penal e civil. Em traços muito gerais, uma das grandes diferenças entre estas jurisdições reside precisamente nos diferentes standards de prova a considerar na decisão do tribunal: enquanto na primeira, considerados os riscos de erro, se exige, para se considerar provada uma hipótese, um standard muito exigente ("acima de qualquer dúvida razoável"), na segunda o nível de exigência é menor (bastando-se, p. ex., standards como "mais provável que a sua negação" ou "prova clara e convincente").

Além disso, julgamos poder contribuir ainda a forma como o perito é selecionado[238]. Tal revela-se sobretudo na forma como tradicionalmente a prova pericial proveio de disciplinas desenvolvidas para o processo penal. De facto, como já tivemos oportunidade de expor na parte I, foi precisamente no processo penal que se sentiram mais fortemente os primeiros impactos do desenvolvimento tecnológico e científico e aí se firmaram as primeiras vozes para um corte com a livre convicção (entendida como um processo cognitivo desenvolvido numa fase sentimental) a favor de um juízo de caráter científico que seria possível mediante formação dos magistrados que lhes conferisse conhecimento diversificado e científico noutras áreas do saber que se mostrassem relevantes para a apreciação dos litígios, em sede de (livre) apreciação da prova. Mas não só as ciências forenses se desenvolveram no contexto do processo penal, como foram criados organismos oficiais e públicos para a aplicação dessas ciências, modificando de diferentes formas

---

[236] Cf. SILVA, Germano Marques - *Curso de Processo Penal*, *op. cit.,* p. 18. Nas palavras do autor "[o] processo penal [...] não tem natureza meramente instrumental, formal e técnica, tem alto significado ético e político nele que se revela mais nitidamente a coordenação do Estado e do indivíduo. É um campo em que se debate a correlação entre interesses do Estado, na perseguição dos criminosos para defesa da sociedade, e na pessoa, na defesa da sua liberdade, honra e património".

[237] Julgamos que este entendimento seja também aquele que é expresso na perspetiva crítica ao modelo desenvolvida por Paulo Dá Mesquita. Numa ponderada análise deste preceito, Paulo Dá Mesquita salienta que a redação revelou "[...] a contenção legislativa na fixação e constrangimentos diretos sobre o processo inferencial judicial, com o objetivo de limitar a livre apreciação judicial sobre o *juízo técnico, científico ou artístico"* e por isso "[se fixou] o dever judicial específico de fundamentar a *divergência* relativamente ao *juízo dos peritos*". Refere que se tratou de uma "opção prudente" que "[combinou] uma política repressiva drástica sobre a formação da convicção com a ausência de uma política preventiva em termos de contaminação informativa" e que denuncia um "[a]cusatório repercutido na desconfiança face ao tribunal, constrangendo-o em alguns parâmetros sobre a informação a que pode atender, existindo no direito português, em determinados aspectos, soluções drásticas mesmo por comparação com sistemas adversariais [...], combinada com a confiança na capacidade mental e psicológica do tribunal em geral, e do juiz presidente em particular, face a ausência de uma política preventiva que obste ao acesso à informação" - cf. MESQUITA, Paulo Dá - *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano, op. cit.,* p. 370, 624 e 625.

[238] Cf. DWYER, Deirdre - (Why) are civil civil and criminal expert evidence diferente? *Tulsa Law Review* [Em linha]. V 43, N 28. (2007), pp. 381-396. [04.09.2022]. disponível em https://digitalcommons.law.utulsa.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2613&context=tlr. ISSN 1942-986X, p. 388.

a sua produção (p. ex., dispensando-se a presença do perito oficial em audiência de julgamento ou reconhecendo-se valor reforçado à prova pericial produzida por perito oficial) unicamente em função da sua institucionalização[239]. Em causa um «[...] deslumbramento consequente ao advento da prova científica [...]»[240] que justifica(va) uma deferência do juízo judicial ao juízo científico.

Uma opção que se justificará também pela crescente importância que a associação entre a ciência e a justiça tem conhecido no discurso político e judicial como garantia de maior proximidade à verdade e, por via disso, como forma de conferir dupla autoridade à decisão judicial e maior confiança na capacidade e eficácia na administração da justiça. Preocupações que, mais uma vez, se mostram particularmente indissociáveis do caráter publicista do CPP em afastamento da conceção privatística do CPC.

PONTO DE ORDEM

Propusemo-nos nesta parte analisar o recorte legal da prova pericial no CPP e CPC. Assim o fizemos. Depois dessa análise apresentamos uma síntese comparativa da qual resultam inúmeros aspetos divergentes entre os regimes. Para lá da preferência pela perícia pública e singular e pela vinculação do objeto da perícia ao que for designado pelo tribunal, parece serem mais os pontos dissonantes do que aqueles que os unem.

Cremos que a possibilidade de realização das perícias por peritos escolhidos pelas partes e o afastamento do perito nomeado pelo tribunal no domínio do CPC, bem assim como a maior disponibilidade permitida às partes e aos peritos, a que se soma a sujeição da prova pericial à livre apreciação do juiz, nos permite concluir pela bifurcação do regime da prova pericial.

As diferenças que apontamos anteriormente revelam-se, como vimos e densificaremos mais à frente, a jusante e a montante da produção deste meio de prova e desafiam diferentes atitudes de um ponto de vista judicial.

Por confronto com os riscos da exaltação da prova pericial expostos na secção 2.2 da parte I, parece-nos que é na configuração do CPP que há motivos para maiores preocupações quando à sua adequação ao modelo de administração da justiça. De um ponto de vista do exercício da função jurisdicional porque parece mais amplo o campo da sua admissibilidade, mas também

[239] Cf. VÁZQUEZ, Carmen - *De la prueba científica a la prueba pericial,* p. 139.
[240] Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Processual Penal, op. cit.,* p. 208.

porque o juízo técnico-científico não se encontra sujeito à livre apreciação do juiz, que deverá motivar o seu afastamento mediante a invocação de um juízo igualmente técnico-científico. De um ponto de vista epistémico porque esse regime pode potenciar uma anuência do juízo judicial ao juízo científico e admitir-se a produção de conhecimento não confiável como o sendo.

Apesar disso não podemos esquecer que fomos dando conta que no domínio do CPC muitas são as incoerências encontradas entre o recorte legal e a realidade da judicatura, mormente a respeito da valoração. Por isso não podemos excluir que também nos processos que seguem este regime se coloquem idênticas preocupações.

Uma resposta sobre a adequação dos modelos exigirá sempre um conhecimento da sua aplicação prática. Esta visão será apresentada na parte IV.

Seguiremos, para já, com uma perspetiva doutrinal que nos permitirá concretizar alguns aspetos que se mostram relevantes para esse objetivo, sobretudo de um ponto de vista epistemológico.

PARTE III

APROXIMAÇÃO TEÓRICO-DOUTRINAL À PROVA PERICIAL: (DES)CONSTRUINDO CONCEITOS

DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ANÁLISE E ORDEM METODOLÓGICA DA EXPOSIÇÃO

Depois de termos exposto os principais traços do bloco normativo da prova pericial no CPP e no CPC, impõe-se traçar uma delimitação de conceitos e de natureza das diferentes figuras em que centraremos a nossa investigação. Tal justifica-se porque, como vimos, desse bloco não resulta qualquer definição ou delimitação de conceitos - mormente da própria prova pericial ou do perito - que, para nós, assumem interesse manifesto.

Esta tarefa não se vislumbra simples, sobretudo se considerarmos que, para além desses diplomas, são variadíssimas as referências legislativas *ad náusea* - a que já apelamos -, nem sempre concordantes quanto à terminologia ou natureza das matérias que nos ocupam, com natural reflexo numa variabilidade terminológica, classificatória, aplicativa e doutrinal[241].

Nessa perspetiva, julgamos ser este o momento de assumirmos uma posição numa discussão que, ao longo de décadas, ocupou os espíritos mais próximos desta temática, centrada na delimitação da natureza jurídica e material da prova pericial. Pese embora à primeira vista o debate possa parecer meramente doutrinal e esvaziado de utilidade prática, certo é que a qualificação da prova pericial como meio de prova, meio de obtenção de prova ou como uma realidade *sui generis*, e, por efeito, a de perito como sujeito processual próximo do tribunal, muitas vezes equacionado como um verdadeiro "colaborador" do juiz, ou aproximado a outros participantes processuais, será determinante para melhor refletirmos sobre a adequação do seu regime ao modelo de administração da justiça.

Esta parte está dividida em três capítulos.

No primeiro, intitulado "A complexidade da prova pericial: diferentes concetualizações e configurações" concentraremos as atenções na configuração que a prova pericial assume no nosso processo judicial. Sem esquecermos as variadas aparências que lhe foram sendo conferidas pelo legislador ao longo dos tempos, cuidaremos em especial de apresentar os seus traços distintivos para melhor compreender a sua função e natureza, e assim delimitar o seu campo. Lançaremos ainda um olhar sobre algumas classificações das perícias em função das diferentes tipologias que podem assumir no atual quadro normativo.

[241] Considerando a extensão da lista bibliográfica que faria aqui sentido indicar, optamos por dar por reproduzidas as referências que faremos ao longo do presente capítulo pois que é sobre esta variabilidade legislativa, doutrinal e jurisprudencial que nos debruçaremos e tomaremos posição.

No segundo capítulo, intitulado "A prova pericial do ponto de vista subjetivo: o papel do perito no processo judicial" olharemos para o protagonista. Procurando melhor compreender a sua natureza, detalharemos uma visão comparatística com outros participantes processuais *lato sensu*[242] de molde a melhor delimitar e compreender o seu papel no sistema judicial.

No terceiro, que intitulamos "Natureza jurídica e material da prova pericial", procuraremos dar resposta à natureza da prova pericial e à figura do perito. Uma questão que se mostra necessária em face da indefinição que deriva de uma confusão normativa, doutrinal e jurisprudencial. Mas mais do que isso: uma questão que nos convoca para algumas considerações de ordem epistemológica porque exige uma reflexão em torno do que é ser-se perito e de como o perito intervém no processo judicial e como com ele podemos apreender. Este capítulo será um ponto central para as partes seguintes desta investigação porque marcará o ponto de partida para a reflexão crítica e epistemologicamente orientada sobre a (des)adequação dos nossos sistemas de prova pericial à administração da justiça que apresentaremos na parte V.

Se partimos para esta análise cientes de que resposta a qualquer uma destas questões se mostra dependente da forma pela qual a prova pericial e o papel do perito são concebidos no Direito substantivo e adjetivo, estamos igualmente conscientes de que a falta de posição legislativa unívoca sobre as questões que aqui discutimos nos exige um olhar sobre a - também - babilónia concetual decorrente das práticas hermenêuticas.

É com estes objetivos que rumamos neste itinerário. Não sem antes deixarmos aqui uma nota: a de que não é nossa intenção desenharmos uma definição própria de *prova pericial* ou de *perito* porque estamos cientes de que qualquer proposta de definição será artificial e deixará dela excluídas tantas ou mais caraterísticas e/ou situações como aquelas que, *a priori*, se mostrariam nela previstas. Sobretudo porque qualquer concetualização que se faça impedirá uma interpretação adequada e ajustada à evolução de muitas das problemáticas que envolvem estas

[242] Recorremos aqui à terminologia adotada por Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques. Estes autores designam por «participantes processuais "*lato sensu*"» todos aqueles que têm algum tipo de intervenção nos processos judiciais, distinguindo, todavia, dentro destes, os "sujeitos processuais" e os «participantes processuais "*stricto sensu*"». Os primeiros serão aqueles que integram a relação jurídica processual triangular e assim conformam ativamente a tramitação do processo (as partes, os mandatários e o tribunal) e os segundos aqueles que, sendo terceiros perante essa mesma relação, têm o dever de cooperar na descoberta para a verdade - cf. SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel - *Código de Processo Penal anotado.* 2ª. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2008. ISBN 972-51-0836-1. V 1, p. 129. Salvo indicação em contrario quando fizer uso da expressão participante processual referimo-nos aos «participantes processuais "*stricto sensu*"». Não descuramos que na doutrina possam ser encontradas outras expressões para designar estes últimos. É o caso, p. ex. de "participantes acidentais" com o sentido que os anteriores autores atribuem aos «participantes processuais "*stricto sensu*"» - cf. FREITAS, José Lebre de - *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código.* 4.ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2017. ISBN 978-989-99824-1-3, p. 75 e SILVA, Germano Marques - *Direito processual penal português - noções e princípios gerais: sujeitos processuais.* 2.ª ed. 2.ª reim. Lisboa: Universidade Católica editora, 2020. ISBN 9789725405666. V 2, p. 156.

figuras. E tal intento sempre poderia revelar-se, por isso, de um ponto de vista epistémico, que é o que nos ocupa, contraproducente. Dito isto, o que procuramos nas próximas páginas é apontar os traços distintivos da prova pericial e do perito perante figuras afins, numa tentativa tópica de alinhar entendimentos para a reflexão da investigação que se seguirá.

1. A COMPLEXIDADE DA PROVA PERICIAL

1.1. DIFERENTES CONCETUALIZAÇÕES E CONFIGURAÇÕES

Como muitas outras realidades jurídicas, a prova pericial foi sofrendo, ao longo dos tempos, uma evolução expressiva. O significado que hoje lhe é atribuído afasta-se da sua "significação genuína" sobretudo pela "força adúltera da aceção jurídica"[243]. As alterações concretizadas não foram meramente formais ou por preciosismo, mas de caráter substancial. Aliás, foram tão profundas que, no dizer da doutrina, "[...] a final, se traduzem em alterações e distorções na administração da justiça"[244].

Não que esse tenha sido um fenómeno vivido em exclusivo em Portugal. Como descreve Pier Paolo Rivello com o que sucedeu em Itália, a abordagem adotada pelas diferentes codificações sucessivas no tempo não mostra a existência de um caminho evolutivo ideal para uma estrutura sistemática mais rigorosa e, em vez disso, torna clara a heterogeneidade de soluções adotadas, principalmente devido às diferentes visões ideológicas sobre a relação entre Direito e ciência[245].

Já dissemos em momento anterior que hoje estamos num momento em que se reconhece e apela, de forma generalizada, à interdisciplinaridade - ou transdisciplinaridade - do conhecimento. E também já nos pronunciamos quanto à crescente exigência de especiais

[243] Cf. SANTOS, Jorge Costa - Intervenção pericial pluridimensional e interdisciplinar na área da justiça. In ASSOCIAÇÃO MUNDIAL DE PSIQUIATRIA E PSICOLOGIA FORENSES E CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS - *Criminalidade e Cultura: actas.* Lisboa: CEJ, 1992. ISBN 972-9122-11-3. V II, pp. 27-48.

[244] Cf. SANTOS, Jorge Costa - Intervenção pericial pluridimensional e interdisciplinar na área da justiça, *op. cit.*.

[245] Cf. RIVELLO, Peir - *La prova scientifica.* Milano: Giufrè Editore, 2014. ISBN 9788814188480, pp. 197 e ss. Diríamos nós, no seguimento do descrito na parte I, da própria evolução do conhecimento.

conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos na apreciação e perceção dos factos em litígios judiciais. Compreende-se, atento o contexto atual de desenvolvimento tenológico e científico e a cada vez maior especialização do conhecimento, ser adequada a opção legislativa de não se consagrar uma convenção que preveja, de forma discriminada, as situações em que deve haver lugar a prova pericial e o campo de intervenção do perito.

Apesar disso, a literatura não permite grandes dúvidas quanto à função da prova pericial e ao papel do perito nos processos judiciais. Hoje parece ser dado assente que o perito não se limitará a observar factos, esperando-se dele uma participação mais ativa que permita ao tribunal melhor compreender os factos em discussão[246]. Uma participação tão ativa que leva a doutrina a defender que o legislador deveria ter reconhecido, normativamente, os peritos como "[...] verdadeiros elementos «auxiliares» ou «colaboradores» do tribunal [...]", sendo até "desejável a sua " [...] «funcionalização» em estrita colaboração e, eventual, dependência das autoridades judiciárias"[247].

Mas nem sempre foi assim. Lembramos que apenas no séc. XX a prova pericial conheceu a sua configuração final. Até então, este instituto, de caráter residual, foi objeto de significativas e estruturais reformas e diferentes designações.

Inicialmente reduzida à observação pelo próprio juiz de "feridas abertas e sangrentas e [..] negras e inchadas"[248], tal como previsto nas Ordenações Afonsinas, apenas mais tarde, com as Ordenações Manuelinas, se abre o processo judicial a entidades terceiras que pudessem contribuir para a decisão da causa - os chamados *aluidradores*[249]. Julgamos poder aqui situar a consciência da importância da imparcialidade deste terceiro especialista porque se denota já na altura a manifestação de alguma preocupação com o exercício independente e imparcial das funções. Previa-se, inclusivamente, que se a parte a quem o *aluidrador* prestava os seus serviços tivesse fundadas suspeitas acerca do seu desempenho, devia comunicar ao juiz para que fosse nomeada outra pessoa. Os serviços tinham que ser prestados "per homem sem suspeita". Para além disso já se exigia que os *aluidradores* fossem "ajuramentados", prestando assim compromisso de um

[246] Este entendimento, como veremos, decorre sobretudo da literatura, mas não estamos certos que decorra da letra da lei. Lembramos a respeito o que já destacamos no capítulos 2.1 e 3.1 da parte II quanto à forma como se encontra redigido o art. 388.º do CC do qual se extrai que "a prova pericial tem por fim a percepção ou apreciação de factos por meio de peritos".

[247] Cf. FERREIRA, Marques - Meios de prova. In CEJ - *Jornadas de Direito Processual Penal: o Novo Código do Processo Penal*. Coimbra, Almedina, 1997. ISBN 9789724002576. Pp. 219-270, p. 264.

[248] *Vide* § 4 do Título XXXII do Livro 5.º e § 1 do Título XXXXIIII do Livro 5.º das Ordenações Afonsinas. Disponíveis em http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/ [16.03.2023].

[249] São os "aluidradores" - *vide* Título LXXXII das Ordenações Manuelinas – disponíveis em http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas// [16.01.2021]. Destacaremos a itálico os termos e figuras que mais tarde viriam a ser consagradas no regime da prova pericial como a conhecemos.

cumprimento consciencioso das funções, tal como sucede ainda nos dias de hoje. O juramento era, contudo, prestado aos Santos Evangelhos e, por isso, parece que não só deveriam ser respeitadas as regras e técnicas jurídicas como também os preceitos religiosos. Neste Código Manuelino também se fazia já referência à realização de *exame*[250].

No período que se seguiu, foram publicadas as Ordenações Filipinas e aí a realização de perícias ganha uma nova importância. Isto porque, além de se manterem as referências previstas já nos Códigos anteriores, prevê-se neste novo Código um órgão privativo para realização das perícias à parte do órgão judiciário, ainda que não se verifique tal separação em todas as situações[251].

Não ocorreram muitos desenvolvimentos nos anos seguintes, sendo apenas de destaque o Assento da Relação do Porto, de 20 de novembro de 1760, que se pronunciou sobre o local de realização os *exames* de feridos e sobre quem deveria ser chamado a realizá-los, determinando que fosse um Cirurgião do partido da Relação ou dois, caso um não fosse suficiente, ou que aquele fosse assistido por um médico do mesmo partido da Relação[252].

As referências doutrinais aos *exames* por peritos vinham-se resumindo à necessidade de os *exames* serem indispensáveis tanto nos ferimentos graves como nas simples contusões e que o *exame* se deveria realizar por dois cirurgiões, que deveriam ser especialistas na matéria a analisar, e que estariam sujeitos a prestar juramento porque é precisamente este ato que lhes atribuiria credibilidade, sendo certo que se não houvesse uma decisão unânime, se atenderia ao parecer do mais velho e se apenas houvesse um na cidade, a perícia seria por ele realizada[253].

Em termos legislativos, deve ser destacado o Decreto n.º 24 de 16 de maio de 1832, nos termos do qual ficou previsto, no seu art. 179.º, que o corpo de delito podia fazer-se ou pela

---

[250] Cf. § 2.º do Título XLII do Livro 5.º das Ordenações Manuelinas. Por referência ao crime que hoje designamos de ofensas à integridade física referia-se que o mesmo só teria lugar se fossem mostradas feridas abertas e sangrentas ou pisaduras ou nódoas inchadas e negras. Não sendo as mesmas mostradas, então não haveria lugar a querela, a não ser que se mostrasse "auto feito por algum Tabelião com autoridade de Juiz, em que der fé que lhe viu as ditas feridas de forma sobredita, e que protestou querelar tanto que soubesse quem o ferira". No mesmo Livro, no Título LXXVI, fazia-se referência ao crime de violação na hipótese de uma mulher ser forçada ou violada num lugar ermo, indicando-se os sinais com que se poderia provar tal indicação (como altos brandos, choro abundante, queixas apresentadas a todas as pessoas que encontrasse no caminho até à cidade ou à casa do magistrado, sem que entrasse noutra casa, pois só assim se poderiam analisar os vestígios materiais da violência, sem que pudesse ser atribuída a outrem que não o acusado).

[251] Nos termos destas novas disposições, passou a incumbir ao juiz o dever de fazer exame nas feridas que se encontram em virtude de motim, ordenando que veja no próprio dia a qualidade das feridas, devendo registar em auto as suas observações (§ 37 do Título LXV do Livro I). No seguimento, no § 38 referia-se que, em caso de feridas mortais, e das quais se conhecesse o autor, este fosse preso até que as mesmas fossem analisadas pelos "melhores dois Cirurgiões que na terra houver". Igual destaque merecia a importância atribuída a terceiros dotados de especiais conhecimentos, permitindo que fosse desfeita a compra de escravo da Guiné quando o comprador, estando longe do vendedor, fizesse "examinar a mercadoria por dois Físicos" e estes declarassem que ele era manco ou padecesse da doença ou manqueira que já tinha ao tempo da venda - *vide* § 7 do Título XVII do Livro IV. No Código, é em nota feita a clarificação que os mencionados físicos seriam médicos.

[252] COSTA, Affonso - *Os peritos no processo criminal: legislação portugueza - criticas - reformas.* Coimbra: Manuel de Almeida Cabral editor, 1895, pp. 24 e 25.

[253] COSTA, Affonso - *Os peritos no processo criminal: legislação portugueza - criticas - reformas, op. cit.,* pp. 25 e 26, nota de rodapé 1.

inspeção ocular, ou por testemunhas, tendo a primeira lugar, sempre que possível, nos crimes que deixassem vestígios permanentes.

Deste diploma serão ainda de destacar as disposições que impunham que o *exame* fosse realizado por *peritos*, que deveriam saber de medicina legal, e que deveriam assinar um auto onde fizessem registar "[...] todas as circunstâncias, que disserem relação ao modo, por que o delito for cometido e a pessoa dos supostos delinquentes". A esse *exame* poderiam assistir os "delegados e subdelegados do Procurador Régio", que também poderiam "[...] requerer tudo quanto convier para melhor indagação da verdade, e nomear testemunhas" (art. 184.º).

Notamos na análise deste diploma que se passou a fazer abertamente referência aos termos *peritos* e *exame*, prevendo-se ainda que os peritos fossem pessoas com conhecimentos específicos na área em que interviessem e que os delegados do Procurador pudessem ter acesso a todas as informações tidas por convenientes para a descoberta da verdade.

Sem dúvida que este diploma representou, por isso, um passo importante para o desenvolvimento que se seguiu nos anos posteriores. Transparecia, na altura, uma preocupação com as qualificações dos peritos sobre a matéria objeto do litígio e a necessidade de serem partilhadas todas as informações que julgasse convenientes para o apuramento dos factos[254]. A intervenção dos peritos parecia, contudo, reduzida às matérias em que fosse possível uma "observação ocular".

O campo de atuação não se mostrou, contudo, alargado com a publicação do Código de Seabra[255]. Prevendo a realização de prova por *vistorias* e *exames*, o art. 2418.º, inserido no capítulo III do Título I (das provas) do Livro II (da prova dos direitos e da restituição deles), permitia-se a realização deste tipo de prova para "averiguação de factos, que tenham deixado vestígios, ou possam ser sujeitos a inspeção, ou exame ocular". A doutrina reclamava assentar esta disposição num "vício *substancial*" porque o legislador havia-se limitado a retratar o campo objetivo de aplicação, passando à margem da natureza intrínseca desta prova, sem mencionar os meios ou instrumentos que a caracterizariam e por isso a definição abrangia tanto a vistoria e exame, como a prova por inspeção judicial e a prova testemunhal[256]. A nomenclatura assentava numa certa

[254] Cf. art. 181.º Decreto n.º 24. 16.05.1832. Disponível em https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1799.pdf [16.01.2021].

[255] *Código Civil Portuguez*. 01.07.1867. Carta de Lei de 01.07.1867. Disponível em http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf [16.03.2023].

[256] Cf. VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel e NORA, Sampaio e - *Manual de processo civil*. 2.ª ed. ver. at. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 9789723201086, p. 575. Este vício não foi superado no CPC de 1939 e viria apenas a ser colmatado com a publicação do CC de 1966.

confusão terminológica e classificatória - que viria a manter-se - tratando o legislador destas figuras de forma aparentemente justaposta[257].

Porém, um importante passo foi tomado, sujeitando a valoração desta *vistoria* e *exame* à avaliação do juiz "conforme as circunstâncias e demais provas da causa" (art. 2419.º).

Deve sublinhar-se igualmente que não terá sido impensado o facto de a *vistoria* ocupar o segundo lugar na ordem das provas, encontrando-se logo após à confissão. Deste aspeto decorre implícita a importância que, até à data, era reconhecida à prova realizada por via da *vistoria*. Um retrato evidente desta situação é-nos apresentado por José Dias Ferreira, que afirmou que até à promulgação do Código os juízes aceitavam o resultado da *vistoria*, apenas concedendo a possibilidade da realização de um segunda quando se arguia que a primeira seria lesiva, de maneira a não se julgar contra aquela (Título LXXVIII do Livro III das Ordenações Manuelinas)[258]. A introdução desta disposição parece ter procurado conferir uma maior liberdade ao julgador para interpretar e valorar o resultado da *vistoria* em equilíbrio com as demais provas produzidas - opção que se viria a manter até aos nossos dias. Parece depreender-se algum alívio na apreciação que o autor faz deste novo regime, deixando bem claro que os juízes, ao abrigo desta nova disposição, poderiam abandonar aquela que era prática antiga, já que não seriam obrigados a conformarem-se com a *vistoria*, estando a mesma sujeita à apreciação e valoração como as demais provas produzidas e apenas devendo ordenar a realização de uma segunda *vistoria* se a primeira não tivesse respeitado as formalidades legais, nos termos do art. 599.º daquela que foi designada por Novíssima Reforma Judiciária[259]. Apesar de tudo, apelava já o autor para o facto de os juízes, quando tomassem as declarações aos *louvados*, devessem exigir e fazer constar do auto de *vistoria* as bases em que se apoiaram para o *arbitramento*[260].

Estes meios de prova viriam a ser, posteriormente, com a promulgação do Código de Processo Civil e Criminal em 1876, integrados na figura do *arbitramento*, que teria lugar por meio de *exame* ou *vistoria*, para averiguação de algum facto, ou por *avaliação*, para determinação do

[257] Na verdade, os termos referiam-se a atividades distintas: o arbitramento designava-se por vistoria quando tivesse por objeto prédios ou bens imobiliários; seria exame quando fosse realizado às pessoas, documentos e coisas mobiliárias; e quando tivesse por finalidade verificar o valor dos bens designava-se por avaliação.

[258] Cf. FERREIRA, José Dias - *Codigo Civil Portuguez Annotado.* Coimbra: Imprensa da Universidade. 1876. V V. p. 147.

[259] *Vide* Decreto de 21 de maio de 1841, que reviu os Decretos de 18 de maio de 1832, de 12 de dezembro de 1833, de 29 de novembro de 1836 e de 13 de janeiro de 1837.

[260] Cf. FERREIRA, José Dias - *Codigo Civil Portuguez Annotado, op. cit.,* p. 148. Entendia, para o efeito, que a falta de tal informação não determinaria a nulidade da prova, mas que o devido esclarecimento dos factos imporia tal cuidado, sobretudo porque com este Código, a vistoria passou a ser valorada conjuntamente com as demais provas.

valor de bens (art. 235.º)[261]. A inserção deste instituto no capítulo em causa não se mostrou, porém, consentânea com o que se mostrava previsto na lei substantiva em vigor, que previa apenas como provas a confissão, o exame e a vistoria, os documentos, o caso julgado, o depoimento de testemunhas, o juramento e as presunções (art. 2407.º). Esta terminologia densificou a confusão já existente em torno da determinação do campo de realização dos *exames* e da *vistoria*, cujo tratamento continuava a mostrar-se comum.

No decurso do séc. XX subsistia uma certa dificuldade na distinção entre cada uma destas provas, em grande parte justificada pelo caos terminológico lançado e mantido pelo legislador - algo que, como já fomos adiantando na parte II e ficará mais claro nesta parte, ainda hoje não se mostra ultrapassado. Com efeito, no âmbito processual, enquanto no CPP de 1929[262] o legislador fazia referência apenas aos *exames*, em matéria processual cível o *arbitramento* foi mantido no Código de Processo Civil de 1939[263] e ainda nessa altura a definição era muito criticada por referir apenas a *inspeção* e *exame ocular*, levando a crer que a função dos peritos se resumia à perceção e captação dos factos e não à sua apreensão - ideia que se mostrava, há muito, ultrapassada[264].

Por esclarecer mantinha-se ainda quando poderia ter lugar o *arbitramento*: se apenas quando para a perceção os factos se exigissem conhecimentos especiais, ou se a sua realização poderia ser extensível às demais situações. Salientava-se ainda a falta de rigor das definições legais dos *exames* e *vistorias*, porquanto as mesmas não abrangiam todo o seu possível conteúdo, já que os *exames* não recaíam apenas sobre coisas móveis e as *vistorias* se poderem realizar sobre coisas móveis, tal como a *avaliação* poderia recair sobre outros factos que não apenas bens e/ou direitos. Igualmente se criticava a aparência de que apenas parecia ser possível a realização de tal prova quando os factos deixassem vestígios propriamente ditos, ou quando fossem suscetíveis

[261] *Código de Processo Civil e Criminal*. 09 e 16.11.1876. Diários do Governo. Disponível em http://purl.pt/766/4/sc-2306-v/sc-2306-v_item4/sc-2306-v_PDF/sc-2306-v_PDF_24-C-R0150/sc-2306-v_0000_capa-capa_t24-C-R0150.pdf [16.03.2023].

[262] *Decreto-Lei n.º 16:489*. 15.02.1929. *Código de Processo Penal*. Diário do Governo, I série, n.º 37.

[263] Decreto-Lei n.º 29:637. *Código de Processo Civil*. 28.05.1939. Salvo alterações de índole formal, esta redação foi mantida no art. 577.º do DL 44129. *Código de Processo Civil de 1961*. Diário do Governo, I série, n.º 299. 28.12.1961. A prova por arbitramento foi incluída no Livro III, Título II - Do processo de declaração - Secção V, no artigo 581º "A prova por arbitramento pode consistir em exame, vistoria ou avaliação. Os exames e vistorias têm por fim a averiguação de factos que tenham deixado vestígios ou sejam susceptíveis de inspecção ou exame ocular. Se a averiguação recai sobre cousas móveis, diz-se exame; se recai sobre imóveis, diz-se vistoria. A avaliação tem por fim a determinação do valor dos bens ou direitos".

[264] Prova disso resulta inclusivamente de o legislador admitir, no art. 604.º desse mesmo diploma, a possibilidade de realização de exames que exigissem outros sentidos e que pudessem ser realizados em estabelecimentos científicos oficiais ou com recurso a análises de laboratório de complexos aparelhos.

de inspeção ocular (deixando-se de fora, p. ex., o exame às faculdades mentais, as análises químicas, os cálculos matemáticos, a apreciação de contrafação de obras literárias, etc.)[265].

No meio desta babilónia concetual, Alberto dos Reis procurava distanciar e delimitar o *arbitramento* das demais provas, lembrando que já não havia grande dúvida que em causa estaria a ideia de intervenção dos peritos e, por isso, um dos defeitos da definição legal seria precisamente o facto de na mesma não se expressar a intervenção do perito, abrindo portas para que se aproximasse este instituto da inspeção judicial[266]. Sugeria o autor as seguintes linhas norteadoras para compreensão da prova por arbitramento:

- perceção, através de pessoas idóneas designadas pelo tribunal, de factos presentes, quando a mesma, por falta de conhecimentos científicos ou técnicos especiais, por decoro ou por respeito pela sensibilidade das pessoas em que se verificavam tais factos, não pudesse ser direta e exclusivamente realizada pelo juiz;

- apreciação de factos que exigissem conhecimentos científicos ou técnicos especiais (no sentido de determinação das ilações que deles se possam tirar para inferir factos desconhecidos, p. ex.).

Estas críticas foram tidas em consideração aquando da discussão do CC que viria a ser promulgado em 1966[267] e que consagrou, em definitivo, a prova pericial tal como ainda hoje vigora entre nós e que comprova que a forma de olhar para a prova pericial não alterou em mais de cinquenta e cinco anos. A redação resulta feliz na medida em que esclarece, definitivamente e de

---

[265] Esta crítica foi tecida por GONÇALVES, Luíz da Cunha - *Tratado de direito civil em comentário ao código civil português*. Coimbra: Coimbra editora, 1939. V XIII, p. 601.Pode ainda ler-se CASTRO, Francisco Augusto das Neves e - Theoria das provas e a sua aplicação aos actos civis. Braga: Livraria Internacional, 1880, pp. 101 e ss.

[266] Cf. REIS, Alberto dos - *Código de processo civil anotado.* Vol. IV (arts. 550.º a 657.º), reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, p. 166. O autor adensava referindo que da doutrina resultava que a função do perito era elaborar um parecer técnico sobre determinados factos, pelo que o verdadeiro perito não se limitava a recolher factos e se os recolhesse seria para os apreciar tecnicamente e que a perícia não tinha razão de ser quando em causa não estivesse a necessidade de se submeter factos a conhecimentos especializados. No mesmo sentido, NETO, Abílio - *Código de processo civil anotado*. 10ª ed., rev. at. Lisboa: Livraria Petrony, 1991, p. 445. Também Marques Ferreira afirmava, na mesma ótica, que "na prova pericial o perito pode funcionar como mero descobridor da prova recorrendo a métodos científicos únicos a permitirem a sua apreensão (exames dactiloscópicos e alguns toxicológicos) ou pode exigir-se ao perito não apenas a percepção ou descoberta científica desses factos mas, essencialmente, a sua apreciação (exame às faculdades mentais, perícia à personalidade, etc)" - cf. FERREIRA, Marques - Meios de prova, *op. cit.,* p. 254.

[267] O Decreto Lei n.º 47344. 25.11.1966. *Código Civil.* Diário do Governo n.º 274/1966, série I. Estas alterações vêm apenas atualizar as soluções que foram, avulsamente, criadas e que estavam já em vigor - cf. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - *Projeto de Código Civil.* Lisboa: Imprensa Nacional de Lisboa, 1966, p. xxxv. Dos trabalhos preparatórios para esse diploma constava, a respeito da prova pericial "a prova por peritos tem por fim a perceção, mediante pessoas idóneas, de factos que exigem conhecimentos especiais estranhos ao tribunal ou que, verificando-se em pessoas, não devam, por motivo de legítima suscetibilidade, ser averiguados diretamente pelo tribunal, assim como a apreciação, mediante pessoas idóneas, de factos, quando dependa de conhecimentos daquela natureza". Por sua vez, no anteprojeto, de acordo com a 1.ª revisão ministerial, a prova pericial encontrava-se prevista no art. 349.º, que assim dispunha: "a prova pericial tem por fim a perceção, mediante pessoas idóneas, de factos que exijam conhecimentos especiais estranhos ao tribunal ou que, verificando-se em pessoas, não devam, por motivo de legítima suscetibilidade, ser averiguadas diretamente pelo tribunal, assim como a apreciação, mediante pessoas idóneas, de factos, quando dependa de conhecimentos daquela natureza". Esta proposta veio a sofrer alterações na 2.ª revisão ministerial, na qual ficou fixada a redação definitiva do art. 388.º do CC, que ainda hoje se mantém inalterada. Sobre estas revisões, veja-se SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz - *Provas (direito probatório material).* Lisboa: s.n., 1962, p. 290.

forma patente, que o objeto da prova pericial serão factos que se mostrem juridicamente relevantes - e não matéria de direito, discussão que ecoava até então, pese embora a redação conferida ao arbitramento na lei adjetiva. Igualmente tem a vantagem de trazer à colação a intervenção dos peritos, assim permitindo distinguir a prova pericial[268]. Além disso, manteve a máxima que ecoava na doutrina segundo a qual o juiz era o perito dos peritos e por isso "[...] é *dever* do juiz tomar em consideração o laudo dos peritos; mas é *poder* do juiz apreciar livremente esse laudo [...]", atribuindo-lhe o valor que considere ser de lhe atribuir em função das restantes prova produzidas[269].

Estas alterações vieram apenas atualizar as soluções que foram sendo, avulsamente, criadas e que estavam já em vigor[270]. Contudo, como vimos, a redação mostra-se infeliz por reduzir a produção desta prova à apreciação e perceção de "factos quando a doutrina já apelava a uma intervenção mais ampla.

Por efeito desta nova configuração, também a redação do CPC foi alterada na reforma intercalar de 11 de maio de 1967, cuja secção respeitante passou a ter como epígrafe "prova pericial" - mantendo, todavia, a mesma noção de prova pericial que se mostrava apresentada para a prova por *arbitramento*[271].

Só com a reforma de 1995/1996 do CPC veio o regime da prova pericial a conhecer sérias modificações de que já demos conhecimento no capítulo 2 da parte II que visaram sobretudo ir ao encontro das sentidas necessidades de modernização e eficácia, em consonância com a demais legislação. Do CPC foi eliminada qualquer referência ao *arbitramento* e, por conseguinte, a *exames*, *vistorias* e *avaliação*, omitindo o legislador qualquer tentativa de definição desse instituto, que assim em matéria cível passou a ver uma definição aproximada à lei substantiva[272].

---

[268] Na visão de Antunes Varela, Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, foi no CC de 1966 que, pela primeira vez, a definição da prova pericial atingiu o grau de satisfação necessário, atendendo à sua natureza e caraterísticas específicas - cf. ARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA e Sampaio - *Manual de Processo*, *op. cit.,* p. 576 "Só com o Código Civil de 1966, na sequência do projeto de Vaz Serra, a definição da prova pericial é colocada no terreno em que rigorosamente se pode situar, de acordo com o critério científico que deve presidir à classificação doutrinária dos diversos procedimentos probatórios".

[269] Cf. BRITO, Mário de - *Código Civil anotado*. [S.l. s.n], 1967, pp. 528 a 530.

[270] *Vide* MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - Projeto de Código Civil, *op. cit.,* p. xxxv.

[271] Era esta a redação do art. 568.º do CPC:

"A prova pericial faz-se mediante arbitramento, que pode consistir em exame, vistoria ou avaliação.

Os exames e vistorias têm por fim a averiguação, feita por peritos, de factos que tenham deixado vestígios ou sejam suscetíveis de inspeção ou exame ocular: se a averiguação recai sobre coisas móveis ou pessoas, diz-se exame; se recai sobre imóveis tem o nome de vistoria.

A avaliação tem por fim a determinação do valor dos bens ou direitos."

[272] Cf. MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio - *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 9789723219043, p. 378 escreveu "[d]oravante, reduzem-se a uma as diversas subespécies ou modalidades da prova pericial, que a lei designava, como se disse, por arbitramento; passou a chamar-se perícia". Esta alteração seria, em verdade, uma mera alteração semântica porquanto na prática já era utilizada no mesmo sentido.

Paralelamente, em matéria penal, o atual recorte aproxima-se ao regime já instituído no art. 180.º do CPP de 1929[273].

A grande vantagem, porém, do CPP de 1987 face ao de 1929 foi o legislador ter tomado posição na discussão que se gerava em torno da distinção entre *exames* e *perícias*. Com efeito, se no diploma de 1929 as perícias se mantinham inseridas no âmbito dos *exames* e, assim, continuava sem se distinguir, em termos formais, a prova pericial propriamente dita dos *exames*, com a promulgação do novo CPP de 1987 o legislador distingue já a prova pericial, que integra os meios de prova, dos *exames,* que trata como meios de obtenção de prova[274]. Ganha aí, e em definitivo, a prova pericial o seu lugar de destaque, assumindo um formalismo que lhe é próprio e lhe permite ser considerada um meio de prova, tal como sucede em relação a outros meios de prova já anteriormente consagrados (p. ex., a prova testemunhal e a prova documental).

Resumindo, por força de sucessivas alterações legislativas, temos atualmente em vigor um regime legal que expressamente consagra a função da prova pericial e delimita o seu âmbito. Desse regime podemos concluir que a prova pericial é realizada mediante intervenção do perito quando sejam necessários conhecimentos especiais para perceção e apreciação de factos que o juiz não possua. Pese embora a doutrina há muito reconheça e apele que o perito intervém não apenas para atestar factos, coisas, lugares ou pessoas, mas também para "produzir juízos valorativos"[275], prosseguindo a prova pericial uma pluralidade de objetivos, essa pretensão apenas colheu no CPP mas não no domínio civil.

1.2. APROXIMAÇÕES A UM CONCEITO DE PROVA PERICIAL

Resulta do que se descreveu que a intervenção de peritos nos processos judiciais não conheceu, *ab initio,* a configuração que hoje se mostra pacificamente consagrada. Tal mostra-se fruto de uma evolução que, de forma sustentada, foi conferindo maior abertura dos processos a

[273] Era assim a redação dessa disposição: "Quando os exames dependerem de conhecimento particular de qualquer ciência ou arte, serão nomeadas as pessoas com as habilitações necessárias para as efetuar". Apesar de o regime atualmente em vigor colmatar a lacuna do anterior CPP de 1929 - que não esclarecia quando era obrigatória a intervenção e perito, parece não resolver todos os problemas de definição de quando deve ser realizada prova pericial, conferindo alguma discricionariedade a quem preside o inquérito ou a instrução porque mesmo quando a apreciação dos factos exige especiais conhecimentos, a perícia só deverá ser realizada quando for pertinente para a descoberta da verdade material, uma vez que a sua realização implica custos de diferentes natureza. Mas diga-se, em abono da verdade, que tal também sucede no regime processual civil. Voltaremos a esta discussão mais tarde.

[274] No CPP a aprova pericial consta elencada no capítulo VI do título II do livro III, com a epígrafe "dos meios de prova", enquanto os exames constam o capítulo I do título III do mesmo capítulo VI, com a epígrafe "dos meios de obtenção da prova".

[275] Cf. GONZÁLEZ, José Alberto - *Código civil anotado.* Lisboa: Quid Juris, 2019. ISBN 978-972-724-820-9. V I, p. 643; BRITO, Mário de - *Código Civil anotado*, *op. cit.,* p. 528; REIS, Alberto dos - *Código de processo civil anotado, op. cit.,* p. 174; SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz - *Provas (direito probatório material), op. cit.* e ainda VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e - *Manual de processo civil, op. cit.,* pp. 576 e 577.

tais participantes: não só no leque de situações em que podem intervir, mas reconhecendo-lhes também um maior campo de atuação.

Porém, devemos notar que em momento algum o legislador cuidou de definir a prova pericial, preocupando-se sobretudo em referir, de forma parca, que terá lugar através de peritos nas situações em que se mostram necessários, para boa decisão da causa, especiais conhecimentos. Igual opção foi sendo seguida pela doutrina e jurisprudência, que na maior parte das vezes se tem limitado a reproduzir o teor das disposições legais[276].

Esta preferência não foi exclusiva do legislador português e por isso mesmo a preocupação em densificar um conceito de prova pericial é comum além-fronteiras. Lancemos um rápido olhar sobre as propostas que mereceram maior atenção[277].

De entre as definições avançadas, uma foi desenvolvida pelo jurista italiano Mortara, que se referiu à prova pericial como "meio de verificação dum facto com base em declarações de outrem"[278], esquecendo que esta proposta não é suficiente porque não permite distinguir prova pericial da prova testemunhal.

Partindo dessa ideia de que o perito é a pessoa externa ao processo que emite declarações sobre determinados dados relevantes ao processo com a finalidade de formar convicção judicial, Guasp preocupou-se em estabelecer uma distinção entre a figura do perito e da testemunha, sublinhando que o perito teve conhecimento dos factos sobre os quais versa a sua contribuição em virtude de um encargo e por meio de operações exclusivamente processuais[279]. Todavia, esta contribuição também não nos parece suficiente por não possibilitar a individualização do perito face ao técnico que pode assistir o juiz no decurso da audiência de julgamento.

Outras possibilidades centraram-se no objetivo último da prova pericial para a definir como "aquela que visa facilitar a apreciação ou a definição dos factos concretos numa situação controversa a que há que aplicar direito"[280]. Todavia, também estas não se mostram totalmente

---

[276] Na doutrina é o caso, p. ex., de GERALDES, António Santos Abrantes; PIMENTA, Paulo; SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Código de processo civil anotado.* Coimbra: Almedina, 2022. ISBN 978-989-40-0535-3. V I; PITÃO, José António de França - *Código de processo civil anotado.* Lisboa: Quis iuris?, 2016. ISBN 978-972-724-749-3. T I, p. 530; PINTO, Rui - *Código de processo civil anotado.* Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7465-8, p. 683 e SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel - *Código de processo penal anotado, op. cit.,* p. 129. Na jurisprudência, podemos referir, de entre as variadíssimas decisões, os Acs. do TRG. 15.05.2012. Proc. 198/10.0TBVLF-B.C1; TRC. 29.06.2010. Proc. 1045/08.8TBCBR-A.C1; TRG. 07.06.2020. Proc. 3/14.8TJVNF.G2; TCA. 10.02.2017. Proc. 00395/09.0BEPRT-B; TRL. 05.11.2009. Proc. 5990/08.2TBOER-A.L1-6; TRL. 08.10.2015. Proc. 8264/09.8T2SNT.L2-6.

[277] Uma nota se impõe: restringimos, nesta análise, a configuração de prova pericial assumida nos ordenamentos de matriz romano-germânica porque na tradição de *common law* este tipo de prova tem como protagonistas as *expert witnesses* e aí conhece uma configuração aproximada à prova testemunhal. Sobre esta, veja-se a parte VI.

[278] Cf. Mortara - Comentario del codice e delle leggi di procedura civile, *apud* REIS, Alberto dos - *Código de Processo Civil* anotado, *op. cit.*, p. 167.

[279] Cf. Guasp - Comentarios de la ley de enjuiciamiento civil, *apud* REIS, Alberto dos - *Código de Processo Civil anotado*, *op. cit.*, p. 167.

[280] Cf. SANTOS, Gil Moreira dos - *O direito processual penal.* Porto: Asa editores, 2003. ISBN 9789724131955, p. 237.

adequadas porque não permitem distinguir a prova pericial da testemunhal ou da intervenção dos técnicos e assessores técnicos que podem acompanhar as partes em diligências ou assistir o tribunal para esclarecimento dos factos em discussão.

Mais próximo do quadro legal Pais de Amaral define a prova pericial como sendo "o resultado da perceção pelo perito de quaisquer factos, quando não possa ser realizada diretamente pelo juiz, quer por carecer de conhecimentos científicos para o efeito, quer pela necessidade de não ferir a sensibilidade das pessoas, quando são estas o objeto de tal atividade"[281]. No nosso entender, tal aproximação não é aceitável porque reduz a atividade do perito à "perceção" de factos quando, como já vimos, o seu âmbito de atuação pode ser mais alargado.

Se não parece simples uma definição que singularize a prova pericial, a tarefa mostra-se ainda mais complexa se pretendermos apresentar uma definição que possa ser partilhada pelos vários ramos do Direito. De facto, por força dos diferentes regimes adjetivos preceituados, uma definição substantiva de prova pericial que possa ser partilhada nos diferentes processos mostra-se difícil. Por isso mesmo julgamos que pecam nesta pretensão os autores que procuram densificar este conceito tendo por referência o respetivo regime processual.

É o caso da proposta mais recentemente avançada por José Carlos de Oliveira que definiu a prova pericial como a "[...] execução de atos ordenados por autoridade judiciária competente, em função da fase processual ou do objeto, por quem, certificadamente, perceciona ou averigua factos que exijam especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, subtraídos ao saber do julgador, e que culminam na elaboração de um relatório pericial com valor de prova legal"[282]. Ou ainda de Ana Prata que concetualizou a prova pericial como "[...] prova obtida pelo exame ou apreciação de factos por pessoas especialmente competentes em determinadas matérias (peritos), designadas pelo juiz ou pelas partes"[283].

No primeiro caso, a proposta apenas é adequada quando nos referimos à prova pericial realizada no âmbito do processo penal, já que só essa é ordenada por "autoridade judiciária" e está subtraída ao princípio da livre apreciação da prova. No caso da segunda, além de se abrigar apenas ao "exame" e "apreciação" de pessoas, alimenta a discussão generalizada em torno de perícia e exame em matéria penal. Nenhuma das definições e mostra, então, transversal nem isenta de críticas.

---

[281] Cf. AMARAL, Jorge Augusto Pais de - *Direito Processual Civil*. 14ª. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7678-2, p. 346.

[282] Cf. OLIVEIRA, José Carlos de - *Exames e perícias: (des)construir conceitos* [Em linha]. [S.l. s.n] 2016. [16.01.2021]. Disponível em https://portal.oa.pt/media/117975/e47a3007-21e4-4d94-a4c4-d261fdce7ece.pdf, p.15.

[283] Cf. PRATA, Ana - *Dicionário jurídico*. 5.ª ed. at. e aum. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN: 9789724033938. V I, p. 1196.

Julgamos que seremos melhor sucedidos se, ao invés de nos concentrarmos na busca de uma definição de prova pericial, procurarmos conhecer as especificidades que justificam a sua individualização face a outras figuras. Um auxílio é-nos apresentado no vasto leque concetual decorrente das práticas hermenêuticas. Aqui é possível denotar alguma convergência nos pontos caraterizadores da prova pericial[284]:

- meio de prova adequado à apreciação ou perceção de factos quando exijam especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos

- juízo de elaboração mental

- auxiliar do juiz na apreensão de realidades não diretamente captáveis pelos seus sentidos, permitindo-lhe suprir a falta de específicos conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos

- meio de prova de que o julgador se pode servir para formar a convicção sobre um facto

Porém, o olhar analítico de cada uma destas notas não se mostra suficiente para distinguir a prova pericial de outras provas - o que por si só demonstra a complexidade não só de conceptualização da realidade, como do objeto do nosso estudo, que se mostra *sui generis* em diversos aspetos.

Em Itália, procurando escudar-se de apresentar uma definição, Chiovenda optou por centrar a sua atenção nos peritos, enquanto protagonistas da prova pericial, que carateriza como sendo as pessoas que têm como função expor ao juiz as suas impressões pessoais e observações sobre os factos, apresentando induções que se devam extrair desses factos[285]. A respeito, reiteramos as falhas que apontamos já à densificação feita por Guasp.

A mesma estratégia é seguida por José Carlos de Oliveira que, depois de apresentar a definição por nós afastada, dando enfoque à atividade pericial, a carateriza por "[...] aportar em observações e ensaios, ancorados em procedimentos técnicos e científicos, visando a recolha de dados sindicáveis numa análise especializada, dados esses que, por meio de ilações, permitirão retirar juízos conclusivos, devendo plasmar-se todas as observações, ensaios e conclusões no respetivo relatório pericial, este, sim, em bom rigor, o meio de prova"[286].

Também tendo a perícia por ponto central, Cavaleiro Ferreira procura assim delimitar "[o]s factos são uma coisa e coisa diferente é a sua apreciação. A apreciação dos factos é função judicial. Para essa apreciação carece o julgador de conhecimentos jurídicos, e da experiência comum, técnicos e científicos. Como nem

[284] Seguimos aqui de perto OLIVEIRA, José Carlos de - *Exames e perícias: (des)construir conceitos*, *op. cit.*

[285] Chiovenda - Instituiciones de derecho procesal *apud* REIS, Alberto dos - Código de processo civil anotado, *op. cit.*, p. 167.

[286] Cf. OLIVEIRA, José Carlos de - Exames e perícias: (des)construir conceitos, *op. cit.*, p. 2.

todos esses conhecimentos fazem parte da cultura geral do julgador e eles se mostram indispensáveis à apreciação da prova, permite a lei o auxílio de terceiros no esclarecimento dos pressupostos de apreciação da prova. É este auxílio que constitui a perícia"[287].

Outra proposta pertinente surge por Lessona, que se centra na particular confiança que o juiz deposita em pessoas detentoras de conhecimentos técnicos, com vista a delas obter parecer ajuramentado[288].

Talvez este seja o caminho que nos deve guiar na prossecução do nosso ensejo que não se mostra simples. Mesmo recaindo a cultura comum nas suas coordenadas mais gerais, torna-se indescritível se se quiser enquadrá-la num contexto mais preciso e delimitado. De facto, a terminologia a lançar para traduzir linguisticamente a prova pericial parece extremamente vaga, dada a diversidade subjacente à sua própria natureza. De todo o modo, parece que qualquer tentativa de aproximação terá que fazer uso de tal caráter aberto, pois que só assim será possível assumir um âmbito que visa abarcar situações diversificadas e muito heterogéneas entre si. Não podemos fugir a esta caraterística inerente à sua natureza. Essa é a razão pela qual julgamos que uma definição explicativa - e aqui aproximamo-nos da opção legislativa - seja mais vantajosa por nos permitir compreender um fenómeno do qual já todos teremos uma ideia - ainda que vaga e imprecisa - e, partindo dessa pré-compreensão, traçar os aspetos fundamentais da prova pericial.

Procurando então delimitar esta figura, diremos que a prova pericial é identificável sempre que a boa decisão da causa requeira conhecimentos e/ou experiência e/ou técnicas que transcendem o limiar do conhecimento do "homem médio" e, portanto, não decorrem das máximas de experiência. Numa reflexão mais detalhada podemos referir que a prova pericial é uma operação probatória na qual são utilizadas ferramentas do conhecimento artístico e/ou técnico e/ou científico e/ou tecnológico, decorrentes da aplicação de princípios e/ou metodologias científicas e/ou tecnológicas e/ou de instrumentos e/ou observação técnica, cuja utilização requer competências especializadas, e por isso tem como protagonista um perito, que presta compromisso do cumprimento consciencioso da função que lhe é confiada, e ao qual podem ser solicitadas descrições de factos, esclarecimentos ou explicações sobre tais ferramentas e/ou princípios e/ou metodologias ou ainda a prolação de juízos valorativos sobre factos que, casuisticamente, se mostrem juridicamente relevantes.

[287] Cf. FERREIRA, Manuel Cavaleiro - Curso de processo penal. Lisboa: Edições Danúbio, 1956. V II, p. 345.
[288] Cf. Lessona - Teoria general de la prueba, *apud* REIS, Alberto dos - *Código de Processo Civil anotado, op. cit.,* p. 167.

Quanto ao seu objeto, mostra-se vasto: a prova pericial pode ter por objeto factos, coisas, pessoas, máximas de experiência ou prova sob prova[289]. Quando versa sobre factos ou coisas, pode visar a afirmação de um juízo sobre os mesmos (p. ex., quando se requer a perícia para determinar a área de um terreno ou se requer a análise de DNA) ou sobre a sua valoração ou circunstâncias (p. ex. quando se procura com a perícia determinar possíveis causas dos defeitos de obras ou os efeitos de lesões corporais sofridas). Já quando com a perícia se visa proporcionar ao juiz regras ou princípios técnicos que lhe permitam conhecer e/ou apreciar os factos relevantes para a decisão, o objeto da prova pericial serão as máximas de experiência. Finalmente, a prova pericial tem como objeto a prova sob prova quando versa sobre a valoração de outro meio de prova, ou quando visa conhecer o conteúdo e sentido de outra prova (é o caso típico da realização das perícias grafológicas nas tentativas de recuperar o que consta de gravações sonoras imperfeitas ou de falsificação de documentos ou de credibilidade de depoimentos de testemunhas).

Como dissemos, estamos cientes de que esta nossa proposta de aproximação a um conceito de prova pericial assenta numa enunciação mais descritiva do que concetual. Mas acreditamos ter a vantagem de fazer referência às especificidades da prova pericial, que residem na intervenção de um terceiro dotado de especial conhecimento, que presta compromisso de cumprimento consciencioso da função que lhe é confiada, e nos métodos e técnicas subjacentes ao juízo pericial. E estes pontos são, a nosso ver, fundamentais na configuração da prova pericial: seja porque justificam o maior valor conferido a esta prova, seja porque são esses aspetos que a permitem distinguir dos demais meios de prova.

1.3. VISÃO COMPARATÍSTICA: A PROVA PERICIAL E FIGURAS AFINS

Se num plano teórico não parecem subsistir dúvidas quanto às linhas caraterizadoras da prova pericial, a prática judiciária vem-nos mostrando que ainda nos dias de hoje subsiste uma confusão entre o campo da prova pericial e dos exames e uma tendência para valorar de igual forma os relatórios periciais, as informações periciais e os pareceres técnicos.

[289] Acompanhamos, de perto, SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova testemunhal.* Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5249-6, p. 176. Refere o autor que, quando a prova pericial tem por objeto factos, a "função do perito é aqui a de fazer um labor de reconstrução os factos do passado e de estabelecer uma relação de causa-efeito ou de fazer uma projeção dos efeitos futuros dos factos de acordo com a mesma relação causa-efeito, respetivamente". Lembra ainda que quando a prova pericial tem por objeto máximas de experiência, o perito tem uma atuação muito próxima do técnico que o juiz poderá nomear para o elucidar na inspeção judicial.

Estas confusões não são apenas de ordem terminológica, tendo reflexo na valoração das provas. Lembre-se ainda que, no âmbito do processo penal, a distinção das perícias de outras figuras mostra-se especialmente relevante e necessária porque a qualificação do tipo de prova tem repercussões na amplitude do poder de livre apreciação da prova pelo julgador.

Assim se justificam as distinções que faremos de seguida.

1.3.1. PERÍCIAS E EXAMES

A confusão frequente entre perícias e exames decorre do regime comum mantido durante décadas no nosso ordenamento jurídico. A distinção entre exames e perícias é uma das distinções mais difíceis e complexas porque não raras vezes a linha que distingue o meio de prova do meio de obtenção de prova é muito ténue e ainda hoje não se mostra perfeitamente uniformizada a qualificação de determinadas intervenções como perícias ou como exames. Esta confusão não é recente e espelha-se num plano discursivo, legislativo e doutrinal[290].

[290] Isso mesmo resulta evidente pela leitura das seguintes referências, que sugerimos: OLIVEIRA, José Carlos de - *Exames e perícias: (des)construir conceitos, op. cit.;* ABREU, Carlos Pinto de - Prova e meios de obtenção de prova: breve nota sobre a natureza e o regime dos exames no processo penal, *op. cit.*; VERDELHO, Pedro - Técnica no novo CPP: exames, perícias e prova digital, *op. cit.* e se RODRIGUES, Benjamim Silva - *Da prova penal: a prova científica - exames, análises ou perícias de ADN? Controlo de velocidade, álcool e substâncias psicotrópicas.* 3ª ed. rev. com., atual. S.l.: Rei dos livros, 2010. ISBN 978-989-8305-09-1. T I. Também nos dicionários jurídicos as figuras surgem associadas, sendo a perícia definida como a "pesquisa ou exame acerca da verdade ou da realidade de certos factos quando a sua perceção ou a apreciação exigirem conhecimentos especiais" - cf. EIRAS, Henriques; FORTES, Guilhermina - *Dicionário de Direito Penal e Processo Penal*. 3.ª ed. ver. atual. Aum. Lisboa: Quid Iuris, 2010. ISBN 978-972-487-4, p. 564.

Nos nossos tribunais também encontramos inúmeras referências a "exames periciais" que não têm coberto na nossa lei processual - *vide*, p. ex., ac. TRL. 18.03.2015. Proc. 344/12.9GBCLD.L1-3; TRE. 21.05.2019. Proc. 61/15.8EAEVR.E1 e STJ. 20.09.2017. Proc. 596/12.4 JABRG.G2.S1. Por essa razão verificamos alguns esforços para clarificar esta destrinça a nível jurisprudencial: TRL. 06.07.2017. Proc. 590/12.5JDLSB.L1-9; TRE. 02.05.2017. Proc. 208/14.1ECLSB.E1; TRL. 08.05.2019. Proc. 156/16.0JAAVR-B.P1 e TRC. 14.06.2016. Proc. 256/12.6TBAVZ-A.C1. Nesta sede, encontramos inúmeras referências a "exames periciais" que não têm coberto na nossa lei processual - *vide*, p. ex., ac. TRL. 18.03.2015. Proc. 344/12.9GBCLD.L1-3; TRE. 21.05.2019. Proc. 61/15.8EAEVR.E1 e STJ. 20.09.2017. Proc. 596/12.4 JABRG.G2.S1.

No plano legislativo parece persistir esta confusão. P. ex., na designada "lei das drogas" o legislador incorreu num manifesto lapso ao designar como "exame médico" aquele que visa concluir pela toxicodependência da pessoa a ele sujeita (*vide* art. 43.º do DL n.º 15/93, de 22.01, com a epígrafe "exame médico a consumidores habituais"). Há um claro erro na terminologia ou na configuração desta atividade como exame pois que, na verdade, trata-se de uma verdadeira perícia pressuposto que só através da atividade pericial será possível determinar os componentes químicos existentes no sangue ou urina que poderão determinar o consumo de plantas, substâncias ou preparações referidas nas tabelas desse mesmo diploma legal. O mesmo se deve dizer quanto ao previsto nos nºs. 1 e 2 do art. 62.º do diploma em análise, que dispõem que as plantas, substâncias e preparações apreendidas são examinadas, por ordem da autoridade judiciária competente, no mais curto prazo de tempo possível e que após o exame laboratorial, o perito procede à recolha, identificação. Ora, mais uma vez se diga que a determinação da planta, substâncias e/ou preparos exigem uma perícia e não um exame laboratorial.

Mas há uma outra situação em que se verifica confusão idêntica. Na lei que regula a base de dados de perfis de DNA, a opção de qualificar a obtenção de perfis de DNA e os resultados da sua comparação qualificação como perícia não se mostra pacífica. Em causa, a redação do n.º 4 do art. 13.º da L n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, que qualifica como perícia a "obtenção de perfis de ADN e os resultados da sua comparação". Na doutrina assiste-se a autores que partilham desta posição, mas outros que discordam da mesma. Para estes últimos, apesar de a lei tratar as duas situações como perícia, rigorosamente, a avaliação de vestígios para identificação de DNA será um exame, mas a sua comparação com DNA de outras pessoas será uma perícia porque no primeiro caso, havendo apenas a recolha, não há lugar à aplicação e exigência de especiais conhecimentos. Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques já se pronunciaram relativamente a esta questão, esclarecendo que a Comissão Revisora da Primitiva versão do CPP entendeu que a recolha de DNA será um exame e só a sua análise configurará uma perícia - cf. SANTOS, Manuel. Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel - *Código de processo penal anotado, op. cit.,* p. 796. Em sentido coincidente, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 4ª ed. act. Lisboa: Universidade Católica, 2018. ISBN 978-972-54-0228-3, pp. 434. Defendendo a qualificação prevista pelo legislador, pode ler-se RODRIGUES, Benjamim Silva - *Da prova penal: a prova científica, op. cit.,* pp. 94 e ss e ainda FIDALGO, Sónia - Determinação do perfil genético

Pese embora esta possa parecer uma questão de menor relevo, a confusão com que nos deparamos exigirá uma breve nota que se centrará na apresentação dos critérios que nos podem orientar nesta distinção sobretudo porque da qualificação de determinadas atividades como perícias ou exames resultam importantes consequências. Consequências que se refletem não apenas quanto à respetiva valoração, mas também a respeito da maior ou menor liberdade de recusa de sujeição a tal atividade pelo visado[291].

Os exames enquanto meio de obtenção de prova estão apenas previstos no processo penal (arts. 171.º a 173.º do CPP), se bem que doutrina tenha já avançado com algumas aproximações, a título material, em sede civil, à figura da inspeção judicial prevista no art. 490.º do CPC[292]. Numa conceção muito próxima daquela que é desenhada no n.º 1 do art. 171.º do CPP, Manuel Maia Gonçalves define o exame como sendo "[...] um meio de obtenção de prova através do qual se captam indícios ao modo como e ao lugar onde o crime foi praticado, podendo ser realizado em pessoas, lugares e coisas"[293]. Numa conceção mais elaborada também na doutrina os exames "[...] partem de uma perceção dos elementos de prova, quer pela autoridade judiciária, quer pelos órgãos de polícia criminal que, ou recolhem diretamente os vestígios e os indícios através das inspeção às pessoas, ao local e às coisas - funcionando esta como um meio de obtenção de meios de prova vestígios - ou essa perceção é conseguida indiretamente por meio da descrição dos vestígios deixados pelo crime e dos indícios do modo e local onde foi praticado"[294]. Numa tentativa de delimitar as situações em que deverá ser realizada perícia daquelas que deve ser realizado exame, firmou o STJ que "para os exames bastará, para cumprir tais finalidades (inspecionar vestígios, recolher indícios relativos ao modo, lugar e pessoas), os conhecimentos profissionais dos titulares dos OPC"[295].

---

como meio de prova em processo penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal.* Coimbra. ISSN 9770871853012. A 16, N 1 (2006), pp. 115-148, pp. 138 e 139.

[291] Por um lado, porque o juízo científico constante do relatório pericial se mostra subtraído à livre apreciação da prova (art. 163.º do CPP) e o resultado do exame é livremente apreciado (art. 127.º do CPP). Por outro porque se considerarmos a recolha de DNA como perícia não haverá possibilidade de o visado ser compelido por autoridade judiciária nos casos em que recuse tal recolha, mas se a qualificarmos como exame, tal possibilidade mostra-se prevista no n.º 1 do art. 172.º do CPP. Esta opção em sede de exames foi objeto de amplo debate em torno da sua (in)constitucionalidade, mas porque a discussão se afasta dos nossos objetivos, fazemos apenas a ressalva de que o TC já se pronunciou pela constitucionalidade da realização coativa de exames de recolha de substâncias biológicas, referindo que conflituando com direitos fundamentais a realização deste exame em sede de inquérito dependeria de prévia autorização do JIC (ac. TC 02.03.2007. Proc. 695/06 e 08.05.2007. Proc. 899/INC).

[292] Cf. OLIVEIRA, José Carlos de - Exames e perícias: (des)construir conceitos, *op. cit.*, p. 12.

[293] Cf. GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - Código de processo penal anotado: legislação complementar, *op. cit.* Neste mesmo sentido, os exames são definidos como "meios de obtenção de prova, destinados a recolher vestígios materiais de factos com relevância penal, em ordem à determinação das circunstâncias da sua prática e da respetiva autoria" por SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel, SANTOS; João Simas - *Noções de processo penal.* 2.ª ed. Lisboa: Letras e Conceitos, 2011. ISBN 978-989-8305-10-7, p. 226.

[294] Cf. GASPAR, António da Silva Henriques et al. - *Código de Processo penal comentado, op. cit.*, p. 669. Desenvolvendo uma análise do Direito codificado, José Carlos de Oliveira esclarece que "o exame [se prende] com uma prévia observação cautelosa, seguida da consequente inspeção ao local, genérica, para, depois, se enveredar por uma abordagem mais cuidadosa e «cirúrgica», circunscrevendo o local, pessoa ou coisas que possam conter vestígios e indícios necessários (quando um facto não possa ser atribuído senão a uma causa) ou possíveis (facto pode ser atribuído a várias causas) da prática do crime" - cf. OLIVEIRA, José Carlos de - *Exames e perícias: (des)construir conceitos*, *op. cit.,* p. 13.

[295] Cf. ac. STJ. 05.06.2002. Proc. 02P1391.

De forma mais explícita podemos então distinguir os exames das perícias porque os primeiros têm por objetivo a recolha de vestígios do crime (p. ex., se foram encontradas manchas de sangue, qual o local, a respetiva dimensão e o objeto que as contém), enquanto as segundas visam a análise desses indícios e vestígios recolhidos (é o caso da análise dessas manchas de sangue, possibilitando determinar o tipo e natureza do sangue e identificar o seu portador)[296]. É precisamente por isso que os exames se mostram inseridos nos meios de obtenção de prova e a prova pericial nos meios de prova.

O exame ou *inspeção*[297] basta-se então com os cinco sentidos[298] para a recolha ou perceção de factos. Daqui se extrai uma segunda nota distintiva entre os exames e as perícias: para a realização do exame, não se mostra necessária a existência de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, sendo o exame iminentemente endereçado à recolha e conservação de vestígios[299]; diferentemente, as perícias apenas podem ser realizadas por quem detenha esses conhecimentos especializados.

A maior dificuldade da distinção reside no facto de muitas vezes, a *mera* perceção dos factos exigir a presença de pessoas dotadas de especiais conhecimentos de modo a assegurar a preservação dos vestígios para posterior perícia. Situações complexas mostram-se ainda aquelas em que a perícia é realizada juntamente com o exame de vestígios[300]. Parece-nos que o critério determinante para classificação de determinada atividade como exame será a sua finalidade iminentemente descritiva dos vestígios, independentemente de a pessoa que a realizada ser dotada de especiais conhecimentos[301]. Já depois de recolhidos, os vestígios serão analisados pela entidade judiciária ou por peritos caso a sua contribuição seja necessária, situação que

---

[296] Cf. RODRIGUES, Cunha - Actas da 1.ª comissão revisora do código penal português: acta n.º 21, de 16.03.1992.

[297] Cf. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Processo Penal.* 2.ª ed. ver. atal. Aum.Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-8629-3. T I. p. 346

[298] Cf. RODRIGUES, Benjamim Silva - *Da prova penal: bruscamente...a(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*. Lisboa: Rei dos livros, 2010. ISBN 9789898305091. T II, p. 618.

[299] Neste sentido VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - Processo penal, *op. cit.*, pp. 190 e ss e ainda OLIVEIRA, José Carlos de - *Exames e perícias: (des)construir conceitos*, *op. cit.,* pp. 15 e 16.

[300] Nestas situações, em que a perícia é realizada conjuntamente com o exame, deve aplicar-se o regime mais exigente das perícias - cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, op. cit.,* p. 434. Sónia Fidalgo opõe-se à ideia de que possamos estar perante uma realidade mista de "exame/perícia", defendendo que se na recolha se exigem já especiais conhecimentos, estejamos sempre perante uma perícia. A título exemplificativo refere que na recolha de sangue para análise de ADN são necessários conhecimentos especiais para se assegurar a correta e adequada recolha, pelo que não fará sentido olhar para a recolha e análise do DNA de moldes separados, configurando estas atividades diferentes realidades. Refere a autora que situações há em que só o perito se poderá aperceber que uma determinada mancha contem material biológico e só ele pode proceder adequadamente à sua recolha, não fazendo por isso sentido autonomizar o exame da perícia - cf. FIDALGO, Sónia - Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal, *op. cit.,* pp. 138 e 139.

[301] Acompanhamos a posição avançada por TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica*, *op. cit.*, p. 213 e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, op. cit.,* p. 434.

determinará depois a qualificação desses vestígios como "vulgarmente valorados"[302] ou "periciados"[303].

Aqui chegados, aproveita-se o ensejo para um cotejo prévio entre perícias e exames, designando-se os seguintes exemplos práticos:

- a recolha ou verificação de vestígios hemáticos, sémen ou datilogramas será um exame, sendo a determinação da (não) coincidência com amostra-referência ou amostra problema uma perícia

- a autópsia será, em regra, uma perícia, mas se se limitar à verificação de que o corpo ficou carbonizado, estaremos perante um exame; contudo, será através da perícia que se analisam as cinzas para procurar vestígios de matérias explosivas eventualmente utilizadas em atentados[304]

- o laudo da Ordem dos Advogados (OA) sobre honorários constitui uma perícia[305]

- quando se considere a noção de juízo sobre as qualidades de uma pessoa estaremos perante uma perícia[306]

Daqui se constata, pois, que as perícias e exames não são confundíveis e que não é de somenos importância a correta identificação em cada situação.

1.3.2. Relatórios periciais e pareceres

Uma outra diferenciação material mostra-se relevante. Prende-se, desta feita, com os relatórios periciais e os pareceres técnicos.

Os primeiros são o resultado da perícia desenvolvida pelos peritos, encontrando-se sujeitos a regras próprias que já analisamos em capítulo anterior. E, no que aqui mais importa, centram-se, como já o dissemos, na observação direta de factos relevantes para a apreciação do litígio que apenas podem ser globalmente compreendidos à luz de especiais conhecimentos; na pronúncia sobre princípios gerais fundados na experiência; na apresentação de um diagnóstico da natureza ou qualidade de certos factos; e/ou na extração de antecedentes ou conclusões dos factos observados, que apenas podem ser percecionadas em virtude do seu conhecimento especializado.

---

[302] Cf. TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica*, *op. cit.*, p. 213.

[303] Cf. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - Processo penal, *op. cit.*, p. 356.

[304] Esta distinção é apresentada por GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - *Código de processo penal anotado, op. cit.,* 401.

[305] Neste sentido, ac. STJ. 22.05.2014. Proc. 2264/06.7TVLSB.L1.S1. O tribunal justificou a sua decisão por considerar que o parecer advém da "[...] *entidade com a mais reconhecida competência técnica para emitir um juízo justo e equilibrado, em respeito pelas regras que norteiam a profissão*".

[306] Cf. DIAS, Figueiredo - *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2004. ISBN 9789723212501, p. 439.

Por seu turno, os pareceres - podendo versar sobre as mais variadas matérias, inclusivamente aquelas para as quais não se exigem particulares conhecimentos - não assentam o seu juízo no conhecimento pessoal e direto dos factos objeto de prova sobre os quais se pronunciam[307]. Diferentemente do que sucede com a prova pericial, a junção de pareceres não tem lugar, em regra, por iniciativa do tribunal ou sequer fica sujeita à sua ordenação, enquadrando-se antes na esfera de autonomia da atuação processual das partes. Com efeito, estará na livre disposição das partes a apresentação de pareceres através dos quais procurarão influenciar a decisão, de facto e/ou de direito por força da autoridade técnica e científica de quem o emite (art. 165.º do CPP e arts. 426.º, 436.º e 601.º do CPC).

O que distingue uns e outros está, pois, muito para lá da forma pela qual chegam ao processo. A diferença reside na própria essência[308].

No seguimento das considerações apresentadas, das quais resulta clara a distinção destas figuras, resta-nos questionar se estarão no mesmo plano de eficácia probatória os relatórios periciais e os pareceres. Antes de respondermos diretamente à inquietação, uma nota se impõe para esclarecer que a formulação assim apresentada tem apenas relevância nas situações em que deve ser aplicado, *prima facie* ou subsidiariamente, o quadro processual civil porquanto só neste os relatórios periciais são livremente valorados pelo juiz (arts. 163.º do CPP e art. 489.º do CPC) ou, no âmbito do processo penal, apenas relativamente ao que conste do relatório que não se encontre subtraído à livre apreciação (fica por isso excluído desta nossa análise o juízo técnico-científico inerente à prova pericial).

Julgamos que uma resposta afirmativa não é defensável e acompanhamos Alberto dos Reis quando referia que um parecer técnico é um "documento *testemunhal*" porque exprime o testemunho de uma pessoa que, tendo sido extrajudicialmente solicitada para verificar factos, narra o que vê e observa e, nessa medida, não lhe deverá ser reconhecido particular valor face às

[307] Para uma destrinça entre as figuras, LATAS, António João - Processo penal e prova pericial. In AAVV *Psicologia forense.* Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2853-4. pp. 73-115, p. 111 e no âmbito mais específico da avaliação do dano corporal em ações de responsabilidade civil por dano corporal, LOUPO, Amélia Puna - Avaliação do dano corporal em Direito Civil: a perícia médico-legal: algumas questões práticas. *Julgar* [Em linha]. (dez 2019). Pp. 1-17. [08.08.2022]. Disponível em http://julgar.pt/avaliacao-do-dano-corporal-em-direito-civil-a-pericia-medico-legal-algumas-questoes-praticas/. ISSN 2183-3419.

[308] Por isso mesmo não podemos concordar com posições já seguidas na jurisprudência, que concluem que se as opiniões do técnico forem expressas em diligência judicial devem valer como prova pericial; mas se forem expressas por via extrajudicial, "[...] valem como pareceres, representam apenas uma opinião sobre a situação e têm a autoridade que o seu autor lhes confere, isto é, são meros documentos particulares para efeitos probatórios" - cf. ac. TRP. 07.04.2016. Proc. 197/14.2TTOAZ.P1. Ao assim decidir é desconsiderado o quadro normativo da realização da prova pericial e, por efeito, tudo quanto lhe confere maior valor probatório relativamente às demais provas.

demais provas[309]. Ademais, não podemos aqui ignorar o sentimento que impera no senso comum sobre a credibilidade de uns e outros: é que, relativamente aos técnicos designados pelo tribunal ou por organismos oficiais, pressupõe-se que a sua atuação seja imparcial e isenta (ideia que à frente criticaremos mas que é importante aqui referir); nos demais, sendo escolhidos e contratados pelas partes, tal imparcialidade não é expectável, existindo sempre a dúvida sobre um possível favorecimento, ainda que inconsciente, relativamente à parte que o contratou. Tal posição sai ainda reforçada pelo facto de, à luz do princípio da audiência contraditória, se dever reconhecer que o valor da prova colhida extrajudicialmente tem menor valor do que a prova sujeita ao crivo do contraditório. Como tal, parece justificado o entendimento nos termos de qual se defenda que os pareceres extrajudiciais dos técnicos são colocados num grau de valoração inferior aos dos peritos[310].

Julgando ter deixado clara a distinção de que nos ocupamos, avançamos para uma outra que se mostra mais intrincada.

1.3.3. Relatórios periciais e informações periciais

É comum na jurisprudência deparamo-nos com referências e valorações de informações periciais como se de relatórios periciais se tratassem[311]. Estamos, porém, certos de que tais figuras não representam a mesma realidade e, nessa medida, não deve ser aceite a sua utilização indiferenciada ou justaposta.

As informações periciais correspondem às informações muitas vezes encontradas nos inquéritos (p. ex., de que as impressões digitais encontradas pertencem a determinada pessoa) desacompanhadas do respetivo relatório pericial que as possam fundamentar. São "informações de serviço"[312]. A estas, porque lhes falta o sentido e a qualidade de relatório pericial, não lhes pode

[309] Cf. REIS, Alberto dos - *Código de Processo civil anotado, op. cit.,* p. 29. Já não podemos, contudo, seguir o autor quando, a respeito desta questão, defendia "[ser] legítimo concluir que os pareceres são inúteis e representam pura e simples excrescência. Mal se compreende então que os tenha admitido um Código elaborado sobre o princípio de que deve repelir-se tudo o que for desnecessário ou impertinente [...]".

[310] Não somos os únicos a assim pensar. Um magistrado mostrava confiança nos advogados porque, abertamente, assumiam que defendiam uma parte da causa e assim desmascaravam os limites da sua credibilidade, mas já em relação aos jurisconsultos de universidades tinha receios e desconfiança porque assinavam articulados sem assumirem a sua atuação como defensores e apresentavam pareceres que, sob a índole de servirem a verdade, essa verdade "a Verdade, com V grande, coincide sempre com o interesse da parte que o solicitou" - cf. CALAMANDREI, Piero - *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados.* Trad. Ary dos Santos. 7ª. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971, pp. 40 e 41.

[311] Por ser vasta a lista, sugerimos aqui apenas os seguintes exemplos elucidativos do que afirmamos: TRG. 25.01.2010. Proc. 300/04.0GBBCL.G2; TRE. 03.12.2013. Proc. 297/06.2GAGLG.E1 e STJ. 11.07.2007. Proc. 07P1416.

[312] Esta expressão que nos parece bastante feliz surge referida no acórdão do TRE. 28.01.2014. Proc. 239/07.8GCLGS.E1. Saudamos o tribunal por mostrar manter-se à margem da comum confusão entre as figuras em análise. Porque relevante, citamos parte do respetivo sumário:

ser conferido valor, uma vez que não são mais do que meras informações escritas, sem qualquer suporte, i.e., sem razão de ciência que permita posteriormente o controlo da conclusão. Se tal não impede que a autoridade judiciária, quando confrontada com informação deste tipo, possa solicitar a junção aos autos do relatório respetivo, certo é que impede que o juiz valore tal informação como se tratasse do relatório pericial do qual foi extraída. A solução mostra-se relativamente simples: o juiz deve solicitar que venha a ser junto o relatório pericial que sustenta tais afirmações e após a sua junção deve valorar já o relatório pericial e não a informação pois que a informação, por si, carece de valor[313].

1.3.4. RELATÓRIOS PERICIAIS E RELATÓRIOS SOCIAIS

Também distintos dos relatórios periciais são os relatórios sociais. São exemplos destes últimos os relatórios sociais elaborados pelos técnicos de reinserção social que dão a conhecer ao tribunal as condições sociais, familiares, económicas, profissionais do arguido (art. 370.º do CPP).

Os relatórios sociais distinguem-se facilmente dos relatórios periciais - mormente das perícias sobre a personalidade ou perigosidade do arguido - quanto ao campo normativo, prático e metodológico.

Com efeito, os relatórios sociais têm um âmbito bem mais delimitado do que os relatórios periciais, pois que têm como função evidenciar o meio em que o arguido desenvolveu a sua vida. Mostram-se previstos apenas no processo penal e através deles dá-se a conhecer ao tribunal a sua situação familiar, económica, social e profissional e alguns dos factos marcantes da sua vida, podendo ainda produzirem-se observações quanto a indicadores de temperamento e condições objetivas e subjetivas de personalidade. Neles predominam elementos de caracterização social e, apesar de alguns destes indicadores poderem contribuir para a compreensão dos aspetos acerca da sua personalidade, não permitem definir as caraterísticas específicas ou valorações da mesma.

Assim, estes relatórios não exigem particulares conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, sendo sobretudo uma descrição fática do que é observado ou conhecido, através de

---

«2. A prova pericial pressupõe a elaboração de um relatório, no qual os peritos mencionam e descrevem as suas respostas e conclusões devidamente fundamentadas (art. 157° do CPP).

3. Uma "informação de serviço", em que autoridade de polícia criminal dá nota de que se verifica concordância entre a impressão digital de um dedo do arguido e um vestígio recolhido no local do crime, não é uma perícia e não pode, por si só, fundamentar a decisão de condenação.»

[313] Também de acordo com esta posição por nós defendida, DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva - Particularidades da prova em processo penal: algumas questões ligadas à prova pericial. *Revista do CEJ.* Lisboa. ISSN 1645-829X. N 3, 2ª Semestre (2005), pp. 169-225, p. 192

entrevistas, pelo técnico do serviço de reinserção social. Precisamente por isso, também nestes não se mostra prevista particular vinculação do juiz, sendo apreciados livremente pelo julgador.

Na jurisprudência não se suscitam propriamente grandes dificuldades nesta distinção. Por considerarmos exemplar, julgamos pertinente citar parte de um acórdão do STJ em que expressamente se firmou o que acabamos de dizer:

"O relatório social destina-se a dar testemunho de factos que interessam para a caracterização da personalidade do arguido e a fixação da pena e não, propriamente, a colocar à disposição do tribunal juízos de valor sobre o passado, o presente e o futuro daquele. Não sendo um relatório pericial (o artigo 1, n. 1, alínea g), do actual CPP, define-o como "informação") os eventuais juízos de valor nele formulados pelo técnico não vinculam o juiz e os factos a que se reportam serão dados ou não como provados de acordo com o princípio geral da livre apreciação da prova consagrado no artigo 127, do mesmo código. Logo, se eventualmente aquele relatório contiver conclusões, não está o juiz obrigado a fundamentar a decisão de facto que delas divirja, como seria mister que fizesse (*ex vi* artigo 163, do CPP) se de um autêntico juízo técnico, científico ou artístico se tratasse"[314].

1.3.5. Diferentes classificações das perícias

Depois de tecida a posição sobre a natureza jurídica e material da prova pericial e a distinguir de outras realidades por vezes com ela confundidas, cremos estar devidamente limitado o meio de prova sobre o qual debruçamos a nossa investigação.

É hora de avançarmos e de trabalharmos algumas classificações que, no capítulo anterior, foram já implicitamente referidas, mas que merecem agora, de um ponto de vista mais explícito, maior atenção.

Como já o dissemos, não nos centramos nem centraremos na distinção das perícias em função da área ou dos conhecimentos que potencialmente podem envolver por serem de cariz tão vasto que uma qualquer tentativa de enumeração deixaria de fora outras tantas. Ocupar-nos-emos antes dos diferentes tipos de perícias previstos no quadro normativo português. Por assumirem distinções pertinentes para o capítulo anterior e para os que se seguem, faremos distinção entre perícias obrigatórias e facultativas; perícias singulares e perícias coletivas; primeiras, segundas e novas perícias; perícias de cariz público/oficial e perícias de natureza particular/privada.

[314] Cf. ac. STJ. 14.04.1999. Proc. 98P1409.

1.3.5.1. PERÍCIAS OBRIGATÓRIAS E PERÍCIAS FACULTATIVAS

As perícias obrigatórias são aquelas cuja realização é determinada pelo legislador e a sua não realização determina uma nulidade atípica, dependente de arguição, por não terem sido praticados atos legalmente obrigatórios (art. 120.º, n.º 2, d) do CPP). Verificam-se essencialmente nos processos de natureza criminal e, entre elas, destacam-se:

- perícia a documento cifrado (art. 166.º, n.º 2 do CPP)

- perícia ao estado psíquico do arguido, quando, na audiência de julgamento se suscitar, fundadamente, essa vicissitude (art. 351.º, n.º 1 do CPP)

- autópsia médico-legal em situações de morte violenta ou de causa ignorada e em situações de morte violenta atribuível a acidente de trabalho ou acidente de viação dos quais tenha resultado morte imediata (art. 18.º, n.ºs 1 e 2 da RJRPMLF)

- perícia médico-legal nas situações em que haja notícia de que o arguido era toxicodependente à data dos factos que lhe são imputados para determinação do seu estado, devendo o perito pronunciar-se sobre a natureza dos produtos consumidos pelo arguido, o seu estado no momento da realização da perícia e os eventuais reflexos do consumo na capacidade de avaliar a ilicitude dos seus atos ou de se determinar de acordo com a avaliação feita (art. 52.º da Lei n.º 15/93, de 22.01)

As perícias facultativas são todas aquelas que se mostrem pertinentes para a melhor perceção, compreensão e valoração dos factos em discussão, por exigirem especiais conhecimentos, mas cuja realização não se mostra previamente determinada por disposição legal. Assumem relevância não apenas nos processos de natureza criminal, mas também de natureza cível. A sua realização mostra-se dependente da vontade das partes e da iniciativa do tribunal, pressuposto que só se realizam caso as partes as requeiram e o tribunal julgue pertinente tal diligência ou quando o tribunal, oficiosamente, as ordene por considerar que não dispõe de conhecimentos adequadas à apreciação dos factos por dependerem de especiais conhecimentos de natureza técnica, científica ou artística. Significa isto que, em última instância, compete à autoridade judiciária competente ordenar ou recusar a produção de prova pericial consoante considere que os factos (não) exigem esses especiais conhecimentos.

1.3.5.2. PERÍCIAS SINGULARES, PERÍCIAS COLEGIAIS E PERÍCIAS MULTIDISCIPLINARES

As perícias singulares são as perícias realizadas por um único perito (ainda que em estabelecimento, laboratório ou serviço apropriado), enquanto que perícias colegiais são aquelas que são realizadas por um número superior de peritos.

Quanto às perícias interdisciplinares são aquelas que, sendo realizadas por mais do que um perito, exigem conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos de diferentes áreas do saber.

Assim, uma perícia pode ser colegial, mas envolver apenas conhecimentos de uma única matéria, mas nunca poderá ser interdisciplinar e singular.

1.3.5.3. PRIMEIRAS PERÍCIAS, SEGUNDAS PERÍCIAS E NOVAS PERÍCIAS[315]

A primeira perícia é a primeira perícia realizada num determinado processo sobre um determinado objeto.

Por sua vez, a segunda perícia, tal como prevista no CPC, tem por objeto a averiguação dos mesmos factos sobre que incidiu a primeira e destina-se a corrigir a eventual inexatidão dos resultados da primitiva. A segunda perícia não invalida a primeira, sendo ambas livremente valoradas pelo tribunal (art. 489.º do CPC). Porém, a realização da segunda perícia apresenta as seguintes especificidades relativamente à primeira: nela não podem intervir o perito que tenha participado na primeira e quando esta primeira tenha tido natureza colegial, a segunda há-se der igualmente colegial com o mesmo número de peritos que a anterior (487.º a 489.º do CPC).

Já vimos, por sua vez, que no CPP não se encontra qualquer referência a uma segunda perícia. Aí é feita referência a uma renovação da perícia e a uma nova perícia (art. 158.º do CPP). Sucede que, como sublinhamos anteriormente, julgamos que a renovação de perícia, porque necessariamente a cargo de diferentes peritos, se deve compreender na configuração da segunda perícia prevista em matéria civil porquanto estamos perante a realização de uma diferente perícia tendo por objeto o mesmo da anterior.

Já a nova perícia, também prevista apenas no CPP, recai sobre objeto diferente ou sobre distintos aspetos daqueles que foram considerados na primeira perícia[316]. Por isso, esta funciona, na verdade e para todos os efeitos, como uma primeira perícia, relativamente à qual não se preveem especiais formalismos.

---

[315] Para maiores esclarecimentos vejam-se as secções 1.2.5, 2.2.5 e 3.1.2.5 da parte II, no qual tecemos maiores desenvolvimentos a respeito. Aqui apresentamos uma breve síntese do que aí referimos.

[316] Cf. SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel - *Código de processo penal anotado, op. cit.,* p. 1047.

1.3.5.4. PERÍCIAS DE NATUREZA PÚBLICA/OFICIAL E PERÍCIAS DE NATUREZA PARTICULAR/PRIVADA

Destaque também merece a diferente natureza das perícias.

São perícias de natureza pública/oficial aquelas que são realizadas por peritos que integram os estabelecimentos públicos, laboratórios públicos ou serviços oficiais[317]. Não pretendendo fazer uma análise exaustiva de cada uma destas entidades, mostra-se pertinente esclarecer que cada uma goza de autonomia financeira e, para o que se afigura mais pertinente para o nosso estudo, de autonomia administrativa, bem assim como técnica e científica. Isto significa então que tais os estabelecimentos públicos, laboratórios públicos ou serviços oficiais terão competência em matéria de recrutamento, seleção e gestão de trabalhadores, mas também no exercício das atribuições que lhe foram confiadas.

As perícias particulares/privadas serão as perícias realizadas por peritos escolhidos pelas partes e por isso podem ser também designadas por perícias de parte. Como vimos esta é uma faculdade reconhecida às partes no domínio do processo civil, mas já não no do processo penal.

Entre estas duas naturezas da prova pericial existem diferenças significativas. Se no caso da prova pericial de natureza pública o juiz nomeia o perito independentemente de qualquer interesse no desfecho da prova pericial e antes da realização de qualquer atividade pericial e do conhecimento dos factos em litígio, sem conhecer quais sejam de antemão as posições que serão assumidas pelo perito, já nas perícias de parte se compreenderá que a parte que escolhe e contrata o perito só o escolherá se este vier a favorecer a sua posição no litígio. Assim, se no caso dos primeiros seríamos levados concluir que a sua atividade será orientada por uma maior imparcialidade, já no caso das perícias de parte podemos supor que muitas vezes as partes escolherão um perito apenas se ele favorecer a sua posição. E por isso dele não se espera atuação

[317] Destacam-se, de entre os estabelecimentos oficiais, o INMLCF e os estabelecimentos universitários ou de saúde e que são considerados. Por sua vez, são laboratórios do Estado a Direcção-Geral de Protecção das Culturas; o Instituto Nacional de Investigação Agrária; o Instituto de Investigação das Pescas e do Mar; o Laboratório Nacional de Investigação Veterinária; o Instituto Hidrográfico; o Instituto Geológico e Mineiro; o Instituto Nacional de Engenharia e Tecnologia Industrial; o Instituto de Genética Médica Dr. Jacinto de Magalhães; o Instituto Nacional de Saúde Dr. Ricardo Jorge; o Laboratório Nacional de Engenharia Civil; o Instituto de Investigação Científica Tropical; Instituto de Meteorologia; o Instituto Tecnológico e Nuclear - cf. Resolução do Conselho de Ministros n.º 36/2002. Diário da República n.º 44/2002, Série I-B. [02.09.2021].

Devem ainda ser atendidos o Laboratório de Polícia Científica, juntamente com as unidades de Perícia Financeira e Contabilística e de Perícia Tecnológica Informática que compõem o quando das Unidades de apoio técnico-científico especializado da PJ (DL n.º 137/2019, de 13.09. Diário da República n.º 176/2019, Série I. [02.09.2021]), o Instituto Português da Qualidade (DL n.º 137/2019, de 13.09. Diário da República n.º 176/2019, Série I. [02.09.2021]) e o Laboratório Nacional de Engenharia e Geologia (DL n.º 113/2001, de 07.04. Diário da República n.º 83/2001, Série I-A. [02.09.2021]).

imparcial, contrariamente ao perito oficial ou público, cuja seleção é independente das operações periciais.

Nas partes IV e V densificaremos em maior detalhe os aspetos que aqui referimos. Para já e antes de avançar cremos ser pertinente relembrar que o nosso legislador instituiu, como regime regra, a perícia do tipo preferencialmente público, que apenas deve ser afastada por impossibilidade ou conveniência - ainda que em processo civil esta preferência possa ser afastada quando, por acordo das partes, é proposto um perito a nomear. Assim, na prática, somos confrontamos com um regime misto com prevalência de intervenção de organismos públicos/oficiais, com a qualidade pericial a assentar numa certificação pública, sem exclusão da possibilidade de apresentação de perícias de parte nos termos legalmente previstos.

Sem pretendermos desvendar as vantagens de um ou de outro, porque serão objeto de um desenvolvimento aprofundado num capítulo próprio, sempre nos parece pertinente deixar aqui claro que esta opção assentou numa preocupação de credibilidade que é exigível à prova pericial e da associação direta que existe entre tal exigência e a imparcialidade e competência do perito integrado em quadro administrativo das instituições públicas/oficiais de peritagem forense ou nomeado pelo tribunal.

2. A PROVA PERICIAL DO PONTO DE VISTA SUBJETIVO

2.1. O PAPEL DO PERITO NO PROCESSO JUDICIAL

O papel do perito no processo judicial e a sua particular natureza relativamente aos demais participantes processuais *lato sensu* tem sido objeto de amplo debate. Não pretendemos com isto dizer que resultem polémicos na literatura comparada os contributos que podem ser prestados pelo perito ou sequer os cuidados especiais que devem orientar a sua participação no processo, pois que, como vimos já, desde cedo que tanto a doutrina processual clássica como o legislador

cuidaram de densificar os critérios de seleção dos peritos. O que não resulta ainda hoje consensual é o lugar que o perito ocupa no processo.

Por isso julgamos ser agora pertinente compreender qual o papel que o perito ocupa no processo e como se relaciona e distingue dos demais participantes processuais. Para tanto, socorremo-nos do amparo que nos é dado pelo recorte que da figura do perito já desenvolvido pela jurisprudência e doutrina internas e internacionais[318]:

- é pessoa que tem conhecimentos especiais numa determinada área do saber, seja porque nela desenvolveu os seus estudos, se especializou profissionalmente, ou porque nela desempenhou ou exerceu certas artes ou ofícios

- o perito é "agente de prova", estabelecendo uma relação entre as provas e os factos[319]

- é aquele que expõe "ao juiz as observações dos seus sentidos e as impressões pessoais dos factos observados", indicando "as induções que objetivamente se podem extrair dos factos observados"[320] e assim auxilia o tribunal em matérias nas quais não é capaz de responder autonomamente[321]

- é um terceiro à causa porque não teve qualquer tipo de participação nos factos que se mostram em discussão

- é aquele que não representa nenhuma partes no processo, mas alguém independente e imparcial

- é aquele que está formalmente investido da função de auxiliar neutro e imparcial do tribunal devendo, por isso, as suas declarações ter um peso maior do que outro participante processual indicado pelas partes[322]

- é aquele que, não sendo testemunha ocular, se considera testemunha na aceção lata da CEDH[323]

---

[318] Lembramos que o elenco das caraterísticas que apresentamos se enquadra, exclusivamente, na conceção do perito consagrada na tradição romano-germânica. Isto porque na tradição anglo-saxónica o perito surge no processo como testemunha das partes e necessariamente com caraterísticas muito porpiás e distintas daquelas que aqui trazemos. Leia-se, a propósito, a parte VI.

[319] Cf. VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel e NORA, Sampaio e - Manual de Processo Civil, *op. cit.*, p. 579 e TAVARES, Sandra - Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica, *op. cit.*, p. 196.

[320] Cf. ac. TRL. 21.03.2007. Proc. 10524/2006-3.

[321] Cf. ac. TEDH. 04.04.2013. C.B. v. Austria. 04.04.2013.

[322] Cf. ac. TEDH. 06.05.1985. Bönisch v. Austria.

[323] Em causa, a al. d) do n.º 3 do art. 6.º da CEDH, que assim dispõe: "o acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação". Esta foi a posição firmada pelo TEDH e encontra a sua justificação na preocupação de se assegurar aos arguidos um efetivo direito à defesa (cf. acs. TEDH 31.05.11. Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia, 11.12.2008 Mirilashvili v Russia. e 04.04.2013. C.B. v. Austria). Destes acórdãos resulta que os peritos (testemunhas para efeitos desta disposição) podem ser chamados pelo acusado para permitir à sua defesa um real contraditório relativamente aos peritos e seus relatórios.

- é aquele que tem que traduzir a complexidade dos factos sobre os quais recaiu a perícia por palavras simples para que os juristas compreendam e o tribunal possa tomar uma decisão adequada[324]

Relativamente ao que se espera da intervenção do perito também não resulta dúbia a afirmação de que a prova pericial não tem como função exclusiva a recolha ou perceção de factos, mas também a apreciação técnica dos factos observados com a emissão de juízos de valor assentes em critérios científicos e máximas da experiência. De entre a vasta panóplia de contributos que podem ser oferecidos pelo perito, permitimo-nos destacar os mais comuns[325]:

- pronúncia sobre princípios gerais fundados na experiência ou resposta a uma questão hipotética, como resultado da sua área de conhecimento, competindo depois ao julgador tirar ilações da regra e princípios gerais que o perito lhe deu a conhecer

- verificação dos factos que apenas podem ser observados, compreendidos ou julgados exaustivamente em virtude do seu conhecimento especializado

- apresentação de um diagnóstico da natureza ou qualidade de certos factos

- avaliação de coisas ou direitos

- extração de antecedentes ou conclusões dos factos observados, que apenas podem ser percecionadas em virtude do seu conhecimento especializado

2.2. VISÃO COMPARATÍSTICA: O PERITO ENTRE OS DIFERENTES PARTICIPANTES PROCESSUAIS *LATO SENSU*

2.2.1. O PERITO E O JUIZ

[324] Cf. TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica*, *op. cit.* p. 196.

[325] Procuramos aqui compilar as categorias que surgem desenvolvidas na doutrina nacional e internacional. Seguimos FREITAS, José Lebre de - Anotação ao art. 388.º In PRATA, Ana - *Código civil anotado*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7907-3. V I, p. 509; REIS, Alberto dos - *Código de processo civil anotado, op. cit.,* pp. 168 e ss; SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova testemunhal*, *op. cit.*, pp. 175 e 176; CORDERO, Franco - *Procedura penale*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2006. ISBN 8814132224, pp. 658 e 659; MITTERMAIER, Karl Joseph Anton - *Tratado de la prueba en materia criminal: o exposicion comparada de los principios en materia criminal y sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc*. 9.ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1959, p. 154. ROXIN, Claus - Derecho Procesal penal. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. 25.ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. ISBN 9879120361, p. 238.

A primeira barreira a erguer é entre o papel do perito e do juiz. Se à primeira vista tal pode parecer despiciendo, certo é que se mostra pertinente porque nos demos conta que a doutrina tem chamado atenção para o facto de as funções do juiz e do perito de aproximarem[326].

Neste particular, tem sido lembrado que, em com comum, perito e juiz deverem exercer as suas funções de forma independente e imparcial, estando ambos sujeitos ao dever de fundamentação das suas decisões.

O paralelismo ganha ainda força pelo valor reforçado que a lei confere à prova pericial e pelo regime de impedimentos, recusas e escusas aplicável ao perito, próximo do que é estabelecido para o juiz (n.ºs 1 e 2 do art. 153.º e art. 47.º do CPP e n.º 1 do art. 470.º do CPC).

Para esta aproximação concorre ainda o facto de o perito partir de teorias para confirmar as hipóteses que lhe são colocadas e o juiz, de entre as possíveis soluções jurídicas, ter que fazer uma subsunção dos factos às normas, indicando a solução jurídica que lhe pareça mais equitativa com recurso a máximas de experiência e a juízos inferenciais. Nesse sentido, o procedimento adotado por cada um deles pode mostrar-se, *mutatis mutandis*, semelhante: para tomar uma decisão, o juiz desenvolve o *iter decisório* no qual pondera os pedidos formulados nas peças processuais, determina a prova a realizar, seleciona a prova relevante produzida e analisa-a criticamente e descreve na sentença as diligências, explica os factos que considerou provados e não provados com referência à prova produzida; o perito deve atuar do mesmo modo: lê os quesitos; estabelece, a partir daí, as hipóteses, quais os exames e inspeções que precisará fazer para confirmar ou afastar as hipóteses; realiza os exames e inspeções com o máximo de diligência, e descreve a sua pesquisa e os resultados de forma objetiva e pormenorizada.

Por último, e que nem sempre sucede com partes, a possibilidade de ambos terem acesso ao processo e a todos os seus elementos (ou, no caso dos peritos, pelo menos a todos os elementos que sejam por si considerados pertinentes para realização da perícia - n.º 3 e 4 do art. 165.º do CPP e art. 481.º do CPC).

Todavia, apesar das aproximações, não se pode de modo algum confundir a função do perito com a do juiz. É que se ao juiz é atribuída a função jurisdicional, orientada à descoberta da verdade, ao perito é atribuída a tarefa de esclarecer factos ou princípios que podem auxiliar o juiz

[326] É o caso, p. ex., de MANZI, José Ernesto - O juiz e o perito: paralelos e intersecções. *Âmbito Jurídico* [Em linha]. XVI, N 118 (2013). [21.01.2021]. Disponível em https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-juiz-e-o-perito-paralelos-e-interseccoes/. Veremos, mais à frente, que o perito é inclusivamente apelidado de "auxiliar" e "colaborador" do juiz por tão próxima ser a ligação que a doutrina reconhece entre estas duas figuras.

a alcançar tal objetivo[327]. À luz do nosso ordenamento, o perito não se pode substituir ao juiz na perceção do facto nem ser um assistente no momento de julgar. Nas palavras de Luís da Cunha Gonçalves "[o] perito é, apenas, *instrumento da perceção e dedução* que o juiz tem de executar"[328]. Como esclarece Malatesta "[...] o perito, quanto aos mesmos factos 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 pronunciação definitiva"[329].

Nem sempre a distinção entre as funções se revela simples. De resto, como já vimos na secção 2.2. da parte I, um dos riscos inerente à prova pericial decorre do papel cada vez mais amplo dos peritos nos processos judiciais e a cada vez menor autoridade do juiz para decidir em matérias que exigem especiais conhecimentos, que tende a culminar numa atitude deferencial face ao perito. Por ser questão essencial aos objetivos da nossa investigação desenvolveremos uma análise crítica e mais detalhada nas partes IV e V.

2.2.2. O PERITO E O ÁRBITRO

A ideia de perito como "agente de prova" é recuperada pela doutrina para distinguir este participante processual do árbitro. Tal reveste importância porque, partindo da premissa de que o perito elabora um parecer, de natureza técnica, relevante para a apreciação da matéria, surgiu por vezes retratado como o árbitro que tem por missão pronunciar uma verdadeira decisão em matéria de facto e/ou direito sobre a causa colocada à sua apreciação[330].

Apesar disso, aquela configuração como "agente de prova" nem sempre confere simplicidade à questão. Lembremos, p. ex., as situações em que as partes convencionam que determinados factos devem ser apreciados por terceiros, ou que as dúvidas suscitadas devem ser resolvidas por pessoa designada ou a designar. Estamos, nestes casos, perante peritos ou

[327] Cf. MANZI, José Ernesto - O juiz e o perito: paralelos e intersecções, *op. cit.*

[328] Cf. GONÇALVES, Luís da Cunha - *Tratado de direito civil em comentário ao código civil português, op. cit.,* p. 600. No mesmo sentido, Claus Roxin afirma que o perito será «solamente 'asistente del tribunal'». Desta afirmação retira o autor duas consequências: a de que o perito se deve limitar às suas funções, não podendo constatar e avaliar factos senão nas hipóteses de perícia; e a de que o tribunal deve examinar por si mesmo o resultado da perícia, apreciando a sua força persuasiva e até podendo afastar-se das conclusões do relatório pericial - cf. ROXIN, Claus - *Derecho Procesal penal, op. cit.,* p.239.

[329] Cf. MALATESTA, Nicola Framarino - *A logica das provas em materia criminal*, *op. cit.,* p. 527. Para o autor, o perito assemelha-se à testemunha, exceto quando tece afirmações científicas e deduções, situação em que é um juiz, análogo aos jurados, porque julga "factos prejudiciais".

[330] Podem ler-se, entre outros, RODRIGUES, Fernando Pereira - *Os meios de prova em processo civil, op. cit.*, p. 139 e REIS, Alberto - *Código de Processo civil anotado, op. cit.,* p. 172. O autor refere que os peritos exercem verdadeiramente uma função jurisdicional. Porque julgamos que os esclarecimentos desenvolvidos no corpo do texto serão suficientes para fazermos uma distinção entre as figuras do árbitro e do perito, que é o que nos aqui ocupa, não entraremos na discussão em torno da eventual jurisdicionalidade do poder dos árbitros. Contudo, não podemos notar que esta posição tem sido contestada - sobre o tema, PINA, Pedro - Arbitragem e jurisdição. *Julgar.* Lisboa. ISSN 1646-6853. N 6 (2008), pp. 135-160 e LEITÃO, Hélder Martins - *Da instrução em processo civil: das provas, op. cit.*, pp. 85 e ss.

árbitros? A discussão não parece encerrar uma decisão unânime, tendo a doutrina já defendido uma e outra posição e a jurisprudência afirmado que se trata de uma perícia extrajudicial[331]. Neste debate, acompanhamos a posição adiantada por Aberto dos Reis, que remeteu a resposta para uma análise casuística, mostrando-se dependente da vontade contratual das partes: se a função atribuída à pessoa designada ou a designar é a de resolver a dúvida suscitada ou o conflito, então estaremos perante arbitragem convencional porque a pessoa irá exercer a função de árbitro; se a vontade das partes foi a de sujeitar a questão a parecer técnico, então estaremos perante arbitramento extrajudicial porque a pessoa tem a função de perito[332].

2.2.3. O PERITO E O JURADO

Malatesta trouxe uma abordagem inovadora ponderando se o perito poderia assumir uma dupla natureza, sendo simultaneamente testemunha e jurado[333]. Esta abordagem não é despicienda se atentarmos no seu raciocínio: muitas vezes o perito atesta no seu relatório um facto e ainda que esse não seja percetível pelo sentido comum, não retira o caráter testemunhal da sua intervenção. Mas quando apresenta afirmações científicas ou, deduções, a sua função parece estar mais próxima da de jurado ou de juiz. Melhor se compreenderá se lembrarmos que se pode submeter tanto ao perito como ao jurado uma questão de facto prejudicial, cuja solução é necessária para se julgar.

Não podemos, contudo, concordar com tal aproximação porque a posição assumida pelo perito no seu relatório não tem força decisória no julgamento definitivo, ao contrário do que se verifica com a decisão do júri.

2.2.4. O PERITO E A TESTEMUNHA

[331] Uma resenha das diferentes posições chegou-nos por REIS, Alberto - *Código de Processo civil anotado, op. cit.,* p. 172. Refere o autor que, na tese defendida por Lessona, estaremos perante árbitros e Montara que estaremos perante mandatários das partes, não sendo nem peritos nem árbitros. Num processo em que se discutia um contrato de venda de minério com uma cláusula nos termos da qual as amostras deveriam ser enviadas a determinado químico para que as analisasse e declarasse o resultado da análise, o TRP e o STJ consideraram que a cláusula não poderia configurar nem um compromisso arbitral nem uma cláusula compromissória, mas antes uma perícia extrajudicial porque o químico teria a função de perito, emitindo o seu parecer, mas não de árbitro, porque não decidia a controvérsia - *ibidem*, p. 172.

[332] Cf. REIS, Alberto - Código de Processo civil anotado, *op. cit.*, p. 172.

[333] MALATESTA, Nicola Framarino. A logica das provas em materia criminal, op. cit. pp. 306 e 307.

Mais complexa pode mostrar-se a distinção entre perito e testemunha. É sobre esta que a doutrina mais se tem debruçado e ainda hoje parece não existir critério único que se mostre suficiente para uma distinção tão clara quanto o expectável[334].

Nos inícios do séc. XX Nicola Malatesta parecia equiparar o perito à testemunha, definindo o "testemunho pericial" como sendo aquele que "[...] é o prestado por testemunhas escolhidas post factum; testemunhas que vamos buscar para deporem sobre certas condições e certas relações particulares do facto, não percetíveis pelo comum dos homens, mas percetíveis somente a quem tem uma perícia especial"[335].

Ainda hoje parece não ser dado assente que perito e testemunha tenham natureza distinta: o TEDH, na interpretação da CEDH, fixou já entendimento de se equipararem os peritos às testemunhas na interpretação da norma que atribui o direito aos acusados de interrogarem ou fazerem interrogar testemunhas[336].

Em comum apontam, para lá do facto de ambas se mostrarem provas pessoais, o facto de qualquer uma delas ter como função fornecer ao tribunal informação que lhe permita formar a sua convicção sobre os factos ocorridos.

Questionamos então o que distingue, na configuração de matriz romano-germânica da prova pericial, esta prova das demais provas pessoais (como a testemunhal ou a confissão)? No caso da segunda, será suficiente comparamos a qualidade da pessoa que funciona como instrumento probatório: na confissão, a pessoa ouvida é parte na causa; na prova pericial, as declarações são proferidas por terceiro. No caso da primeira, a doutrina tem vindo a desenvolver inúmeros critérios que procuram distinguir estes dois tipos de prova.

Jaime Guasp foi um dos autores que desenvolveu com maior pormenorização esta distinção e que melhor sintetizou os diferentes critérios apontados pela doutrina[337]. De acordo com a exposição que fez, a destrinça entre perito e testemunha poderia ser feita por dois tipos de critérios: um de natureza subjetiva e outro de natureza objetiva.

De acordo com um critério subjetivo, a prova testemunhal distancia-se da prova pericial porque no primeiro caso qualquer pessoa, mesmo sem conhecimento especializado, pode ter

[334] Esclareça-se que a distinção tem lugar na tradição romano-germânica mas não na anglo-saxónica, em que os especialistas são, efetivamente, testemunhas designadas pelas partes. Porém, mesmo neste modelo, as *expert witnesses* conhecem regras próprias para a sua participação no processo, que se distinguem das regras aplicáveis às demais testemunhas - é o caso de poderem depor sob a forma de opinião. Sobre este modelo, pode ler-se a parte VI.

[335] Cf. MALATESTA, Nicola Framarino - A logica das provas em materia criminal, *op. cit.*, p. 303.

[336] Veja-se a na secção 2.2.1 da parte III.

[337] *Apud* REIS, Alberto dos - Código de processo civil anotado, *op. cit.*, p. 170.

intervenção no processo, desde que conheça os factos em discussão; enquanto o perito terá que ser uma pessoa com conhecimentos especializados por força da sua formação ou profissão.

A este soma-se ainda, como vimos, um critério de natureza objetiva, cuja interpretação variará em função qualidade do objeto e da qualidade do ato.

Sob o ponto de vista da qualidade do objeto, podemos distinguir a testemunha do perito em função da matéria sobre que incide a intervenção de cada um destes participantes processuais e da contribuição que cada um pode oferecer. No primeiro caso, é a especificidade ou falta dela que nos permite distinguir quando é que estamos perante uma testemunha e um perito: este intervém relativamente a dados técnicos e a matéria de natureza especial; já a testemunha pronuncia-se sobre dados e factos comuns, relativamente aos quais a sua observação e valoração dispensam conhecimentos especiais, sendo por si apreendidos segundo experiência geral e comum. No segundo, distingue-se a testemunha do perito porque a testemunha contribui para o processamento de informações sobre factos, enquanto o perito leva ao processo dados normativos, na medida em que oferece critérios de valoração e apreciação dos factos e apresenta juízos de valor que decorrem dos seus conhecimentos e cultura e experiência técnica. De outra forma dito, a testemunha oferecerá os factos ao juiz, enquanto o perito habilita o juiz a apreciar esses mesmos factos. Transpondo este raciocínio para o silogismo judiciário, os dados oferecidos pela testemunha inserem-se na premissa menor e os oferecidos pelo perito na premissa maior.

Do ponto de vista da qualidade do ato, a distinção pode ser feita ainda de acordo com a captação do facto; o tratamento que do mesmo é feito; ou o modo de transmissão. Relativamente à captação, distingue-se a testemunha do perito porque aquela observou o facto acidentalmente, enquanto o perito será pessoa fungível porque observa o facto deliberada e intencionalmente, pois a tarefa de perceção e apreensão foi-lhe confiada pelo tribunal, sendo nessa exata medida um "observador fungível". Já em face do critério do tratamento do facto, podemos afirmar que testemunha e perito de afastam porque a testemunha narra o facto sem emitir qualquer juízo de apreciação, enquanto o perito pode emitir um juízo de valor. Por fim, quanto ao critério do modo de transmissão, os participantes distinguem-se porque se o perito examina os factos, a testemunha será examinada pelo tribunal.

Não deixa, porém, de ser curioso que nem o próprio autor se tenha mostrado convencido com a suficiência de tais critérios.

Discorda do critério objetivo que assenta na qualidade do objeto porque, lembra, as testemunhas podem também apreciar dados técnicos (exemplificando que um médico pode presenciar um acidente de trabalho e no tribunal depõe sobre os factos a que assistiu, valorando e interpretando tecnicamente o mesmo; ou um condutor que assiste a um acidente de viação e além de descrever o acidente tece a sua perceção sobre a causa do acidente)[338].

Quanto aos critérios reportados à qualidade do ato, aceita o autor a distinção das figuras por força da sua (in)fungibilidade, lembrando, contudo, a necessidade de a casualidade e a intencionalidade da captação ser referente ao processo em que se socorrerá de tal prova. Porém, aparenta denotar alguma falta de rigor no critério do tratamento dos factos, esclarecendo que quando a testemunha narra o facto, já apresenta um depoimento que se conforma com o juízo lógico que formou sobre os factos que presenciou. Já quanto ao critério da transmissão dos factos, lembra que o perito, depois de emitir o parecer, também é examinado pelo juiz.

Remata então o autor afirmando que a diferença reside sobretudo no facto de a declaração do perito resultar de uma prévia apreciação dos factos que resultam de atos processuais e a declaração da testemunha não emanar de qualquer ato processual.

No seio de toda esta agitação jurídico-hermenêutica, afigura-se não existir um critério único que nos permita responder a este impasse. Ao invés disso, subsistem variadíssimos critérios que, analisados cumulativamente, nos permitem ambicionar essa tarefa. São estes os mais relevantes[339]:

- o perito distingue-se da testemunha por ser escolhido *post factum* em função dos seus conhecimentos especializados (fungível), enquanto a testemunha é *evidenticia in facto* (infungível)

- a testemunha comum deve fazer declarações o mais próximo possível dos factos brutos e não processados para que o juiz possa estabelecer o grau de verossimilhança, considerando a probabilidade dos factos de acordo com as várias hipóteses, enquanto o perito está autorizado a

[338] Levantando esta mesma possibilidade, António João Latas refere que estas são "testemunhas especialistas" ou "testemunhas peritas", ainda que sublinhe que sem qualquer outro alcance que as demais testemunhas, pois que não integram qualquer categoria autónoma de participantes processuais, encontrando-se a sua atuação sujeita ao regime da prova testemunhal - cf. LATAS, António João - *Processo penal e prova pericial*, *op. cit.*, p. 110. Como bem observa DUCE, Mauricio J. - *La prueba pericial: aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina, op. cit.,* pp. 31 a 33 e ss, esta pessoa não deixa de ser uma testemunha oferecida pelas partes. No mesmo sentido, VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel e NORA, Sampaio e - *Manual de Processo Civil, op. cit.,* p. 582 e ainda LEITÃO, Hélder Martins - *Da instrução em processo civil: das provas*. 2.ª ed. Porto: ECLA Editora: 1990. ISBN Porto: Ecla Editora. 1991. ISBN 972-9427-07-0, p. 86.

[339] A título sugestivo, leiam-se MALATESTA, Nicola Framarino - *A logica das provas em materia criminal, op. cit.,* pp. 309 e ss; SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova testemunhal, op. cit.,* p. 177; GUERRA, José Luís Guerrero - *A livre apreciação da prova em processo penal: em especial a prova pericial* [Em linha]. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa., 2016. Dissertação de Mestrado. [21.01.2021]. Disponível em http://repositorio.ulusiada.pt, p. 80.

fazer uma intervenção mais abrangente, com recurso a vários meios e mediante acesso prévio ao processo

- a testemunha não é escolhida pelas partes já que é a sua relação com os factos controvertidos que impõe a sua intervenção, sendo o perito escolhido em função dos seus especiais conhecimentos

- a testemunha tem conhecimento dos factos no momento em que os mesmos ocorrem e por força da sua presença ocasional no local dos acontecimentos e o perito conhece o facto para o fim intencional de instruir a ação

- o testemunho comum é retrospetivo, pois exige, habitualmente, a recordação e o relato de factos passados, e a perícia é prospetiva, já que tem por objeto uma materialidade presente

Julgamos que só a conjugação de todos estes critérios nos permite circunscrever os participantes. Esta demarcação é de grande importância, dadas as diferentes disciplinas processuais que lhes subjazem, das quais se destacam:

- a testemunha será sempre uma pessoa física, mas a função de perito pode ser atribuída a um conjunto de pessoas ou até mesmo a uma pessoa coletiva (ainda que, nestas situações, em última instância, seja sempre uma pessoa física a desempenhar as tarefas do perito) (n.º 1 do art. 467.º do CPC e n.º 1 do art. 152.º do CPP)

- pode existir um parecer coletivo de peritos, mas é impensável um parecer coletivo de testemunhas (n.º1 do art. 495.º e n.º 1 do art. 489.º do CPC e n.º 1 do art. 138.º e n.º 1 do art. 157.º do CPP)

- diferentemente das testemunhas comuns, os peritos podem redigir o seu parecer fora da presença do juiz e, nos casos de perícia colegial, os peritos podem discutir entre si e formar uma posição que pode ser influenciada pela posição dos demais peritos (n.º 1 do art. 489.º do CPC e n.º 1 do art. 157.º do CPP)

- o relatório pericial, mesmo não sendo confirmado com a presença do perito na audiência de discussão e julgamento, não perde o seu valor, mas o depoimento das testemunhas - salvo as situações em que se admite o depoimento por escrito - tem que ser produzido oralmente (arts. 486.º e 500.º do CPC e al. a) do n.º 1 do art. 158.º e art. 355.º do CPP)

- o perito presta compromisso e a testemunha presta juramento (art. 459.º e n.º 1 do art. 479.º do CPC e al. b) do n.º 1.º do art. 132.º e n.º 1 do art. 156.º do CPP)

- o perito e testemunha não podem cumular tal qualidade no mesmo processo: nos processos de natureza cível e criminal, ninguém que tenha deposto ou tenha que vir a depor como testemunha pode ser nomeado como perito; e nos processos de natureza criminal os peritos estão ainda impedidos de depor como testemunhas relativamente às perícias em que tenham tido intervenção (al. b) do n.º 1 do art. 115.º ex vi n.º 1 do art. 470.º do CPC e al. d) do n.º 1 do art. 39.º ex vi n.º 1 do art. 153.º e art. 47.º e al. d) do n.º 1 do art. 133.º do CPP)

- apesar de ambos responderam penalmente pelo crime de falso testemunho, o perito está ainda sujeito a responsabilidade civil pelos danos que possam decorrer da apresentação em juízo de um relatório incorreto (arts. 47.º, n.º1, art. 39.º, n.º 1, al. d) e art. 133.º, n.º 1, d) do CPP e arts. 470.º, n.º 1 CPC e 115.º, n.º 1, h) do CPC)

- a prova testemunhal está sempre sujeita à livre apreciação da prova, mas no âmbito do processo penal o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial está subtraído a tal princípio e assume valor reforçado na pratica judicial mesmo nos processos de natureza cível (n.º 5 do art. 607.º do CPC e arts. 127.º e n.º 1 do art. 163.º do CPP)

Na nossa opinião, é combinação entre a função e as diferentes habilidades cognitivas envolvidas que determinam a diferença entre testemunha e perito. A testemunha limita-se a testemunhar sobre factos percecionados, enquanto o perito poderá analisar, explicar, tirar conclusões e fazer julgamentos de valor sobre os factos em discussão através dos seus conhecimentos[340]. Por isso, também a transição das competências de avaliação ensinadas pela razoabilidade das experiências comuns para as capacidades de avaliação especializadas traça a divisão entre a intervenção do perito e a intervenção da testemunha. O uso dessas atitudes cognitivas preponderantes nos dois meios de prova - um sensorial e outro especializado - é a linha prática de demarcação entre a prova testemunhal e a prova pericial.

2.2.5. PERITO E TÉCNICO, ASSESSOR TÉCNICO E CONSULTOR TÉCNICO

[340] Perante a objeção levantada comummente de que nem sempre a testemunha se limita a narrar objetivamente os factos, sendo frequente apresentar juízo de valor sobre os mesmos, sobretudo se possuir conhecimentos técnicos sobre os factos a que assistiu e de por vezes o perito se apresentar apenas como um *peritus percipiendi* e apenas expor objetivamente os dados recolhidos, sem apresentar uma apreciação ou valoração dos factos, acompanhamos Alberto dos Reis quando explicava que, sendo tais observações exatas, não invalidarão a diferença entre estes participantes: porque se a testemunha se afasta da narração e apresenta a valoração, então está fora do seu papel e está a querer vestir o papel do perito; se o perito não valora e apenas descreve factos, então não exerce as funções que lhe incumbem, pretendo vestir a função de testemunha. Nas palavras do autor "A função característica da testemunha é *narrar* o facto; a função característica do perito é avaliar ou *valorar* o facto (emitir, quanto a ele, juízo de valor, utilizando a sua cultura e experiência especializada). [...]. O verdadeiro papel do perito é captar e recolher o facto *para o apreciar* como um técnico, para emitir sobre ele o *juízo de valor* que a sua cultura especial e a sua experiência qualificada lhe ditarem" - cf. REIS, Alberto dos - *Código de processo civil anotado, op. cit.,* p. 171.

Igualmente distintos do perito são os técnicos, assessores técnicos e consultores técnicos que poderão intervir nos processos para assessorar, *lato sensu*, as partes e o tribunal durante a discussão da prova. Estes são, tal como o perito, pessoas com especiais competências para se ocuparem de questões de natureza técnica. Todavia, não serão confundíveis com o perito. Julgamos que a esfera processual nos permitirá esvaziar de sentido esta questão e é aí que encerraremos o recorte destes participantes.

Nos processos de natureza penal mostra-se prevista a possibilidade de intervenção de um consultor técnico, por designação do MP, arguido, assistente e/ou as partes civis, nas situações em que é ordenada a realização de perícia[341]. Este participante processual pode propor a efetivação de diligências e formular observações e objeções, que ficam a constar de auto (n.º 2 do art. 155.º do CPP). Se este técnico for designado após a realização da perícia pode até tomar conhecimento do respetivo relatório, salvo nos casos em que a perícia tiver lugar no decurso do inquérito e a autoridade judiciária que a ordenar tiver razões para crer que o conhecimento dela ou dos seus resultados, pelo arguido, pelo assistente ou pelas partes civis, poderia prejudicar as finalidades do inquérito (n.º 3 do art. 155.º do CPP). Uma exceção se verifica: não será aplicável a possibilidade de as partes designarem consultores técnicos para assistirem às perícias realizadas no INML[342].

No domínio do CPC os técnicos intervêm no processo para esclarecer as partes e o tribunal sobre matérias que exigem particulares conhecimentos e por isso se distinguem dos demais técnicos que por vezes intervêm apenas porque integram alguns serviços de natureza especialidade, como os serviços de reinserção social. É sobre os primeiros de que falaremos neste ponto, deixando os segundos para o ponto seguinte.

No processo civil, o técnico pode ser designado pelo tribunal sempre que a matéria de facto suscite dificuldades de natureza técnica cuja solução dependa de conhecimentos especiais que o tribunal não possua para:

---

[341] No caso do processo penal, o estatuto do consultor técnico está consagrado no art. 155.º do CPP. Parece existir, contudo, na doutrina, alguma divergência na interpretação desta disposição legal. Para aqueles que apresentam uma interpretação literal da lei, a presença de consultor técnico só é admissível no caso da realização de perícias, não sendo permitida a sua designação nem presença quando se realiza exame não pericial - defendendo esta posição, DIAS, Maria do Cramo Saraiva de Menezes da Silva - Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial. *Revista do CEJ.* N 3, 2ª Semestre. 2005. ISSN 1645-829X. pp. 169-225, p. 191. Outros parecem defender que o consultor técnico pode assistir a exame realizado ao abrigo art. 172.º, n.º 2 CPP - é o caso de ABREU, Carlos Pinto de - Prova e meios de obtenção de prova: breve nota sobre a natureza e o regime dos exames no processo penal, *op. cit.,* p. 273. Na nossa opinião, em face da inexistência de qualquer remissão no regime dos exames para o art. 155.º do CPP e pressuposto que o valor do exame se mostra livremente apreciado pelo tribunal, parece-nos que a faculdade de acompanhamento por consultor técnico apenas poderá ser reconhecida às situações em que se verifica a produção de prova pericial.

[342] *Vide* ao abrigo do disposto no art. 3.º, n.º 1 da L n.º 45/2004, de 19.08. Sobre esta exceção já se pronunciou o TC, decidindo que esta disposição, na parte em que inviabiliza a participação de consultores técnicos nas perícias médico-legais realizadas em delegação do INML não é inconstitucional (cf. TC. 27.02.2007. Proc. 847/05). Voltaremos a esta questão no capítulo III da parte IV.

- assistir à audiência final e aí prestar os esclarecimentos necessários

- em qualquer estado da causa, elaborar pareceres técnicos indispensáveis ao apuramento da verdade dos factos

- acompanhar o tribunal nos atos de inspeção judicial para o elucidar sobre a averiguação e interpretação dos factos que se propõe observar

Ao técnico designado podem ser, naturalmente, opostos os impedimentos e recusas e a sua designação é feita, em regra, no despacho que designa dia para audiência ou, quando a sua presença é necessária nos atos de inspeção, no despacho que ordena essa diligência, devendo neste caso comparecer na audiência final (arts. 601.º e 492.º do CPC). O técnico designado pelo tribunal pode ser ouvido pelo juiz, em qualquer momento, antes das alegações orais, durante as mesmas ou depois de findas (n.º 7 do art. 604.º do CPC).

Estes técnicos também podem ser indicados pelas partes, podendo os advogados fazerem-se por eles assistir durante a produção da prova e a discussão da causa de pessoa dotada de competência especial para se ocupar das questões suscitadas, quando no processo se suscitem questões de natureza técnica para as quais não tenham a necessária preparação, salvo se a perícia for suscetível de ofender o pudor ou implicar quebra de sigilo que o tribunal julgue merecer maior proteção (art. 50 *ex vi* n.º 3 do art. 480.º do CPC). Em relação às questões para que tenha sido designado, o técnico tem os mesmos direitos e deveres que o advogado, mas deve prestar o seu concurso sob a direção deste e não pode produzir alegações orais (n.º 4 do art. 50.º do CPC). Este técnico - que nestas situações assume a designação de assessor técnico - tem ainda intervenção durante a realização das perícias quando as partes queiram estar presentes durante a sua realização assistidas por assessor técnico, salvo se a perícia for suscetível de ofender o pudor ou implicar quebra de qualquer sigilo que o tribunal entenda merecer proteção (n.º 3 do art. 480.º do CPC).

O quadro jurídico previsto permite-nos então apresentar algumas diferenças não só no campo de intervenção do perito e dos técnicos e consultores técnicos, como ainda nos direitos e deveres que a cada um são reconhecidos.

A mais relevante, prevista em processo civil, relacionada com o facto de, relativamente às questões para as quais tenha sido designado, o técnico dispor dos mesmos direitos e deveres que o advogado, apesar de dever prestar o seu concurso sob a direção deste e não poder produzir alegações orais. Tal faculdade não se mostra prevista para o perito, que quando comparece no

julgamento o faz porque a sua presença foi requerida pelas partes para, sob juramento, prestar os esclarecimentos que se mostrarem necessários para o bom entendimento do seu relatório. Porém, uma nota deve ser apresentada: é que atuação deste técnico nas perícias reduz-se à assistência às mesmas, presenciando o ato e não interferindo nele e apenas se relacionando com a parte e o advogado que o designou.

Já em processo penal o consultor técnico tem poderes não só para intervir no ato inspetivo, podendo relacionar-se com quem a ele assista, mas também para sugerir a realização de diligências e formular observações e objeções, que ficam a constar do auto. A este é reconhecida uma intervenção ativa nas perícias a que pode assistir, estando-lhe, porém, vedada a assistência e intervenção nas perícias que possam ofender o pudor ou implicar quebra de qualquer sigilo que o tribunal entenda merecer proteção e ainda nas perícias realizadas no INML.

Outra das diferenças significativas resulta do facto de a intervenção do técnico/assessor técnico/consultor técnico não resultar inclusa no elenco das provas como um tipo de prova. Aliás, no processo penal, a intervenção do técnico não se mostra prevista de forma autónoma, estando inserida no capítulo respeitante à prova pericial, precisamente porque a intervenção do consultor se mostra dependente da realização de perícia, só intervindo a respeito desta.

Além disso, nem sempre a intervenção do técnico ou assessor resulta na elaboração de um relatório escrito. E em qualquer caso nunca resulta num relatório que se mostre subtraído ao princípio da livre apreciação da prova.

Da análise destes particulares regimes fica comprovado que nenhum destes participantes será confundível com o perito porque a sua função é de prestar, oralmente, todos os esclarecimentos em matérias em que o tribunal e/ou as partes careçam de elucidação em face de conhecimentos especiais exigidos para o apuramento dos factos, muitas vezes se mostrando pertinente a sua atuação precisamente para acompanhar a realização das perícias. É aqui que ganha relevo o seu papel, pois que assim se assegura outro nível de controlo e se garante a qualidade das perícias. Ainda que o consultor não se coloque numa posição contrária ao perito, reconhecemos que desempenha uma "função quasi-pública"[343], atuando junto da parte que o designou como um «"intérprete" [...] relativamente ao conteúdo do ato inspetivo»[344], possibilitando a sua compreensão e o exercício do contraditório.

[343] Cf. TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica, op. cit.*, p. 208.
[344] Cf. acórdão TRC. 28.11.2018. Proc. 1864/17.4T8LRA-A.C1.

Pensamos que a nossa jurisprudência sintetizou bem a distinção em análise, decidindo que "[e]nquanto que, na prova pericial, o perito funciona como agente de prova, sendo ele que capta e aprecia os factos, o técnico [...] não é agente de prova, mas mero auxiliar do verdadeiro agente, que é o Juiz [...]"[345].

Estes técnicos são assim designados em função da confiança que sobre ele recai pela parte que o designa e pode propor a efetivação de determinadas diligências e formular observações e objeções, que ficam a constar do auto. Em particular, o consultor técnico e o assessor técnico "intervém como pessoa da *confiança* da parte que o indica, sendo um instrumento para o controlo dialético da perícia"[346]. Serão "l'esperto che espone al guidice il próprio parere, nellínteresse della parte che lo há nominato"[347] e assumem um «"estatuto híbrido", pela similitude e pela distância que demonstra face à figura do perito»[348].

2.2.6. PERITO E DEMAIS TÉCNICOS QUE NÃO OS TÉCNICOS, ASSESSORES TÉCNICOS OU CONSULTORES TÉCNICOS ANTERIORMENTE ANALISADOS

Uma outra distinção merece a nossa atenção. É que na conceção de técnico/assessor técnico/consultor técnico que anteriormente analisamos não se mostravam incluídos os técnicos das chamadas ciências do homem que elaboram, p. ex., os relatórios sociais que dão a conhecer ao tribunal as condições sociais, familiares, económicas, profissionais do arguido (art. 370.º do CPP)[349].

A intervenção destes assume relevância no processo penal para efeitos de determinação da medida da pena, mas não pode ser confundida com o papel desempenhado pelo perito. Lembramos, a propósito, a distinção que já apresentamos entre os relatórios apresentados por estes técnicos e os relatórios periciais apresentados pelos peritos em momento anterior e fazemos

[345] Cf. ac. TRC. 29.01.2008. Proc. 2087/03.5TBPBL.C1.

[346] Cf. MESQUITA, Paulo Dá - *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1951-7, p. 385.

[347] Cf. DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia - *Manuale di diritto processuale penale*. Padova: Cedam, 1997. ISBN 8813200803, pp. 189 e 205.

[348] Cf. TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica, op. cit.*, p. 445.

[349] Note-se, contudo, que nestes técnicos não incluímos aqueles que são responsáveis pela realização da avaliação de personalidade do arguido, relativamente às quais entendemos serem necessários especiais conhecimentos para a sua realização e, nessa medida, enquadramos já como verdadeiras perícias sujeitas ao regime da prova pericial. Esta nossa posição não é pacificamente aceite na doutrina. Em sentido diferente pode ler-se LATAS, António João - Processo penal e prova pericial, *op. cit.,* p. 113. Não acompanhamos o seu raciocínio neste ponto, julgando que estamos perante uma verdadeira prova pericial, pressuposto que se exigem especiais conhecimentos para realização do exame e que o relatório a elaborar nestas situações pode influir na decisão a tomar pelo tribunal. Aliás, uma posição diferente afrontaria o regime legal previsto para este tipo de prova, enquadrado pelo legislador na prova pericial - *Vide* arts. 160.º e 160.º-A do CPP.

novamente apelo às particularidades de cada tipo de relatório assume no campo normativo, prático e metodológico.

Dessa tríplice, concluímos que a função destes técnicos reconduz-se à prestação de serviços de assessoria técnica ao tribunal em questões para as quais estão particularmente habilitados, mas que não exigem conhecimentos especialmente qualificados[350]. Efetivamente, estes técnicos tecem sobretudo considerações decorrentes da observação e do senso comum (descrevem, p. ex., as condições económicas e profissionais do arguido; as condições de salubridade da sua habitação; o seu percurso escolar; a relação que mantém com os seus familiares; quais as suas relações de amizade).

Assim, estes relatórios não exigem particulares conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, sendo sobretudo uma descrição fática do que é observado ou conhecido, através de entrevistas, pelo técnico do serviço de reinserção social. Precisamente por isso, também nestes não se mostra prevista particular vinculação do juiz, sendo apreciados livremente pelo julgador.

3. NATUREZA JURÍDICA E EPISTEMOLÓGICA DA PROVA PERICIAL

A confusão concetual de que fomos dando nota, muito decorrente das diferentes configurações que a prova pericial foi assumindo, imbrica, como facilmente se antevê, numa discussão sobre a sua própria natureza.

Em Portugal a discussão veio a ter uma resposta legislativa clara: o legislador manifestou a sua intenção de atribuir à prova pericial a natureza de meio de prova, distinguindo-a, ainda que

[350] No mesmo sentido, LATAS, António João - Processo penal e prova pericial, *op. cit,* p. 112

tardiamente em matéria criminal, dos *exames,* que categorizou no leque dos meios de obtenção prova[351].

Na doutrina as atenções têm sido sobretudo centradas no papel do perito, que no essencial será o que parece permitir distinguir a prova pericial dos demais meios de prova.

A sustentar esta posição, a ideia de que a perícia não tem apenas o escopo de provar factos controvertidos ou de carrear no processo novos factos, mas, sobretudo, o de oferecer um auxílio integrativo, tendo por objeto conhecimentos técnicos ou científicos que permitem ao julgador valorar corretamente os factos que emergem das provas. Por isso, o perito assumiria uma posição de auxiliar de juiz e não propriamente uma fonte de prova e a perícia não seria (somente) fonte de prova mas (também) um elemento de valoração ou meio de instrução probatória em sentido lato ou meio de apreciação de prova, sendo concebida como uma "forma específica de integração da atividade probatória do juiz"[352]. Esta tese parte da ideia de que, no mais das vezes, as funções do perito reportam-se sobretudo a uma apreciação da prova e não à sua observação. O perito é, nesta perspetiva, visto como "consultor técnico" ou "um *alter ego* do juiz", que opera como uma ponte entre o juiz e os elementos de prova porque oferece ao juiz, que disso o incumbiu, razões para a tomada de decisão[353]. Deste ponto difunde-se a tese de que o perito será um "assistente", "auxiliar" ou "colaborador" do juiz, porque a sua função não será provar um facto no tribunal, mas facilitar

[351] Tal resultou do tratamento dos então designados *exames* como "provas" no Decreto de 13 de janeiro de 1837 e mais tarde dessa mesma forma também as perícias, que ficaram a constar do Capítulo único do Título XIV, designado "das provas" na reforma judiciária ocorrida em 1841 e assim foi sendo mantida em todas as reformas subsequentes. Atualmente, a prova pericial encontra-se no CC, na secção V do Capítulo II designado "das provas" do subtítulo IV ("do exercício e tutela de direitos") do título II ("das relações jurídicas"). A mesma conclusão se chega pela análise do CPP de 1987, no qual o legislador distingue já a perícia, que integra os meios de prova, dos exames, que trata como meios de obtenção de prova. Apesar de ser clara esta opção, nem sempre foi - ou sequer é atualmente - evidente a distinção entre perícias e exames, como veremos mais adiante. Sem nos alongarmos a respeito da distinção entre "meios de prova" e "meios de obtenção de prova", não podemos avançar se não esclarecermos que os primeiros são os elementos de que o julgador se pode servir para formar a sua convicção acerca de um facto e que os segundos são os instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova. A respeito da distinção pode ler-se, a título meramente exemplificativo, ABREU, Carlos Pinto de - Prova e meios de obtenção de prova: breve nota sobre a natureza e o regime dos exames no processo penal. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *I Congresso de Processo penal.* Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 9789724023908. Pp. 257-284, pp. 266 e 267.

[352] Cf. TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica, op. cit.,* pp. 201 e 194. Esta posição foi defendida em Itália por Luigi Paolo Comoglio, que lembrou que a "*perizia*" foi expurgada da enumeração tradicional dos meios de prova precisamente porque se reputaria a um "instituto ineficiente", tendo sido substituída pela "*consulenza tecnica*" - *apud* FORNACIARI, Michele - A proposito di prova testimoniale "valutativa". *Rivista di Diritto Processuale.* Padova. ISSN 0035-6182. V 68, N 4-5 (2013), pp. 1004-1020. Também se pronunciando sobre esta particular natureza, FERREIRA, Marques - Meios de prova, *op. cit.,* p. 253; MALATESTA, Nicola Framarino - *A logica das provas em materia criminal, op. cit.,* p. 303; TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica, op. cit.,* p. 194 e ainda CARNELLUTI, Francesco - *La prova civile.* Roma: Athenaeum, 1915, pp. 95 e 101.

[353] Nesse sentido, no panorama nacional, FERREIRA, Marques - Meios de prova, *op. cit.,* pp. 253 e 254 e FERREIRA, Manuel Cavaleiro - *Curso de processo penal, op,. cit.,* p. 346; PAIVA, José da Cunha Navarro de Paiva - *Tratado theorico e practico das provas no processo penal.* Coimbra: Livraria Portugueza e Estrangeira, 1895, p. 71; SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel - *Código de processo penal anotado, op. cit.,* p. 830 e TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica, op. cit.,* pp. 201 e 202. Num plano internacional, FORNACIARI, Michele - A proposito di prova testimoniale "valutativa", *op. cit.,* p. 1.004 e ss.; CARNELLUTI, Francesco - *La prova civile, op. cit.,* p. 108; VERKERK, Remme - Comparative aspects of expert evidence in civil litigation. *International Journal of Evidence & Proof* [Em linha]. V 1 (2009), pp. 167-197. [20.12.2019]. Disponível em https://doi.org/10.1350/ijep.2009.13.3.321. ISSN 1740-5572, p. 180.

a sua valoração[354]. E porque o perito intervém em matérias que exigem especiais conhecimentos de que o juiz não dispõe, cair na tentação de o equacionar como "óculos do juiz"[355] é fácil porque subjacente a tudo isto reside a ideia de que os peritos "são auxiliares inteligentes e independentes do juiz" e, por força dos seus conhecimentos, capazes de suprir a falta de conhecimentos especializados para decidir em matérias que os exijam. Por isso, nesta conceção, os peritos não devem "limitar-se a ser meros instrumentos da inspeção judiciária", sendo verdadeiros auxiliares da justiça[356]. Este parece ser o entendimento que subjaz na nossa prática judicial[357]. E foi reclamado pela doutrina aquando da discussão do atual CPP[358]. Todavia, apesar do valor probatório reforçado reconhecido pelos tribunais ao relatório pericial, o legislador mantém a prova pericial como um meio de prova e o perito como um participante processual *stricto sensu*.

Há ainda quem defenda uma natureza híbrida, funcionando a prova pericial como meio de prova para as partes e como auxiliar para o juiz na sua atividade de compreensão e valoração dos factos técnico-científicos[359], situando-se o perito entre os factos e a decisão[360].

Independentemente da posição que se adote, parece-nos que a categorização não produzirá grandes efeitos práticos. Apesar disso, não podemos negar que a discussão tenha reflexos na conceção da prova pericial como prova pessoal ou real e também na amplitude do poder de livre

---

[354] Este entendimento ganhou inclusivamente reconhecimento na jurisprudência pátria no séc. XIX numa decisão do STJ que firmou que a prova pericial constituía uma "[...] prova sui generis, cuja apreciação não pode fazer-se senão segundo certos princípios que lhe são próprios, sendo por isso considerados [os peritos] neste objetos, em que oficialmente intervêm, como juízos de facto, não havendo justa razão para duvidar que o seu juízo é certo e sólido" - cf. ac. STJ de 1859 *apud* PAIVA, José da Cunha Navarro de Paiva - *Tratado theorico e practico das provas no processo penal, op. cit.,* pp. 72 e 73 (VIII a) e b)).

[355] Cf. DIAS, João Álvaro - Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade civil médica. *Revista Portuguesa do Dano Corporal.* Coimbra. ISSN 1647-8630. N 3 (1993), pp. 27-59, p. 54.

[356] Neste sentido, PAIVA, José da Cunha Navarro de - *Tratato theórico e practico das provas no processo penal*, *op, cit.,* p. 71; DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito processual penal, op. cit.,* pp. 209 e 210; TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica*, *op. cit.,* pp. 201 e 202; SANTOS, Gil Moreira dos - *O direito processual penal*, *op. cit.,* p. 237; GONÇALVES, Manuel Maia - Meios de prova, *op. cit.,* p. 208. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Curso de processo penal*, *op. cit.,* p. 345 e HENRIQUES, António Gaspar, et all. - *Código de processo penal comentado, op. cit.,* p. 588.

[357] Deixamos aqui referências de alguns acórdãos em que se refere expressamente que o perito é "auxiliar"/"colaborador" do juiz: TRL. 11.03.2010. Proc. 949/05.4TBOVR-A.L1-8; TRG, 27.04.2006. Proc. 2347/05-1; TRG. 05.12.2019. Proc. 6318/18.9T8BRG-A.G1; TRL. 11.03.2010. Proc. 919/05.TBOVR-AL1; STJ. 05.06.2008. Proc. 06P3649; TRG. 04.10.2018. Proc. 3621/17.9T8BRG-A.G1; STJ. 20.09.2017. Proc. 596/12.4 JABRG.G2.S1. TRP. 28.01.2004. Proc. 0343780.

[358] Cf. FERREIRA, Marques - Meios de prova, *op. cit.,* pp. 253 e 253. O autor afirmava ser preferível o legislador configurar os peritos como "verdadeiros elementos «auxiliares» ou «colaboradores» do tribunal, solicitando inclusivamente a sua "funcionalização" em estrita colaboração com as autoridades judiciárias, das quais até poderiam estar dependentes.

[359] Cf. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende - *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito.* Rio de Janeiro: Renovar, 2011. ISBN 9788571477940, p. 60. Veja-se ainda ARANHA, Adalberto José Camargo - *Da prova no processo penal.* 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 9788502055360, p. 170, que diferenciando a perícia dos meios de prova apresenta a seguinte analogia "A perícia é a lanterna que ilumina o caminho do juiz que, por não a ter quanto a um determinado fato, está na escuridão".

[360] Esta conclusão decorre do seguinte raciocínio: "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" - cf. GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; PORTES, Marco Antônio de Araujo - Perito ou testemunha: dilema entre a ampla defesa e a importação descontextualizada da testemunha técnica. *Revista Eletrônica do Curso de Direito* [Em linha]. V 11, N 3 (2016), pp. 974-998. [19.01.2020]. Disponível em https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22405/pdf ISSN 1981-3694, p. 978.

apreciação da prova pelo julgador[361]. Com efeito, sendo inegável um caráter pessoal deste tipo de prova - por resultar de um "ato de pessoa"[362], que emitirá um juízo técnico-científico sobre os factos juridicamente relevantes - não pode ser desconsiderado que tal juízo é apresentado por referência a uma realidade exterior e, nessa ótica, também parece ser incontestável o seu caráter real. Novamente parece existir aqui uma natureza híbrida porque se em relação ao perito a prova pericial parece ter natureza real, perante o juiz a prova terá natureza pessoal[363]. Também sobre esta questão não se mostra homogénea a posição defendida na doutrina.

Para aqueles que defendem que a função do perito se centra na perceção de factos, a prova pericial há-de ter natureza real porque a participação do perito assenta numa metodologia e num conjunto de procedimentos pré-estabelecidos que determinam que a sua prestação seja "rigorosamente impessoal e objetiva", sendo "praticamente irrelevante a capacidade ou liberdade interpretativa do perito"[364].

Diferentemente, para quem defende que o elemento de distinção da prova pericial das demais provas é a sua particular especialização, então o caráter predominante será pessoal. O essencial neste ponto de vista são as qualificações do especialista que é designado, assim se aproximando mais da prova testemunhal do que da prova por inspeção, pois que nesta o juiz apreende os factos pelos seus próprios meios de observação.

Para nós, esta questão pressupõe a resposta a duas outras questões que nos remetem para as preocupações epistémicas do processo: o que é ser-se perito e como é que os peritos participam no contexto judicial. Só depois de refletirmos sobre estas poderemos dar resposta à questão levantada.

3.1. SER-SE PERITO

[361] Sobre esta discussão se pronunciaram, entre muitos outros, MALATESTA, Nicola Framarino - *A logica das provas em materia criminal, op. cit.* p. 304; REIS, Alberto dos - *Código de processo civil anotado, op. cit.,* pp. 168 a 170. Malatesta conclui que, do ponto de vista do sujeito que se apresenta ao juízo, o facto 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".

[362] Cf. SANTOS, Gil Moreira dos - *O direito processual penal*, *op. cit.,* p. 229.

[363] Por isso encontramos referências que apontam para uma dupla-fonte: os exames realizados pelos peritos e as suas declarações - cf. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Curso de processo penal, op. cit.,* 1981, p. 317.

[364] Cf. BRAZ, José - *Ciência, tecnologia e investigação criminal: interdependência e limites num estado de direito democrático*. Coimbra, Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-5972-3, p. 391. Segundo também esta posição da prova pericial como prova real se manifestou Sandra Tavares, arguindo que será precisamente esse caráter que justifica o "princípio da transmissibilidade da prova pericial", ao abrigo do qual se mostra desnecessária a presença do perito no julgamento - cf. TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade. op. cit.,* p 199 e 200. No mesmo sentido lembra Gil Santos que o princípio da imediação tem menos relevância na prova pericial - cf. SANTOS, Gil Moreira dos - *O direito processual penal*, *op. cit.,* p. 229.

Para tomarmos posição sobre a primeira questão que lançamos, julgamos necessária uma referência aos contributos da epistemologia e às caraterísticas que nesse domínio do conhecimento têm sido apontadas para se reconhecer alguém como perito. Tal mostra-se relevante proque a questão que nos ocupa é uma questão que extravasa o âmbito jurídico e que nos coloca já em contacto com a epistemologia, sabendo nós que a nossa análise será tanto mais enriquecedora quanto mais complementar[365].

O problema da natureza da especialização cognitiva foi abordado por Alvin Goldman, filósofo que há mais de vinte anos tem procurado definir quais são as condições necessárias e suficientes que devem ser satisfeitas para que alguém se encontre na posição de especialista ou perito[366]. Partiremos por essa razão dos seus contributos.

Tendo como pano de fundo a intuição de que a definição de um especialista depende da função epistémica por si cumprida, o autor concentra-se numa abordagem funcionalista e afirma que tal definição deve destacar o contributo que o especialista pode dar aos leigos na área em que detém o seu conhecimento[367]. De acordo com a sua definição, um sujeito é especialista numa determinada área de conhecimento se possuir um corpo de verdade substancial no domínio visado e tiver a capacidade de auxiliar outros (especialmente leigos) a resolver uma variedade de problemas nessa mesma área ou nela conseguir executar uma variedade de tarefas que os demais não seriam capazes de resolver ou executar[368].

Daqui julgamos pertinente destacar dois aspetos deste pensamento.

---

[365] *Vide* HARDOŠ Pavol - Who exactly is an expert? On the problem of defining and recognizing expertise. *Sociológia* [Em linha]. V 50, N 3 (2018), pp. 268-288. [01.02.2021]. Disponível em https://www.academia.edu/36977371/Who_Exactly_is_an_Expert_On_the_Problem_of_Defining_and_Recognizing_Expertise. ISSN 0872-3419.

[366] Cf. GOLDMAN, Alvin - Epistemic paternalism: communication control in law and society. *The Journal of Philosophy* [Em linha]. V 88, N 3 (1991). [01.02.2021]. Disponível em https://www.jstor.org/stable/2026984?seq=1. ISSN 1939-8549. Pp. 113-131; GOLDMAN, Alvin - Experts: which ones should you trust? *Philosophy and Phenomenological Research* [Em linha]. V 63 (2001). [01.02.2021]. Disponível em https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1933-1592.2001.tb00093.x. ISSN 1933-1592. Pp. 85-110 e ainda GOLDMAN, Alvin - Expertise. *Topoi* [Em linha]. V 37, N 1 (2018). [01.02.2021]. Disponível em https://philpapers.org/rec/GOLE-8. ISSN 2237-101X. Pp. 3-10. Uma análise crítica e evolutiva do pensamento do autor pode ser encontrada em CROCE, Michel - On what it takes to be an expert. *The Philosophical Quarterly* [Em linha]. V 69, 274 (2019). [01.02.2021]. Disponível em www.researchgate.net/publication/331074750_On_What_it_Takes_to_be_an_Expert. ISSN 1467-9213. Pp. 1-21. Devemos referir que tradicionalmente se distinguem dois tipos de especialização: a especialização performativa e a especialização cognitiva. Na primeira o especialista será alguém que detém uma competência muito elevada para executar alguma atividade complexa e que a desempenha melhor que os outros (p. ex. pianistas, bailarinos, jogarores de futebol, etc.) e por isso o traço essencial desse tipo de especialização é a posse de conhecimento competencial (*knowing-how*). Na segunda o especialista será aquele indivíduo com amplo conhecimento teórico e uma capacidade de geração de respostas a novas questões e o traço distintivo deste tipo de especialização é a posse de conhecimento factual ou proposicional (*knowing-that*). Embora, cada tipo de especialização seja definido por um tipo de conhecimento que lhe é fundamental e característico, ambos os tipos de conhecimento, proposicional e competencial, são constitutivos de ambos os tipos de especialização. Apesar isso, o foco da epistemologia contemporânea tradicional é o da especialização cognitiva e não da especialização performativa e por isso nos debruçaremos sobre a primeira.

[367] Cf. GOLDMAN, Alvin - Expertise, *op. cit.,* p. 3. Seguindo este autor, uma definição de especialização nesta perspetiva exige que seja facultada não apenas uma definição funcional do especialista, como também uma condição que individualize o que é necessário para que um sujeito cumpra essa função.

[368] Cf. GOLDMAN, Alvin - Expertise, *op. cit.,* p. 4.

O primeiro ponto a destacar é que, de acordo com o raciocínio do autor, a especialização é algo relativo a um domínio específico, não podendo reconhecer-se essa qualidade em sentido global ou abrangente.

O segundo aspeto a destacar é que a conceção apresentada por Alvin Goldman é uma conceção veritística (*veritistic*), i. e., orientada para a maximização de saberes verdadeiros. Ser um especialista está intimamente ligado a possuir uma quantidade relevante de informações verdadeiras pertencentes ao domínio de especialização. Mas para o autor a especialização não é *apenas* uma questão de possuir informações corretas: ser um especialista no sentido cognitivo também requer uma capacidade ou disposição para utilizar-se essa informação para formar crenças em respostas verdadeiras a novas questões que podem ser colocadas no domínio da sua especialização. Consequentemente, ser especialista no sentido cognitivo também exige ter conhecimento para realizar inferências a partir do conhecimento que se possui, a fim de formular respostas verdadeiras a novas questões[369].

Porque estaremos de acordo que não bastará a alguém conhecer todas as proposições disponíveis de entre a informação atualmente existente para que se considere como especialista - o que poderia fazer de qualquer um de nós com um simples clique tornar-se em rápidos segundos um especialista - a literatura insiste que o que realmente diferencia os especialistas dos demais é a sua capacidade de aprender e desenvolver novos conceitos e entendimentos na sua área de conhecimento[370].

Os sociólogos Harry Collins e Robert Evans oferecem uma análise desenvolvida em paralelo com a proposta que aqui trouxemos. Para estes, a especialização ocorre em contínuo. Tornar-se um especialista significa na sua perspetiva uma imersão interativa com a área de especialização, não só dominando todas as fontes primárias de conhecimento acumuladas por especialistas no passado, mas passando por um processo de aculturação[371]. É a partilha de experiência e

[369] Cf. GOLDMAN, Alvin - Epistemic paternalism: communication control in law and society, *op. cit.,* p. 129. Goldman é, porém, criticado pelo facto de insistir que os especialistas, para assim serem reconhecidos, terem que possuir não apenas uma quantidade comparativamente superior de conhecimento, mas devem ter atingido um certo "substantial body of truths in the target domain" (cf. GOLDMAN, Alvin - Experts: which ones should you trust?, *op. cit.,* p. 91). Seja porque essa exigência se mostra num plano puramente concetual, de caráter vago, mas também porque o facto de reconhecer que uma das caraterísticas do especialista é poder chegar a novas conclusões por aplicação de um conjunto de habilidades e técnicas, parece estar a desenvolver mais as cateterísticas e competências do especialista do que a apresentar uma definição do que se deve entender por tal - cf. LUNTLEY, M. - Understanding expertise. *Journal of Applied Philosophy* [Em linha]. V 26, N 4 (2009). [02.02.2021]. Disponível em https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-5930.2009.00468.x. ISSN 1468-5930. Pp. 356-370 e COADY, D. - What to believe now: applying epistemology to contemporary issues *apud* HARDOŠ Pavol - Who exactly is an expert? On the problem of defining and recognizing expertise, *op. cit.,* p. 273.

[370] Cf. LUNTLEY, M. - Understanding expertise, *op. cit.*

[371] Cf. COLLINS, H.; EVANS, R., 2007 - Rethinking Expertise *apud* HARDOŠ Pavol - Who exactly is an expert? On the problem of defining and recognizing expertise, *op. cit.,* p. 274.

conhecimento com outros especialistas que permite a alguém tornar-se especialista, pois que só assim lhe é possível discutir os seus conhecimentos e as conclusões da sua investigação.

Destas aproximações resulta então que ser-se especialista pressupõe que se seja alguém dotado de autoridade epistémica: alguém que se encontre numa relação de superioridade numa área particular[372] por melhor conhecer do que os demais e por ser capaz de gerar novos conhecimentos em resposta a questões que lhe são colocadas[373]. Ser-se perito implica então uma atitude cognitiva e motivacional.

E deve notar-se que nenhuma destas conceções supõe ou exige que a especialização provenha somente daquilo que tradicionalmente se poderia considerar uma área científica, aceitando que assim seja qualificado o que seja produto de disciplinas ou de qualquer outro tipo de conhecimento ou de atividades que gerem um conhecimento especializado (p. ex., técnicas, artes ou ofícios)[374].

3.2. IDENTIFICANDO (LEGALMENTE OS) ESPECIALISTAS

Aqui chegamos, resta então questionar como podemos identificar os especialistas.

Ao contrário do que sucede nos casos-padrão discutidos na literatura epistemológica, no plano judicial não nos deparamos com um indivíduo e perguntamos se ele é ou não especialista, mas temos que primeiramente identificar o especialista e depois de ter realizado a sua atividade podemos avaliar o seu trabalho. Ora, se precisamos de identificar quem é o especialista antes de solicitar a sua participação, temos então um problema: como pode um leigo, enquanto leigo, julgar quem é, ou não, especialista num determinado domínio?

Porque o nosso objeto de estudo versa sobre os modelos de perícia no CPP e CPC só poderemos responder olhando para o que á dissemos: o legislador optou por instituir um rigoroso

[372] Cf. BAYLES, M. - The justification of administrative authority. In PENNOCK J. R.; CHAPMAN, J. W. J. W. - Nomos XXIX: authority revisited. New York & London: New York University Press, 1987. Pp. 287-301, p. 288.

[373] Cf. GOLDMAN, Alvin - Experts: which ones should you trust?, *op. cit.,* p. 91.

[374] Quando a sociologia do conhecimento científico cresceu como um campo de estudo na década de 1970, os seus estudos centraram-se sobretudo na forma como os cientistas chegavam ao conhecimento e com que frequência desconsideravam o conhecimento e experiências de pessoas sem acreditação. Porém, hoje aceita-se pacificamente que alguém pode ser considerado especialista não só ou apenas pela sua formação académica, mas por força da sua experiência, conhecimento técnico, arte, ofício - cf. Cf. HARDOŠ Pavol - Who exactly is an expert? On the problem of defining and recognizing expertise, *op. cit.,* p. 274. Um exemplo recolhido na doutrina internacional permite compreender esta situação: um artesão que, por força do seu ofício, poder ser considerado tão especialista como um físico nuclear que detém o maior número de Doutoramentos e Pós-doutoramentos na sua respetiva disciplina. A especialização pode, pois, dispensar a cultura e até instrução; mas também pode exigir alto nível de ambas. Cf. DUCE, Mauricio J. - *La prueba pericial: aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2013. ISBN 978-987-28379-7-6, p. 31.

leque de "colaboradores periciais"[375] identificados sobretudo através de um modelo de seleção e identificação que assenta numa visão puramente formalista, assumindo os peritos tal qualidade por integrarem uma entidade de peritagem ou pertencerem a uma lista de peritos. Efetivamente, por via de regra, a autoridade judiciária não designa a pessoa responsável pela realização da perícia, mas antes uma entidade de peritagem. Só quando tal não seja possível ou conveniente é que a entidade competente deverá nomear o especialista de entre as listas oficiais ou em função da sua honorabilidade e competências reconhecidas. E quando se trata de perito de parte o legislador não fixou qualquer critério que deva orientar as partes na escolha dessa pessoa.

Ora, se confrontarmos esta opção com a análise desenvolvida no plano anterior em que procuramos identificar os aspetos essenciais que permitem qualificar determinada pessoa como perito, concluímos não existir um decalque entre as perspetivas jurídica e epistemológica.

De facto, a preferência legal pela perícia pública obsta a que a entidade que a ordena designe uma pessoa para realizar a perícia e, pois, impossibilita que, aquando da sua designação, o tribunal possa verificar se reúne os requisitos desenvolvidos, a lembrar: que o perito que realiza a perícia tem competência para, numa determinada área, responder a questões que os demais não teriam, para isso dispondo naturalmente de capacidade ou disposição para a atualizar adequadamente, bem assim como para observar, interpretar ou inferir e que dispõe de um conjunto de informações mais precisas do que a maioria das pessoas num determinado domínio.

Mas o mesmo se pode dizer quando é reconhecida às partes a faculdades de designarem o seu perito. Aliás, nestas situações mais evidente se torna a desconsideração por esses critérios porque as partes podem escolher livremente o perito que pretendem que intervenha na ação.

Isto significa que, em termos normativos, a qualidade de perito é reconhecida por via da ligação que certas pessoas mantêm para com a entidade de peritagem ou se encontrarem inscritas em listas oficiais de peritos. Ou seja, o perito é selecionado por critérios sobretudo de natureza formal ou institucional. Uma conclusão que nos fará problematizar a adequação desta opção face às necessidades epistémicas da intervenção do perito no contexto judicial e que será objeto de análise na parte V.

Para já cremos ser relevante para a questão colocada a respeito da natureza da prova pericial como real ou pessoal destacar que esta caraterização do que é ser-se especialista convoca

[375] Cf. SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel, SANTOS; João Simas - *Noções de Processo Penal*, *op. cit.*, p. 215 e, na edição de 2020, p. 237.

mais uma atitude cognitiva que excederá qualquer critério formal e que apenas só pode ser aferida casuisticamente.

3.3. A PROVA PERICIAL E O SEU CARÁTER TESTEMUNHAL

Ficou assente na exposição que desenvolvemos até aqui que o perito atua no processo nos casos de dependência epistémica[376]. De facto, temos vindo a evidenciar que o *status* distintivo do perito é universalmente entendido e reconhecido: a sua esfera de competências abre-se quando a perceção e apreciação de factos juridicamente relevantes pressupõe especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos.

Esta constatação leva-nos a outra discussão. É que sendo o meio de prova que nos ocupa produzido por um terceiro que irá transmitir ao processo informação relevante para a construção da convicção do julgador, a prova pericial e o perito são fonte de conhecimento em si mesmo porque fornecem informação ao sujeito cognoscente de que de outra forma não a poderia adquirir. E nessa medida, não obstante todos os esforços por nós encetados para delimitar a prova pericial e o papel do perito no sistema judicial, julgamos que, em face das preocupações epistémicas em que assentamos a investigação, mais pertinente do que centrarmos a discussão em determinar "o que é" ou "quem é" um perito, seria centrarmos a discussão em torno do que poderá justificar a aquisição de conhecimento através do perito, enquanto terceiro à causa.

Este foco explica-se em face dessas mesmas preocupações à luz das quais o que importa será sobretudo que o juiz adquira justificadamente uma informação de um perito e não que aceite uma informação simplesmente por ter sido produzida por um perito. I. e., consideradas tais preocupações, e tendo em conta que não se encontram previstas condições especiais para a admissibilidade da prova pericial nem para a valoração da sua confiabilidade, há risco de que o

[376] Articulada pela primeira vez em 1985 por John Hardwig, a estrutura da dependência epistémica pode ser assim sintetizada, de acordo com a proposta avançada pelo autor: B só pode saber que "p" através da informação que for prestada por A; A tem razões para acreditar que "p", mas B não; portanto, B baseia-se nas razões de A para acreditar que "p". A questão que coloca o autor é se podemos afirmar que B tem boas razões para acreditar que A tem boas razões para acreditar que "p". A resposta parece lógica: o que podemos dizer é que a crença de B de que "p" depende da autoridade de A. A tese da dependência epistémica de John Hardwig foi aplicada inicialmente às relações entre leigos e especialistas, mas veio depois a ser ampliada não só às relações entre leigos como também às relações entre especialistas. Estas últimas assumem para a nossa investigação interesse particular porque não raras vezes um especialista de uma determinada disciplina ou de uma especialidade de uma determinada disciplina desconhece as razões apresentadas para uma dada informação prestada por um outro especialista da mesma disciplina ou de uma outra especialidade dessa disciplina em que é especialista. Esta constatação levou o autor a concluir que as equipas de investigação são os verdadeiros agentes epistémicos na pesquisa científica, uma vez que o processo de coleta de dados não pode ser realizado por um único indivíduo, mas cada um se apoia no trabalho dos demais. Já dissemos atrás que este trabalho é um trabalho coletivo e que nessa medida a comunidade de investigadores é o conhecedor primário. Cf. VERBIC, Francisco - *La prueba científica en el proceso judicial: identificación de la noción en el marco de la teoria general de la prueba - problemas de admisibilidad y atendibilidad*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008. ISBN 9789507279515 9507279512, p. 81.

perito assuma uma autoridade epistémica e a valoração da prova pericial não seja fundamentada no conteúdo ou mérito das suas informações, mas na fonte pessoal do argumento. Com o risco sequente de a convicção para a tomada de decisão não se fundar em boas razões para aquisição dessas informações, mas na fonte de razões supostamente boas, que por sua vez aparecem como uma espécie de derivação ou razão de segunda ordem. Um problema que resulta tanto mais acutilante porque, como adiantamos e melhor densificaremos na secção 2.1 da parte V, os critérios que o legislador estabeleceu para a seleção de perito assumem sobretudo caráter formal e não permitem avaliar se o perito a quem é incumbida a atividade pericial é efetivamente um especialista.

Ora, estas preocupações fazem-nos refletir então sobre uma aproximação epistemológica entre a prova testemunhal e a prova pericial[377]. Não que consideremos que perito e testemunha sejam uma única realidade, mas que do ponto de vista epistemológico seja inegável um caráter testemunhal à prova pericial porque ambos se revestem num complexo ato de comunicação que tem como objetivo a transmissão e aquisição de informação que envolve o desenvolvimento de certas informações ou conhecimentos. Sendo essa a natureza da prova testemunhal, ela é também partilhada pela prova pericial[378].

---

[377] Esta aproximação foi desenvolvida por VÁZQUEZ, Carmen - *De la prueba científica a la prueba pericial.* Madrid: Marcial Pons, 2015. ISBN 9788416402762. Apesar disso não concordamos com a autora que, apontando algumas diferenças entre o perito nomeado pelo tribunal e o perito indicado pelas partes, considera não ser possível olhar de forma unitária para a categoria epistemológica do testemunho do perito em contexto judicial. Partindo desta ideia e das críticas que apontou ao debate reducionismo/não reducionismo, faz apelo a conclusões mais sólidas da epistemologia do testemunho para uma superar essa dicotomia. Em síntese, refere que no caso do perito nomeado pelo tribunal, o juiz que seleciona o perito conhecerá certos factos porque ele mesmo identificou as necessidades epistémicas do caso e nesta situação este tipo de testemunho será construído com uma conceção de testemunho baseado em confiança e por isso o convencimento centra-se em razões intersubjetivas. Dito de outra forma, será pela seleção do perito que se geram razões para crer nas informações que presta, dada a relação de confiança entre o juiz e o perito que nomeou. Diferente será quando o perito é indicado pelas partes e quando são as partes que indicam o objeto da perícia porque nestas situações o juiz depara-se com afirmações proferidas por um suposto conhecimento especializado. O testemunho do perito de parte aproxima-se de uma conceção de testemunho que exige ao juiz que tenha razões para confiar na veracidade ou falsidade das afirmações do perito. Atendas estas diferentes a autora propõe que a prova pericial desenvolvida por um perito nomeado pelo juiz se desenrole num modelo deferencialista e uma prova pericial desenvolvida por um perito nomeado pelas partes se sujeite a um modelo educativo. Por isso, a sua tese de doutoramento, que originou a obra referida, a autora foi intitulada "La prueba pericial. Entre la deferencia y la educación" (cf. VÁZQUEZ, Carmen - *La prueba pericial: entre la deferencia y la educación* [Em linha]. Girona: Universitat de Girona, 2014. Tese de Doutoramento. [08.08.2022]. Disponível em https://www.tdx.cat/handle/10803/284763#page=1. Para nós, independentemente de quem designa o perito, o mais relevante será sempre a confiabilidade do conhecimento por si prestado e por isso entendemos como unitária a prova pericial, independentemente da origem do perito e tendemos a aproximarmos para um modelo educativo proposto pela autora em todas as situações em que tem lugar a prova pericial. Em síntese, o que distingue este modelo é que se exige ao perito que apresente razões positivas para que o tribunal acredite nas informações que presta no processo. Vide parte V.

Este caráter testemunhal também já foi defendido em Portugal por Duarte Nuno Vieira, perito médico na área de medicina do trabalho que numa conferência precisamente sobre o tema da prova pericial referiu-se ao relatório pericial como sendo "[...] um testemunho escrito permanente de um determinado facto, envolvendo as suas causas, circunstâncias e consequências" - cf. VIEIRA, Duarte Nuno - *A peritagem médica em Direito do trabalho* [conferência online]. [19.02.2021]. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=-gNo5SJOd2U [03.03.2022]. Também já vimos que o TEDH enquadra a prova pericial na conceção lata da CEDH a respeito da interpretação dos direitos dos arguidos previstos no art. 6.º da CEDH - cf. acs. TEDH. 31.05.11. Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia; 11.12.2008. Mirilashvili v Russia e 04.04.2013. C.B. v. Austria.

[378] Assumimos aqui uma visão estrita da natureza do testemunho sustentada por Cecil Anthony e John Coady de acordo com a qual alguém testemunha ao declarar que "p" se e só se: i) a sua declaração de que "p" é uma prova para "p" e é oferecida como uma prova para p"; ii) o locutor tem competência relevante, autoridade ou credenciais para declarar realmente que p"; iii) a sua declaração de que "p" é relevante em alguma questão disputada ou não resolvida e é dirigida àquele que precisa de prova para formar a sua convicção. Esta visão estirita contrasta com a visão lata da natureza do testemunho seguida por Elizabeth Fricker, Robert Audi e E. Sosa, de acordo com a qual alguém

Tal não significa que implícito ou decorrente desta conclusão exista uma confusão ou coincidência das figuras. Aliás, já atrás desenvolvemos esforços para as distinguir e, como já dissemos, apresentamos esta aproximação partindo de um ponto de vista meramente epistemológico e independentemente das diferenças jurídico-processuais entre o quadro legal da prova pericial e da prova testemunhal. Nem negamos que existam importantes diferenças epistemológicas entre a prova testemunhal e pericial (como decorre da exposição desenvolvida na secção 2.2.4 da parte III), mas cremos que sejam mais de grau do que categóricas: a diferença residirá sobretudo nas atitudes motivacional e cognitiva do sujeito que atua como perito. Essas são, como vimos a propósito da distinção entre estes participantes processuais, um dos pontos chave da distinção entre as figuras.

Mas reconhecendo então este caráter testemunhal à prova pericial, há duas consequências concretas que daí devemos retirar.

A primeira advém do facto de o conhecimento adquirido por via da prova pericial ser conhecimento de segunda mão, o que supõe que a informação prestada pelo perito é filtrada e sujeita à sua própria interpretação[379].

A segunda decorre do facto de o julgador usualmente carecer de um critério independente daquele que possa ser oferecido pelo perito para avaliar as informações por ele transmitidas.

Se a primeira pode ser uma consequência comum à prova testemunhal e pericial, será a segunda que permite distinguir a prova pericial da prova testemunhal. De facto, se a aceitação da prova testemunhal como credível se supõe justificada em face da experiência do julgador a respeito das afirmações sobre factos quotidianos que fazem as testemunhas, já na prova pericial não se pode assumir ou exigir do juiz que disponha de iguais ou maiores conhecimentos que o perito e

testemunha ao declarar que "p" quando a sua declaração de que "p" é uma expressão do seu pensamento de que "p". Seguimos a versão estrita porque defendendo que a verdade será uma das preocupações do processo judicial o testemunho deve ser definido como intenção de alguém em apresentar informações a um ouvinte sobre aspetos juridicamente relevantes carecidos de prova. Por isso nos afastamos da segunda interpretação, para a qual a declaração não precisa de ser uma prova e pode ser considerada testemunho, independente da intenção do declarante ser uma fonte epistémica e independente da necessidade ou interesse epistémicos do ouvinte - *vide* SILVA, Ronaldo Miguel da Silva - Epistemologia do testemunho: o testemunho como fonte de justificação. *Problemata* [Em linha]. V 5, N 2 (2014), pp. 221-251. [10.02.2022]. Disponível em https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/problemata/article/view/19900. ISSN 2236-8612, p. 228.

[379] Devemos notar que os processualistas costumam argumentar como diferença substantiva entre os dois tipos de prova, além do conhecimento especializado, o conhecimento direto dos fatos do caso. Sucede que este argumento só será viável se formos adeptos do objetivismo na medida em que pressupõe que os fatos e o seu conhecimento são totalmente objetivos. Se, pelo contrário, reconhecer,os alguma subjetividade e assumirmos a diferença entre os factos brutos, os factos percebidos e os factos interpretados e as interrelações complexas entre eles, podemos notar a simplicidade com que assume a suposta diferença entre a prova pericial e a prova testemunhal e concluir que tanto o depoimento da testemunha como a aprticipçaão do perito oferecem factos interpretados e a diferença está mais em uma atitude disposicional do sujeito que pretende atuar como perito - cf. VÁZQUEZ, Carmen - *De la prueba a la prueba, op. cit.*, p. 28. Para a autora, com quem concordamos, reconhecendo-se que os indivíduos formam suas crenças com base nas informações fornecidas por outros, surgem questões muito importantes sobre as condições que devem ser satisfeitas para sua justificação. Assim, questão fundamental é definir quais os critérios que permitem justificar a aceitação da prova pericial.

que seja esse conhecimento que lhe permita valorar essa prova. Mas isso não significa que possa aceitar acriticamente o que é referido pelo perito.

Para o propósito do nosso estudo, importará então questionar o que permite ao juiz formar a sua convicção com base nas informações prestadas pelo perito. Porque situamos as informações prestadas pelo perito como declarações testemunhais, cremos que algumas pistas para responder a esta questão podem ser colhidas nas teses desenvolvidas em torno da epistemologia do testemunho que procuram explicar o que pode fundamentar o testemunho como fonte de informação.

3.3.1. OS CONTRIBUTOS DA EPISTEMOLOGIA DO TESTEMUNHO

É justamente sobre a questão que nos ocupa - o que justifica a aquisição de uma informação baseada no testemunho - que se dividem as opiniões na epistemologia do testemunho, classicamente entre uma visão reducionista e uma visão antirreducionista[380].

3.3.1.1. TESE REDUCIONISTA

A tese reducionista radica na visão empírica de David Hume, de acordo com a qual a experiência seria a origem da nossa justificação para as crenças e para o conhecimento em geral.

De acordo com esta perspetiva, as nossas crenças baseiam-se na experiência passada e é nessa experiência que se fundam as expectativas futuras. Contestando o modelo dedutivo, que pecaria na análise causal porque faticamente a relação entre eventos não se mostra necessária, o autor defende um juízo por indução, repousando precisamente um dos seus argumentos da teoria do conhecimento na afirmação de que tudo o que se pode conhecer acerca do mundo tem origem na experiência, na nossa observação da veracidade do testemunho humano e na habitual conformidade dos factos com os relatos das testemunhas.

[380] Para sermos mais precisos devemos esclarecer que os termos reducionismo e antirreducionismo foram formulados por Cecil Anthony John Coady quando sustentou a tese do reducionismo global, resultado de uma formulação do autor ao pensamento de David Hume. Consequência dessa interpretação, John Coady passa, então, a formular uma antítese, base para a tese do antirreducionismo. Em seguida Fricker, ao não concordar com a pretensa refutação de John Coady a David Hume, formula uma nova variação do reducionismo, que seria a tese de David Hume, denominada reducionismo local. O cenário na epistemologia do testemunho ficou então dividido entre o reducionismo global (tese que John Coady atribui a David Hume), o antirreducionismo (tese de John Coady em contraposição a David Hume) e reducionismo local (tese de Fricker em resposta a John Coady). Depois destas foram desenvolvidas outras teorias, mas "[t]udo o que se seguiu, a partir daqui, foram variações dessas três teses, originalmente." - cf. SILVA, Ronaldo Miguel da Silva - Epistemologia do testemunho: o testemunho como fonte de justificação, *op. cit.,* p. 236.

Nessa exata medida, para David Hume, todos os raciocínios sobre os factos têm como fundamento uma relação de causa e efeito e a probabilidade de que, perante a ocorrência de uma determinada causa, futuramente advirá determinado efeito. Por isso a nossa crença numa determinada informação suporá a frequência de uma relação de causa e efeito e, como tal, passa pelo respaldo da experiência de uma substancial quantidade de conformidades entre facto e relatos similares. Assim, em termos gerais, a tese reducionista indica que a crença na prova testemunhal se dá com base num raciocínio indutivo feito a partir da observação direta de uma associação constante entre o que dizem as testemunhas e os factos referidos.

Como adverte Andrés Paez, a tese reducionista estabelece duas condições para justificar as nossas crenças testemunhais: a primeira é que o ouvinte deve ter razões positivas (boas razões) para aceitar o que diz a testemunha; a segunda é que estas razões não podem elas mesmas estar baseadas no testemunho, a fim de evitar o vício da circularidade. É nesta segunda razão que reside o elemento reducionista da tese, pois indica que o testemunho deve ser reduzido às demais fontes de justificação epistémica: a prova sensorial, a informação proveniente da memória e o raciocínio indutivo, reduzida então à experiência e à observação da correlação entre a veracidade do testemunho e a conformidade com os factos[381].

Procurando responder à questão sobre quais os critérios que permitem justificar a aceitação da prova pericial, para esta tese o encargo epistémico recai sobre o ouvinte, já que é este que terá que aferir da confiabilidade do testemunho. A forma através da qual se poderá colher a justificação necessária para aceitação do testemunho será por meio de indução porque este tipo de juízo compreende a procura pelo ouvinte de uma conformidade geral entre factos e relatos dentro do seu arsenal de crenças (possível por via da memória da experiência acumulada de testemunhos cuja correlação causal com o atual indique a probabilidade da sua correção quanto ao facto testemunhado ou sobre a confiabilidade da testemunha para inferir indutivamente que determinados locutores, situações, ou espécies de relatos são fontes fidedignas de informação).

[381] Cf. PÁEZ, Andrés - *La prueba testimonial y la epistemología del testimonio*, *op. cit.,* pp. 97- 98. Devemos voltar a referir aqui a divisão entre o reducionismo global e o reducionismo local relacionada com a primeira condição estabelecida pela tese reducionista. Para os defensores de um reducionismo global, geralmente atribuído a David Hume, o ouvinte deve ter razões positivas não testemunhais para crer que o testemunho é geralmente confiável. Por sua vez, os defensores do reducionismo local consideram que o ouvinte deve oferecer razões positivas de apoio apenas à sua crença baseada no testemunho particular, para que esta crença corresponda ao grau de crença justificada. Especificamente, a diferença dessa posição relativamente ao reducionismo global é a de que, para se aceitar a justificação testemunhal de um declarante, o ouvinte deve ter razões positivas não testemunhais como base para a aceitação do relato numa particular questão e não no seu todo. Utilizando a formulação típica, poderíamos dizer que à luz do reducionismo global o ouvinte B está justificado em acreditar em "p" com base no testemunho oferecido pela testemunha A se, e somente se, B tem razões positivas para aceitar o testemunho de A e à luz do reducionismo local o ouvinte B está justificado em acreditar em "p" com base no testemunho oferecido pela testemunha A se, e somente se, B tem razões positivas para aceitar que A em particular é confiável quanto ao relato em particular.

Numa forma mais simples, para aceitação de um testemunho a condição necessária e suficiente é que a audiência disponha de razões suficientes para crer ou conhecer o conteúdo do testemunho, não assumindo o declarante papel epistémico para a aceitação do seu testemunho pelo ouvinte.

Esta tese foi alvo de críticas por desconsiderar os limites cognitivos do ouvinte, já que pressupõe que a prova seria obtida pessoalmente, ignorando que muitas vezes a base para se aceitar um determinado testemunho não pode deixar de ter em conta outras crenças decorrentes de outros depoimentos - caso paradigmático do conhecimento científico em que o progresso se desenrola na sequência de investigações realizadas anteriormente por outros investigadores[382]. É também nestas situações, que nos ocupam, que esta crítica é particularmente evidente porque embora nesses casos a exigência de conhecimento pessoal seja naturalmente eliminada, não é tão óbvio que tipo de justificação possa ser obtida indiretamente por meio do conhecimento, experiência, ou instrução da audiência.

3.3.1.2. TESE ANTIRREDUCIONISTA

Por sua vez, alargando a proposta de David Hume, Thomas Reid defende que o testemunho e a perceção são análogos tanto nas suas estruturas quanto nos seus poderes mentais. Partindo dessa premissa, Thomas Reid estabelece as bases de uma confiabilidade que entende como um tipo de presciência inata das ações humanas: a disposição para dizer a verdade e a credulidade ou disposição para acreditar na testemunha porque em matéria do testemunho o juízo humano é por natureza inclinado para a aceitação quando não há nada que aponte em sentido oposto[383].

Desenvolvida em torno dos princípios da verdade e da credulidade, a tese do antirreducionismo não requer que sejam oferecidas razões positivas para a justificação testemunhal, bastando que não existam razões contrárias, i. e., quaisquer provas disponíveis ao agente cognitivo que contrariem as condições de validade para a justificação (seja sobre a credibilidade da testemunha seja sobre o testemunho em si e decorrentes tanto do sistema de crenças do ouvinte como dos demais elementos disponíveis). Daqui se conclui que para os

[382] Acompanhamos a proposta de Carmen Vázquez. Para um apontamento crítico mais aprofundado, *vide* VÁZQUEZ, Carmen - *La prueba pericial: entre la deferencia y la educación, op. cit.,* pp. 40 e ss. Além disso, como advertiu John Coady, considerando que só poderíamos saber o que outras pessoas observaram através do testemunho delas, esta tese teria um caráter circular.

[383] Dessa forma, podemos entender o antirreducionismo do seguinte modo: o ouvinte B está justificado em acreditar em "p" com base no testemunho oferecido pela testemunha A se, e somente se, B não tem razões contrárias para aceitar o testemunho de A - cf. VÁZQUEZ, Carmen - *De la prueba científica a la prueba pericial*, *op. cit.,* p. 55.

antirreducionistas a carga epistémica incide no declarante, exigindo como condição necessária a sua fiabilidade e a inexistência de motivos que afetem a sua justificação.

O problema destas teorias é que dispensam o ouvinte de aferir a confiabilidade do depoimento e a aceitação das afirmações surge credulamente, permitindo situações de irracionalidade epistémica, uma vez que na ausência de prova contrária ao assentimento do testemunho, o ouvinte não tem nenhum trabalho epistémico para realizar. Esta postura deixaria aberta a porta para a credulidade, irracionalidade e irresponsabilidade epistémica do ouvinte[384]. Algo que, atentas as preocupações epistemológicas por nós perfilhadas, será indesejável e assume especiais contornos no tema que nos ocupa por consideração à dependência epistémica.

3.3.2. SUPERAÇÃO DAS TEORIAS TRADICIONAIS E IMPLICAÇÕES NA PROVA PERICIAL

Procurando superar as críticas apontadas às teorias tradicionais, mas delas extraindo os pontos fortes, Jennifer Lackey propõe uma nova abordagem.

A autora chama à sua epistemologia do testemunho "statement view of testimony", exaltando que o seu núcleo se encontra no *status* epistémico das afirmações do declarante e que tanto o declarante como o ouvinte devem contribuir epistemicamente para a justificação testemunhal[385]. Na perspetiva que desenvolve, para a justificação da crença obtida com base no conteúdo de um depoimento seria necessário que a informação do declarante fosse ela mesma justificada e acreditada pelo ouvinte com base no conteúdo do próprio testemunho e não por outra fonte de conhecimento. Essa transmissão seria o cerne da epistemologia do testemunho, uma vez que a crença de que a informação prestada pelo depoente seria justificada com base no conteúdo do seu testemunho apenas seria justificada se, e somente se, essa informação fosse em si uma crença justificada pelo mesmo.

Na mesma linha de pensamento, Andrés Páez, referindo que em determinados contextos, como é o contexto de um processo judicial, o testemunho deve ser adotado como resultado de um processo de decisão racional, defende que aí a aceitação do testemunho requer uma avaliação

---

[384] Cf. PÁEZ, Andrés - *La prueba testimonial y la epistemología del testimonio*, *op. cit.*, pp. 97-98.

[385] Cf. LACKEY, J. - The Nature of Testimony. *Pacific Philosophical Quarterly* [Em linha]. V 87, N 2 (2006), pp. 177-197. [10.12.2021]. Disponível em https://philpapers.org/rec/LACTNO. ISSN 0279-0750.Nesta reconstrução da justificação testemunhal que desenvolveu, para cada locutor, A, e ouvinte, B, B justificadamente acredita que "p" com base no testemunho de A se e somente se: B acredita que "p" com base no conteúdo do depoimento de A; O testemunho de A é confiável; B é confiável ou funciona adequadamente como recetor de depoimentos; o ambiente em que B recebe o testemunho de A é adequado para receber um testemunho confiável; B não tem elementos que invalidem a aceitação do testemunho de A e B tem razões positivas apropriadas para aceitar o testemunho de A. Por isso se compreende que este seja o teste da transmissão de propriedades epistémicas.

epistémica para determinar a sua relevância, a sua credibilidade e o seu valor explicativo e probatório num contexto[386].

O autor apresenta uma proposta desde uma nova perspetiva reducionista, procurando mostrar que as crenças testemunhais fundamentadas podem estar baseadas nas mesmas regras de inferência e nos mesmos mecanismos de aquisição de crenças que as crenças não testemunhais ao mesmo tempo que preserva os traços característicos da prova testemunhal.

A sua ideia base é que a aceitação deliberada de um testemunho é um processo que deve fazer-se em duas etapas: na primeira procura-se uma justificação da afirmação testemunhal através da determinação daqueles factos que aumentam a probabilidade epistémica de a afirmação ser verdadeira, i. e, de que a fonte está a reportar verazmente um facto (o conjunto dos factos relevantes pode ser obtido a partir do conteúdo do testemunho e do contexto em que é apresentado, incluindo a identidade da fonte do testemunho); e na segunda etapa julga-se sobre a aceitação do testemunho mediante perceção de acordo com a justificação obtida ser ou não suficiente para aceitar o testemunho como prova num contexto considerado. O autor, sendo defensor da exigência de apresentação de razões positivas para justificar o testemunho, repara que nem em todos os casos essas razões podem ser reduzidas a fontes mais básicas e confiáveis, pelo que só casuisticamente será possível determinar a atitude epistémica adequada, que deverá ser determina por critérios objetivos baseados na relevância, no poder explicativo e na força probatória do testemunho[387].

Pelas preocupações que evidenciamos e pelos riscos que destacamos sobre a exaltação da ciência e da prova pericial, compreenderá o leitor que seguimos estas teses de superação do reducionismo e antirreducionismo.

Conforme abordado anteriormente, a função da prova em estabelecer a verdade dos factos é uma condição de justiça e racionalidade da decisão judicial. Negar que o processo judicial tem como objetivo, ainda que não exclusivo, aumentar o potencial de estabelecimento da verdade dos factos, i. e., reduzir o erro judicial, é aceitar a possibilidade de decisões judiciais arbitrárias e injustas, em desacordo com um Estado de Direito Democrático.

---

[386] Cf. PÁEZ, Andrés - Una aproximación pragmatista al testimonio como evidencia. In VÁZQUEZ, Carmen - *Estándares de prueba y prueba científica.* Barcelona: Marcial Pons, 2013. ISSN 978-84-15664-53-6. Pp. 215-238.

[387] Concluiu, em termos gerais, que a atitude epistémica tomará matrizes reducionistas nas situações em que o valor da informação do declarante seja muito alto e antirrediucionista nas situações em que o valor seja mais baixo.

Esta nossa visão decorre ainda do pensamento tradicional do saber, que define o conhecimento como uma crença verdadeira justificada. Assentando numa lógica tripartida, a aquisição de conhecimento só será possível mediante o preenchimento de três condições: condição de aceitação já que para uma determinada proposição ser aceite alguém deve acreditar nela; condição de verdade já que a proposição, ou o algo em que se acredita deve ser verdadeira; condição de justificação já que a proposição deve ser adequadamente justificada[388].

Nesta perspetiva, a íntima relação entre o saber e a prova decorre da condição de justificação. Como destacado por Fernando Gil, o saber reporta-se diretamente à prova já que o ato de se considerar algo comum verdadeiro pressupõe uma convicção da verdade que está relacionada à inteligência das fontes da verdade. E tal inteligência decorre da justificação da derivação da verdade a partir das fontes[389].

Uma realidade que nos é particularmente relevante porque cada vez mais, face à crescente diversificação e divisão do trabalho intelectual, os peritos não podem realizar a sua atividade pericial sem pressupor a validade de outras investigações, que não podem - por razões de competência e/ou tempo - validar por si mesmos. Isto significa que também neste campo se denota uma dependência epistémica que tende a ocorrer em cascata. E isto leva-nos a uma cascata de crenças: cada crença justificada desempenha uma função de suporte ou fundamento a outra crença numa cadeia de justificação. Essa noção da prova revela a função relacional da prova[390].

Por isso, defendemos que a conceção que justifica a convicção da audiência e a aquisição de crenças testemunhais é aquela que considera que o testemunho tem que fornecer razões interpessoais para nele se acreditar. E que a contraparte tem que desenvolver esforços para avaliar essas razões.

---

[388] Cf. GIL, Fernando - Modos da evidência. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998. ISBN 9789722709132, p. 215, p. 251 e DANCY, Jonathan - *Introducción a epistemología contemporânea* [Em linha]. Tecnos, 1993. [01.09.2022]. Disponível em https://www.academia.edu/34296916/DANCY_JONATHAN_Introduccion_A_La_Epistemologia_Contemporanea_PDF, p. 39.

[389] Cf. GIL, Fernando - Modos da evidência, *op. cit.,* p. 215.

[390] Esta é uma função evidenciada por Ian Hacking que se referiu à prova como algo que aponta para além dela mesma - cf. HACKING, Ian - *The emergence of probability: philosophical study of early ideas about probability, induction and statistical inference* [Em linha]. 2ª ed. Cambdridge University Press, 2006. 01.09.2022]. Disponível em http://www.andreasaltelli.eu/file/repository/Jan_Hacking_Emergence_Probability.pdf. ISBN 0-521-86655-3, p. 37. Seguimos ainda MASSENA, Caio Badaró - *A prova testemunhal no processo penal: uma análise crítica em busca de standards racionais para a produção e análise da credibilidade* [Em linha]. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2017. Dissertação Bacharelato. [04.09.2022]. Disponível em https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/10533/1/CBMassena.pdf, p. 37. As suas palavras são esclarecedoras: "[a] prova, entendida como uma evidência corrigida, não deixa de ser uma crença (justificadora), motivo pelo qual também deve estar justificada. A relação entre as crenças justificadoras (provas) e as crenças justificadas (hipótese que se pretende provar) é determinada por um raciocínio denominado inferência probatória. A prova, mediante uma inferência, na sua função de justificação, pode ser compreendida como uma "razão para crer/assentir" a uma hipótese."

Resta questionar: o que queremos dizer com uma razão para acreditar? Significa termos uma prova para a crença, uma consideração ou observação que aumenta a plausibilidade da verdade dessa crença. A compreensão desta função da prova como instrumento que possibilita o conhecimento seguro sobre um objeto/hipótese é de suma importância para que se atente para a importância da qualidade epistémica da prova. Porque uma prova "[...] só é de fato uma prova na medida em que goza de um valor epistêmico que assegure esse conhecimento seguro a respeito da hipótese que se pretende provar, isto é, que possa justificar racionalmente uma crença"[391].

Esta é a lógica subjacente a todas as provas judiciais e não vemos como possa ou deva ser afastada na prova pericial. Nesta ótica, julgamos que o convencimento é justificado na interação entre dois agentes, em que se deposita num deles (perito) fundadas expectativas de conhecimento e no outro (tribunal) a capacidade de conformar certas expectativas racionais sobre o comportamento do outro. Por isso enfatizamos que o escopo da confiança é circunscrito a determinado contexto ou atividade específica do perito nomeado, sem ter, por isso, caráter generalizado.

E isso mesmo suporá, assim, naturalmente, que o perito tenha as habilidades necessárias para realizar a perícia. Esta é uma conceção que assenta numa noção de confiança motivacional e cognitiva[392] e por isso nos faz crer que a prova pericial seja prova pessoal[393].

PONTO DE ORDEM

Nesta parte detivemo-nos com uma aproximação às figuras da prova pericial e do perito de um ponto de vista teórico-doutrinal. Referimos ser contraproducente avançar com definições destas figuras e procuramos antes apresentar algumas aproximações. Julgamos terem ficados evidenciados os seus traços principais.

---

[391] Cf. MASSENA, Caio Badaró - *A prova testemunhal no processo penal: uma análise crítica em busca de standards racionais para a produção e análise da credibilidade, op. cit.,* p. 21.

[392] Cf. PAÉZ, A. - Una aproximación pragmatista al testimonio como evidencia. In VÁZQUEZ, Carmen - *Estándares de prueba y prueba científica.* Barcelona: Marcial Pons, 2013. ISSN 978-84-15664-53-6. Pp. 215-223. Uma noção de confiança que explica a relação concreta entre o locutor e a audiência com base em razões epistémicas para a aquisição de conhecimento vicário. E porque o locutor tem a sua participação restrita às questões colocadas pela audiência, esta beneficiará de uma prerrogativa epistémica. Assim, nesta ótica, aplicando estas considerações à prova pericial, o juiz confiará no perito e este assumirá uma responsabilidade epistémica pelo que afirma a respeito do que lhe é questionado, dando ao juiz razões para acreditar. Dito isso, é fundamental não atentar para o mero facto de que o sujeito confiar no outro para uma determinada atividade, mas na justificação dessa confiança, ou seja, na confiabilidade.

[393] Defendendo igualmente que a prova pericial é uma prova pessoal, FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Curso de processo penal*, *op. cit.,* pp. 297 e 317 e ainda GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - *Código de processo penal anotado.* 17.ª ed. ver. e atual. Coimbra: Almedina, 2009. ISSN 978-972-40-3777-6, p. 401, que esclarece que "[os peritos] intervêm na apreciação da prova real, mas não são prova real". Também nos afastamos da conceção da prova pericial como prova real porque não partilhamos da premissa de que os juízos perfilhados no relatório pericial serão objetivos e impessoais, já que para isso teríamos que acreditar numa verdade absoluta. Aprofundaremos esta questão na secção 2.1 da parte V.

Nessas aproximações cremos ser de particular pertinência para a investigação que se seguirá o que referimos a respeito da sua natureza no capítulo 3. Aí tomamos posição quanto ao caráter pessoal da prova pericial em virtude das respostas que demos às questões do que é ser-se perito e como devemos formar a nossa convicção com base nas informações por ele prestadas.

Neste ponto de ordem gostaríamos de ressalvar que o aspeto mais vincado da prova pericial é o facto de o perito poder, e assim se esperar, que apresente uma *apreciação ou valoração dos factos*[394]. O perito é uma *pessoa qualificada* e exerce a sua atividade "sobre dados técnicos, sobre matéria de índole especial" e por isso pode-se afirmar que "o perito maneja uma experiência especializada", facultando ao "juiz critérios de valoração ou apreciação dos factos, juízo de valor, derivados da sua cultura especial e da sua experiência técnica". A sua função é então a de "mobilizar os seus conhecimentos especiais em ordem à apreciação dos factos observados"[395]. Por isso figura central na prova pericial será o perito. Alguém que é uma pessoa e que não se pode afastar dessa natureza. E como pessoa que é a sua personalidade e mundividência serão fatores que influem o juízo pericial. Ora esta dimensão pessoal da prova pericial, que melhor desenvolveremos na secção 2.1 da parte V, força-nos a abandonar a ideia da crença da inteleção pura e a constatar do que se trata sempre, é de convicção pessoal. Por isso, para nós, a prova pericial será prova pessoal.

E assim melhor se compreenderá que ser-se perito resulta sobretudo de uma atitude cognitiva e motivacional e que, por isso, o valor da prova pericial não decorre propriamente das qualificações académicas ou do preenchimento de requisitos formais pelo perito. Porque estes requisitos não são suficientes para considerar alguém como perito, essa qualidade apenas pode ser aferida casuisticamente. A *autorictas* dependerá, assim, da forma como alguém atua num caso concreto.

E porque apontamos um caráter testemunhal à prova pericial, entendemos ser de distinguir o que é ser-se perito da confiabilidade da informação por si prestada. Com efeito, ser-se perito é uma qualidade de um sujeito; já a confiabilidade do que esse sujeito afirma é uma qualidade atinente às próprias informações por si prestadas.

---

[394] Cf. VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel e NORA, Sampaio e - *Manual de processo civil.* 2.ª ed. ver. at. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 9789723201086, p. 576 e ac. TRG. 23.01.2020. proc. 5588/19.8T8VNF-A.G1.

[395] Cf. REIS, Alberto dos - *Código de Processo Civil Anotado*, *op. cit.,* pp.168, 169 e 181.

E porque a prova judicial tem função cognoscitiva julgamos não só necessário que o perito nomeado para a atividade pericial seja alguém dotado de autoridade epistémica, mas que a informação por si prestada seja justificada. Só assim, aos nossos olhos, será possível garantir que o juiz adquire justificadamente uma informação confiável de um perito. Assim a aferição do valor das informações prestadas pelo perito exigirá uma intervenção mais ativa dos sujeitos processuais para a adequada assimilação e compreensão do conhecimento. Se assim não for aceitamos acriticamente as afirmações testemunhais. Uma consequência da qual poderiam resultar decisões irracionais e, por isso, inaceitáveis à correta administração da justiça.

Desenhado o quadro legal e teórico, será agora o momento para compreendermos como é que a prova pericial é produzida e valorada na prática judicial. Mais concretamente, procuraremos perceber se os atores judiciários estarão conscientes das preocupações que expusemos.

PARTE IV

APROXIMAÇÃO À PRÁTICA JUDICIÁRIA: A DESADEQUAÇÃO DO BROCARDO *IUDEX PERITUS PERITORUM*

DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ANÁLISE E ORDEM METODOLÓGICA DA EXPOSIÇÃO

Nas partes antecedentes tecemos uma exposição do recorte legal da prova pericial no CPC e no CPP e densificamos essa análise de um ponto de vista teórico-doutrinal. Porque o nosso intento é discutir se o sistema pericial serve o modelo atual de administração da justiça (e mais particularmente, em virtude dos riscos que identificamos na secção 2.2 da parte I, a respeito do exercício exclusivo da função jurisdicional pelo juiz e a respeito das finalidades da prova), julgamos que o pano de fundo à nossa investigação apenas estará completo depois de analisamos como a prova pericial é aplicada nos tribunais, porque só esta perspetiva nos permitiria compreender os méritos e as dificuldades sentidas na sua produção. Assim é porque porque cremos que o reconhecimento das dificuldades constitui o primeiro passo para se alcançar um elevado nível de rigor na produção deste meio de prova e para uma adequada e harmoniosa gestão das "potencialidades humanas e probatórias"[396].

Para começar, sintetizaremos nas linhas seguintes alguns pontos que fomos referindo nas páginas anteriores e que se revelam pertinentes para estabelecermos um ponto de partida para esta parte.

No modelo de administração de justiça plasmado em Portugal a função jurisdicional compete exclusivamente aos tribunais[397]. Esta reserva da função jurisdicional encerra o direito dos cidadãos a uma decisão judicial ou, dito de outro modo, o direito dos cidadãos ao juiz. Na base deste modelo institucional encontra-se a preocupação em assegurar-se que a decisão em qualquer litígio é tomada por um terceiro independente e imparcial que é também responsável por garantir o cumprimento dos procedimentos processuais que asseguram a participação ativa das partes envolvidas. Um direito que é também materialização do direito a uma tutela jurisdicional efetiva e que impõe que os juízes tenham que decidir os processos que sejam judicialmente interpostos sob pena de cometerem o crime de denegação de justiça. Tudo isto são, na verdade, concretizações do Estado de Direito Democrático e elementos fundamentais para a vida democrática.

---

[396] Cf. JARDIM, Maria Amélia Vera - A investigação pré-sentencial sobre a pessoa. In CEJ - *Colóquio internacional sobre criminalidade e cultura: acta.* Lisboa: CEJ, 1992. ISBN 972-9122-11-3. V II. Pp. 181-212, pp. 206.

[397] Esta função jurisdicional carateriza-se como sendo a "[...] actividade de defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos e resolução dos conflitos de interesses" - cf. HOMEM, António Pedro Barbas -Considerações acerca da função jurisdicional e do sistema judicial. Coimbra. ISSN 2183-3419. N 2 (2007). Pp. 11-29, p. 21. Neste contributo o autor desenvolve algumas reflexões em torno dos propícios que norteiam a função jurisdicional, e de entre os quais aqueles que aqui, de forma brevíssima, demos nota.

Acontece que o exercício da função jurisdicional se tem revelado cada vez mais intrincado porque as matérias que são levadas a julgar têm-se mostrado cada vez mais complexas. A este respeito, como já referimos, Michele Taruffo retratou o quadro atual como sendo marcado por uma relação inversamente proporcional entre a esfera de atuação do juiz na tomada de decisões com recurso à sua experiência e a esfera de atuação que exige a convocação de saber especializado e a participação de peritos no contexto judicial[398]. Os peritos assumem nestas situações um papel muito relevante porque permitirão ao julgador o esclarecimento das matérias por si não compreendidas.

Mas a finalidade institucional e o papel social dos tribunais também parece estar a reclamar uma mais ampla intervenção dos peritos em contexto judicial.

De facto, as frequentes críticas à incapacidade dos juízes para julgar de forma célere e eficaz e aos limites processuais à descoberta da verdade, por confronto à imagem idealizada da ciência como meio capaz de descobrir de forma célere e eficaz a verdade, parecem fomentar uma maior abertura do processo aos conhecimentos técnico-científicos nos quais se depositam expectativas de ser revelarem expositores infalíveis da verdade. E este apelo não deve ser ignorado.

Efetivamente, não podemos olvidar que os tribunais são um requisito à estabilidade social porque juízes independentes e imparciais com poderes para tomar decisões definitivas fornecem um mecanismo para as partes resolverem os seus conflitos sem recurso à justiça privada. Mas para que assim seja, i. e., para que as partes envolvidas num conflito aceitem submetê-lo à apreciação de um terceiro imparcial, é necessário que estejam dispostas a aceitar e a obedecer à decisão desse terceiro. E para isso será necessário que a comunidade no seu todo partilhe da convicção de que o sistema judicial serve melhor os seus interesses porque proporcionará um julgamento justo e um tratamento igual entre as partes, assegurando-lhes uma apreciação cuidadosa das suas pretensões e proporcionando um tratamento justo para aqueles que o convocam.

Por sua vez, isso exige que o exercício da jurisdição seja norteado por um critério de sociabilidade na medida em que a comunidade só ficará convencida da justeza das decisões

[398] Vejam-se os capítulos 1 e 2 da parte I.De entre as referências, TARUFFO, Michele - Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria. *Quaderni della Rivista Trimestrale do Diritto e Procedura Civile: Decisione giudiziaria e veritá scientifica.* Milano. ISBN 9788814119323. N 8 (2005), pp. 3-24, p. 6 e ainda do mesmo autor Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* [Em linha]. N 114 (2005), pp. 1285-1312. [21.06.2021]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/26612138_Conocimiento_cientifico_y_estandares_de_prueba_judicial. ISSN 2448-4873, pp. 1286 e 1287.

quando estas não sejam tomadas com base numa certeza individual do juiz, mas sobretudo porque são capazes de gerar a mesma certeza a qualquer homem médio, pois que será precisamente neste convencimento e certeza da comunidade que residirá a legitimidade do sistema judicial, tornando pacífico o seu recurso para resolução de litígios[399]. Ora, a ser assim, não podemos ignorar, como dizíamos, que sempre que há matérias mais complexas em discussão no em contexto judicial, a produção de conhecimento especializado sirva como instrumento de persuasão e de legitimação da decisão judicial. E também por isso se compreenderá alguma cedência à pressão para participação dos peritos em matéria probatória.

Mas como já vimos esta participação dos peritos nos processos judiciais encerra diferentes problemas.

Em primeiro lugar porque a produção generalizada de conhecimento por peritos pode gerar o risco de substituição do trabalho jurisdicional exclusivo dos juízos pelo trabalho dos peritos. Daqui resulta o risco subsequente da falta de legitimidade das decisões judiciais que, por força de uma atitude deferencial exaltada pelo "distanciamento epistemológico", têm como protagonista o perito e não o juiz.

Em segundo lugar, mas ainda relacionado com os aspetos referidos, porque em virtude desse mesmo "distanciamento epistemológico" o controlo da atuação do perito pode mostrar-se mais frágil. A respeito, Francisco Verbic afirmou que configura um verdadeiro paradoxo exigir que o magistrado valore racionalmente elementos de prova que, por definição, vão além dos limites da cultura média que o sistema pressupõe reunidos na sua pessoa[400].

Não é nova nem pouco comum a reclamação de que seria necessária uma formação dos magistrados que contemplasse outros campos do saber, tão necessários ao exercício das funções, pois com a complexidade e diversidade dos factos hoje levados a juízo ou necessários a uma correta decisão das causas só essa formação permitiria uma valoração da prova "[...] mais justa, real, equitativa, afastando a tão enganadora e discriminadora valoração intuitiva"[401]. Estes conhecimentos não só se mostrariam necessários para a adequada valoração dos factos, mas

---

[399] Cf. KATSKEE, Richard B. - Science, Intersubjective Validity,and Judicial Legitimacy. *Brooklyn Law Review* [Em linha]. V 73 (2008) pp. 857-877. [10.02.2022]. Disponível em https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol73/iss3/2/. ISSN 0007-2362, pp. 864 e 865 e MALATESTA, Nicola Framarino - *A logica das provas em materia criminal.* Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1911. V I, p. 304.

[400] Cf. VERBIC, Francisco - *La prueba científica en el proceso judicial: identificación de la noción en el marco de la teoria general de la prueba - problemas de admisibilidad y atendibilidad.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008. ISBN 9789507279515 9507279512, p. 81.

[401] Cf. RODRIGUES, Benjamim Silva - *Da prova penal: bruscamente...a(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal.* Lisboa: Rei dos livros, 2010. ISBN 9789898305091. T II, p. 249. O autor apresenta uma reflexão muito crítica sobre a forma como os tribunais têm vindo a desenvolver a apreciação da prova pericial e, particularmente, da prova genética. Teremos oportunidade para, ao longo deste capítulo, expor em maior detalhe o pensamento do autor e o quadro que tece da *praxis* judicial.

também para a tomada de decisão acerca da admissibilidade da prova pericial e seu controlo e valoração.

A questão passará sempre por determinar se o juiz se pode afastar do juízo pericial e, em caso afirmativo, de que forma o pode fazer. Uma resposta negativa à primeira questão teria implícita a transferência do ofício jurisdicional para o perito - algo que, à luz do nosso quadro jurídico-constitucional não seria possível. Mas uma resposta positiva suscita o problema da falta de legitimidade gnosiológica para o juiz funcionar como *peritus peritorum*[402], porque se é a falta de conhecimentos que determina a produção de prova pericial, é também a falta de conhecimentos que dificultará o exercício de uma valoração crítica deste tipo de prova. Compreendemos ser difícil de aceitar o argumento da autoridade do juiz como *peritus peritorum*, numa espécie de "hierarquia de autoridades" quando, em matérias fora do campo jurídico, a sua autoridade é uma autoridade artificial e "burocraticamente imposta"[403]. E se há motivos para recear que o juiz não possa corretamente corrigir e identificar os erros cometidos por um perito, há motivos para recear que, por via disso, o perito deixe de ser um "auxiliar do juiz" para o substituir em parte, subordinando o juiz e impondo-lhe a decisão, reduzindo-o a um papel de juiz de garantias[404].

E com tudo isto mais próximos estaremos do risco de as decisões judiciais serem tomadas com base em erro, encoberto pela falta de reflexão crítica deste cenário.

Nenhum destes reptos é teórico. Já demos disso conta na realidade internacional. Pois agora, como referimos, vamo-nos centrar na realidade da judicatura portuguesa para perceber se incorremos nos mesmos constrangimentos. E se assim for, só podemos extrair uma conclusão: a de que o sistema pericial não serve o modelo de administração da justiça nos dois pontos identificados.

---

[402] Cf. MESQUITA, Paulo Dá – *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*. Coimbra: Coimbra editora, 2011. ISBN 978-972-32-1951-7, p. 371.

[403] Cf. TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica*. S.l.: Eudito, 2017. ISBN 978-989-8856-60-9, p. 346.

[404] Estes receios subsistem noutras jurisdições continentais. Em França, p. ex., uma Lei de 1944 estabelecia que o recurso a peritos teria que limitar-se a questões que estivessem fora da competência do tribunal para evitar que o juiz delegasse facilmente a decisão ao perito. Da mesma forma, a lei belga especifica que o especialista só pode dar uma "opinião técnica". Ainda assim, tais opções não foram suficientes para afastar a tendência generalizada para que os poderes processuais do perito assumem a aparência de quem está investido no juiz de tal ordem que partes vêm o perito como o juiz de um "julgamento de facto". Para uma análise comparativa no contexto europeu, VERKERK, Remme - Comparative aspects of expert evidence in civil litigation. *International Journal of Evidence & Proof* [Em linha]. V 1 (2009), pp. 167-197. [20.12.2019]. Disponível em https://doi.org/10.1350/ijep.2009.13.3.321. ISSN 1740-5572; para um retrato sobre o modelo espanhol, LUCA, Stefano; NAVARRO, Fernando; CAMERIERE, Roberto - La prueba pericial y su valoración en el ámbito judicial español. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [Em linha]. N 15-19 (2013), pp. 19:1-19:14. [15.02.2022]. Disponível em http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-19.pdf. ISSN 1695-0194; e sobre o modelo francês LECLERC, Olivier - Les réformes du droit de l'expertise: avancées partielles et occasions manquées. *Experts: Revue de l'expertise judiciaire, publique et privée*, *Compagnie des Experts* [Em linha]. N 71 (2006), pp. 12-15. [15.02.2022]. Disponível em https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00337415/document. ISSN 0992-2873.

Dizer apenas mais que em Portugal estas preocupações (ainda que pouco auscultadas e debatidas) não são recentes. Em finais do séc. XIX José Dias Ferreira, traçando um retrato da realidade judiciária, denotava a difícil articulação entre a função jurisdicional e a função pericial. Reconhecendo a relevância já assumida pela prova pericial face aos demais meios de prova, que no caso de produção daquela já não seriam atendidas, como relatava, criticava o facto de "[...] o julgamento das questões depende[r], não dos tribunais que foram instituídos para resolver os pleitos, mas da ignorância, da paixão, e não poucas vezes da veniaga do árbitro de desempate"[405]. Notava-se já à data uma certa demissão no controlo da participação dos peritos nos processos judiciais, mediante uma transferência do ofício jurisdicional para perito nas matérias de facto que exigiam especiais conhecimentos.

É exatamente este mote que nos inquieta e é tendo em vista este objetivo que temos vindo a atuar e para o qual pretendemos contribuir. É este o mote para a presente parte, que dividiremos em três capítulos.

No primeiro, intitulado "retrato da casuística judiciária" procuraremos conhecer as dificuldades que se suscitam em torno da prova pericial nos três momentos em que dividimos a sua análise legal: admissibilidade, produção e força probatória. Neste capítulo as atenções estarão sobretudo centradas numa análise jurisprudencial.

No segundo capítulo, intitulado "(o risco da) transferência do ofício jurisdicional para o perito" desenvolveremos uma reflexão crítica sobre as conclusões do capítulo anterior e procuraremos desenvolver algumas explicações para o cenário traçado, convocando o estado do "cientismo" que começamos por desenvolver no capítulo 2 da parte I. Aqui completaremos a análise jurisprudencial com uma análise doutrinal, em que ganham relevo as experiências relatadas na literatura por advogados, magistrados e peritos.

No terceiro capitulo, intitulado "insatisfação generalizada" teremos como particular preocupação conhecer os relatos de vários atores judiciários que colhemos na literatura para compreender a sua perspetiva sobre a (des)adequação do sistema pericial português.

Alguns esclarecimentos se impõem, contudo, para não defraudarmos expectativas.

[405] Cf. FERREIRA, José Dias - *Código de Processo Civil anotado.* Lisboa: Tipografia Lisbonense, 1887. T I, p. 325.

O primeiro para dizer que este não tem sido tema querido pela doutrina, pelo menos nacional[406]. De facto, constatamos serem parcos, dispersos e pouco profundos os estudos doutrinais desenvolvidos em torno desta problemática. Com especial relevância, foi publicada por Sandra Tavares a obra intitulada "Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica" e, século antes, por Affonso da Costa a monografia também já por nós citada em diversas ocasiões intitulada "Os peritos no processo criminal: legislação portugueza". De menor dimensão, ainda que versando diretamente sobre o tema e preocupando-se com o conhecimento da *práxis*, mostram-se sobretudo relevantes os contributos de Maria Clara Calheiros, Benjamim Rodrigues, João Barreiros, Rodrigo Santiago e João Henrique Gomes de Sousa. Poucos mais foram os autores que dedicaram atenção a este assunto, ainda que Paulo Dá Mesquita, Jorge de Figueiredo Dias e José Dias Ferreira tenham escrito algumas linhas elucidativas sobre o tema.

O segundo para dizer que também na jurisprudência a tendência é de escassa discussão. Efetivamente notamos serem parcas as situações em que se discutiram com alguma profundidade questões relacionadas com a produção da prova pericial[407]. A maioria das discussões centra-se

---

[406] Esta observação foi também feita por SOUSA, João Henrique Gomes de - A "perícia" técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial. *Julgar.* Coimbra. ISSN 1646-6853. N 15 (2011). Pp. 27-52, p. 28. Diogo Paulo Lobo Machado Pinto da Costa, a respeito concretamente da perícia médico-legal constatou igualmente que os trabalhos já desenvolvidos se centraram exclusivamente nas normas técnicas da respetiva execução, não curando da questão das suas implicações no destino dos casos no âmbito do processo penal. Como questões essenciais a dar resposta elenca: a decisão judiciária sobre a provável autoria do facto é diferente consoante no processo haja ou não haja lugar à produção da prova pericial médico-legal? A decisão judicial sobre a culpabilidade do arguido é diferente consoante no processo haja ou não haja lugar à produção da prova pericial médico-legal? De que modo serão as conclusões dos relatórios das perícias médico-legais ponderadas naquelas decisões? Que relações podemos estabelecer entre o tipo de conclusões médico-legais e os diversos desfechos processuais? Poder-se-á identificar, no âmbito do processo, algum facto que determine ou influencie decisivamente o tipo de conclusões constantes dos relatórios das perícias médico-legais? Do autor, A *perícia médico-legal nos crimes sexuais* [Em linha]. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2000. Dissertação Mestrado. [10.01.2022]. Disponível em https://sigarra.up.pt/fdup/pt/teses.tese?p_aluno_id=97192&p_processo=16684&p_lang=0pp. 150 e ss. Refira-se que Lúcia Maria de Sousa Gomes Gouveia Pais, aquando da sua investigação sobre a influências das perícias psiquiátricas médico-legais e sobre a personalidade nas decisões judiciais, também salientou dificuldades em aceder, p. ex., aos dossiers dos arquivos do INMLCF pelo menos até 2000 pela inexistência de dados consolidados a respeito da repercussão das perícias nas decisões judiciais. Concluiu a autora na sua investigação que a falta de recolha e tratamento destes dados demonstra a falta de interesse em saber como as perícias contribuíram para a tomada de decisão - cf. da autora, *Uma história das ligações entre a Psicologia e o Direito em Portugal: perícias psiquiátricas médico-legais e perícias sore a personalidade como analisadores* [Em linha]. Porto: Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade do Porto, 2004. Tese de Doutoramento. [10.01.2022]. Disponível em https://repositorio.ispa.pt/handle/10400.12/1666, p. 240.

[407] Com isto não pretendemos significar que não encontramos na jurisprudência decisões em que se discutiram os desafios da prova pericial, mas apenas que na sua ampla maioria as questões suscitadas e a forma como foram decididas mostraram-se levianas e prova disso é a constatação de que em inúmeras decisões a motivação da decisão quanto a estas questões é uma mera cópia *ipsis verbis* de outras decisões anteriormente tomadas e sem que dela se retirem considerações de ordem prática (exemplo disso serão os acs. TRC. 11.03.2209. Proc. 4/05.7TAACN.C1; STJ. 11.07.2007. Proc. 07P1416; STJ. 13.10.2013. Proc. 36/11.6PJOER.L1.S1; TRC. 26.05.2009. Proc. 91/03.2TAMIR.C2; TRE. 19.05.2015. Proc. 7545/08.2TDLSB.E1; TRP. 27.01.2010. Proc. 45/06.7PIPRT.P1 e STJ. 01.10.2008. Proc. 08P2035 em que em todos se escreve "A prova pericial é valorada pelo julgador a três níveis: quanto à sua validade (respeitante à sua regularidade formal), quanto à matéria de facto em que se baseia a conclusão e quanto à própria conclusão. Quanto à validade, deve-se aferir se a prova foi produzida de acordo com a lei, ou se não foi produzida contra proibições legais (...)Também fica a cargo do julgador examinar se o procedimento da perícia está de acordo com normas da técnica ou da prática corrente.Com relação à matéria de facto em que se baseia a conclusão pericial, é lícito ao julgador divergir dela, sem que haja necessidade de fundamentação científica, porque não foi posto em causa o juízo de carácter técnico-científico expendido pelos peritos, aos quais escapa o poder de fixação daquela matéria." Mas em que nenhum se retiram propriamente proveitos dessa exposição).

Uma ressalva deve ser feita porque na jurisprudência identificamos algumas decisões de tribunais superiores, na maioria tendo como juiz relator o referido João Henrique Gomes de Sousa que, mostrando-se consciente e preocupado com os particulares desafios convocados pela prova pericial, desenvolveu sérios e importantes esforços (jurisprudenciais e doutrinais) não apenas na identificação desses desafios, mas também

mais com a sua admissibilidade e valoração e menos com o seu protagonista - o perito - e a atividade pericial por ele desenvolvida. Julgamos que tal se pode dever, relativamente à perícia realizada por entidade oficial, à presumida imparcialidade e competência do perito, e, quanto à perícia particular, ao facto de cada uma das partes poder designar um perito e assim contraditar a atividade do perito designado pela contraparte, mas também à falta de conhecimento sobre as técnicas e métodos usados na atividade pericial que impedem o exercício de um contraditório efetivo sobre a atuação do perito. Das decisões que analisamos constatamos que as questões suscitadas sobre a realização, produção e valoração da prova pericial foram-no pelo próprio juiz ou pelos advogados das partes e em nenhuma delas pelo MP. Por isso nos casos que trataremos, salvo os estudos exploratórios em que se faz menção ao MP, não faremos referência específica a esta autoridade judiciária. Todavia, julgamos que esta ausência seja significativa e por isso a ela nos referimos.

O terceiro para dizer que apesar de comprovadamente não ser um tema que revista grande discussão doutrinal ou jurisprudencial, tal não significa que tudo esteja suficientemente esclarecido ou que não subsistam problemas de maior[408]. Diríamos até que a escassa problematização e discussão de questões técnicas e científicas relevantes para a prova pericial potencia os reptos apresentados porque assim o meio de prova fica refém das instituições que têm a seu cargo as perícias e dos seus profissionais[409].

O quarto para referir que sendo o objeto do nosso estudo a prova pericial no domínio penal e cível, as referências que apresentamos retratam a *práxis* judiciária nesses dois domínios. E porque no capítulo 3 da parte II concluímos pela bifurcação do regime, procuraremos desenvolver esta análise separadamente, quando assim se justificar, para dela retirarmos conclusões mais consentâneas com as especificidades de cada um dos modelos.

---

e sobretudo na identificação de caminhos a seguir, criticando a postura aquiescência judiciária. Talvez por essa razão as decisões por este magistrado proferidas conheçam um tom mais crítico, aprofundado e verdadeiramente esclarecido e esclarecedor relativamente a algumas incompreensões e confusões suscitadas na prática judiciária. Quando se revele pertinente faremos referência à sua participação nas decisões citadas.

[408] É dura a critica feita por Paulo Dá Mesquita à ausência desta discussão e à qual não podemos ficar indiferentes. Pela sua clareza, ousamos na citação que se segue: "[a] ausência de densificação do objeto do juízo pericial e respetivas exigências no debate jurídico português [...] revela que o enquadramento discursivo em torno da *verdade material* convive com reduzidas exigências de investimento em questões substanciais e fundamentalmente uma maior vinculação às linhas argumentativas do jurídico ou, pelo menos, da semântica das ciências sociais, num convívio estabelecido sobre silêncios entre autoridade burocrática e científica do juiz-funcionário e do perito-funcionário" - cf. MESQUITA, Paulo Dá - *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*, *op. cit.,* p. 281.

[409] Cf. GAMA, António et all - *Comentário Judiciário ado Código de Processo Penal.* 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2021. TI, p. 504. Apelam os autores ao "incremento da ampliação e qualidade" da discussão pelas instituições periciais porque ela será também importante para a qualidade da aplicação do Direito, bem como a uma "maior intelegibilidade e clareza na estruturação e conteúdo dos relatórios periciais".

O quinto para dizer que uma compreensão verdadeiramente global da prova pericial exigiria o levantamento de um vasto conjunto de dados objetivos sobre o funcionamento do sistema[410]. Tal levantamento não existe e, por não estar ao nosso alcance, não foi o nosso objetivo colmatar esta lacuna: nunca pretendemos realizar um estudo empírico por estar cientes de que tal implicaria não apenas aceder a um conjunto muito numeroso de processos, mas também o seu acompanhamento de molde a identificar as diferenças entre os vários processos em que ocorreram perícias[411]. Apesar disso, tivemos contacto com algumas investigações de caráter exploratório - algumas que serviram de base a trabalhos académicos de mestrado e outras que abarcavam objetivos mais amplos para conhecimento do real funcionamento da administração da justiça no seu todo - que serão por nós tidas em consideração porque, muito apesar da sua maior ou menor dimensão, sempre nos ajudarão a preencher essa lacuna[412].

O sexto para referir que de entre os vários profissionais envolvidos na administração da justiça, têm sido sobretudo os peritos a evidenciar estas dificuldades e até a desenvolver estes estudos empíricos. O que se por um lado não deixa de nos entristecer porque daí se denota alguma desconsideração ou ignorância dos problemas decorrentes da prova pericial, por outro mostra-se compreensível que assim seja porque sendo esses profissionais que atuam no processo são eles

---

[410] De entre esses dados, importaria conhecer, p. ex. e no mais imediato, a percentagem de processos em que é requerida e ordenada a realização de prova pericial e respetiva caraterização por tipo de processo e tipo de perícia; a percentagem de primeiras perícias de natureza singular, colegial e multidisciplinar; a percentagem de perícias realizadas por perito nomeado pelo tribunal e pelas partes; a percentagem de perícias que são requeridas pelas partes e oficiosamente ordenadas; o tempo de realização das perícias por tipo de perícia e estabelecimento/perito; os quesitos mais comuns por referência aos diferentes tipos de perícia; a percentagem de situações em que resultados da primeira e da segunda perícia são coincidentes e divergentes; a percentagem de vezes em que, sendo perícia colegial, os peritos divergem nas respostas aos quesitos; a percentagem de processos em que tendo sido produzida prova pericial a perícia foi determinante na decisão e aqueles em que foi desconsiderada (aqui se devendo ainda conhecer a percentagem de vezes em que relatório pericial é citado nas decisões judiciais); a percentagem de vezes em que são solicitados esclarecimentos e em que é pedida a presença do perito em diligência. E mais ainda: as perícias são bem realizadas em Portugal? São bem realizadas por todos os laboratórios? Quais as taxas de erro?

[411] Cremos que um estudo dessa envergadura sempre envolveria uma equipa de investigação, a ser coordenada pelo Ministério da Justiça. Um estudo deste tipo e ao qual já nos referimos, foi realizado nos EUA pelo National Research Council dos EUA em 2009, tendo por objetivo conhecer "como" e "em que condições" as perícias - e atos anteriores indispensáveis às mesmas - são realizadas. Algumas das suas importantes conclusões já foram por nós identificadas na parte I - cf. COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY; NATIONAL RESEARCH COUNCIL - *Strengthening forensic science in the united states: a path forward* [Em linha]. Washington: The National Academies Press, 2009. [21.06.2021]. Disponível em https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf. ISBN 0-309-13131-6.

[412] Os estudos complementa-se entre si por serem de índole distinta: uns, integrados em investigações de mestrado e doutoramento, procuram conhecer as implicações da prova pericial no processo judicial e na tomada de decisão (desenvolvidos por juristas e psicólogos, alguns dos quais com participação corrente no sistema judicial como peritos de psicologia forense); outros, realizados em jeito de inquérito a pelos juízes, advogados e partes processuais (desenvolvidos no âmbito de investigações com objetos e objetivos mais alargados) procuram identificar as maiores dificuldades apontadas na realização da prova pericial, apontando propostas para as solucionar. Nos primeiros, referimos os seguintes trabalhos: COSTA, Diogo Paulo Lobo Machado Pinto da - A *perícia médico-legal nos crimes sexuais, op. cit.;* PAIS, Lúcia Maria de Sousa Gomes Gouveia - *Uma história das ligações entre a Psicologia e o Direito em Portugal: perícias psiquiátricas médico-legais e perícias sore a personalidade como analisadores*, *op. cit.;* FARIA, Ana Filipa Alves - *Perícias forenses de agressores conjugais: caracterização e impacto nas sentenças judiciais* [Em linha]. Braga: Escola Psicologia. Universidade do Minho, 2008. [11.02.2022]. Disponível em http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/19673; MANITA, Celina; MACHADO, Carla - A Psicologia Forense em Portugal: novos rumos na consolidação da relação com o sistema de justiça. *Análise Psicológica.* Lisboa. ISSN 0870-8231. V XXX (1-2) (2012). Pp. 15-32. Nos segundos referimos MACHADO, Andreia et all. - *Justiça económica em portugal: produção de prova.* Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos e Ricardo Gonçalves, 2012. ISBN 978-989-8424-89-1; MACHADO, Andreia; MATOS, Marlene - Regulação das responsabilidades parentais: discursos dos magistrados sobre a prática pericial. *Psicologia: Revista da Associação Portuguesa de Psicologia.* Lisboa. ISSN 2183-2471. V 30 (1) (2016). Pp. 15-28.

quem, de forma direta e imediata, contactam com a "realidade material subjacente"[413] e por isso estão em melhor posição para detetar os constrangimentos que sentem no exercício da sua função.

Ainda que em face dos necessários limites com que nos deparamos e que aqui expusemos, estamos em crer que as manifestações que aqui traremos, no seu conjunto, se revelam férteis, em número e grandeza o suficiente para sustentar e justificar a nossa reflexão.

1. RETRATO DA CASUÍSTICA JUDICIÁRIA

Nas páginas que se seguem apresentaremos então uma visão da prova pericial aplicada nos tribunais. Centrar-nos-emos nos problemas que identificamos na análise jurisprudencial e doutrinal que desenvolvemos. Uma visão que será depois completada no capítulo seguinte quando procurarmos justificar as consequências e implicações destes problemas, momento em que teremos a oportunidade de densificar o que aqui apresentaremos.

1.1. ADMISSIBILIDADE

Uma das dificuldades que notamos na prática judiciária prende-se com a determinação das situações em que deve ser produzida a prova pericial.

Se há situações em que se mostra evidente a necessidade da sua produção (p. ex., perícias datiloscópicas para identificação humana por meio de impressões digitais; perícias tanatológicas para determinação das causa de morte; perícia genéticas para identificação humana por meio de DNA; perícias médico-legais para avaliação de dano corporal; perícias de engenharia para averiguar o cumprimento de regras de construção; etc.), há outras em que o limite entre o conhecimento comum e o conhecimento especializado conhece fronteiras mais esbatidas. E nas

[413] Cf. TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica, op. cit.,* p. 310.

situações com que nos deparamos, quando tal sucedeu, a decisão sobre a admissibilidade da prova pericial nem sempre se revelou simples nem a mais adequada às necessidades epistémicas do processo judicial. Assim o comprovaremos com os exemplos que descrevemos de seguida.

Desenvolveremos uma análise separada porque, como referimos no capítulo 3 da parte II, notamos diferentes regras a respeito da amissibilidade da prova pericial no CPP e no CPC e por isso julgamos mais adequado, para extrairmos os máximos e melhor proveitos desta análise, um olhar diferenciado.

1.1.1. AS RESERVAS À ADMISSIBILIDADE DA PROVA PERICIAL NO ÂMBITO DO CPP

Comecemos por identificar algumas situações, no domínio do CPP, em que os tribunais de 1.ª instância indeferiram a produção de prova pericial ou por a julgarem desnecessária em virtude da existência de outros elementos de prova ou por considerarem que os factos colocados à sua apreciação não exigiam especiais conhecimentos.

Da análise jurisprudencial que desenvolvemos fomos confrontados com um processo no qual o arguido estava acusado da prática de diversos crimes de difamação por alegadamente ter elaborado e distribuído vários panfletos contendo diversas afirmações e dizeres difamatórios. Questão essencial a saber era se teria sido o arguido a assinar tais panfletos. Na nossa perspetiva, essa seria uma questão que sempre envolveria especiais conhecimentos porque pressupõe a aplicação de um conjunto de técnicas que excede a competência e conhecimento do homem médio. Porém, o tribunal de 1.ª instância não ordenou a perícia à letra, realizando por si análise comparativa entre esses panfletos e os documentos juntos aos autos que foram elaborados e assinados pelo arguido e concluiu ela sua autoria[414]. Reapreciada a decisão pelo TRG, teceu este uma forte consideração crítica, referindo que tribunal confundiu a *prova científica* com a prova jurídica e que o tribunal havia desenvolvido um juízo que só poderia ser técnico e científico, seguindo as técnicas e os métodos que lhe são próprios, e avalizando-os com recurso a juízos científicos e técnicos, e por isso não se poderia ter substituído à perícia[415].

[414] Destacou o tribunal ter concluído dessa observação uma coincidência entre esses documentos no uso indiscriminado de maiúsculas e minúsculas, bem como de sublinhados e de letras a negro, indo ainda mais longe, ao identificar alguns casos particulares, que em seu entender reforçam a conclusão da autoria: "a forma de abreviar a localidades", "o uso de onomatopeias para expressar gargalhadas", "o emprego despropositado da barra transversal", "a reiteração de erros ortográficos" e "a referenciação autor na terceira pessoa ao singular".

[415] Cf. ac. TRG. 27.06.2005. Proc. 895/05-1.

Numa outra decisão pautada por uma lógica semelhante o tribunal de 1.ª instância deu por provada a autoria pelo arguido de um crime de falsificação de documento com base num exame realizado por inspetor da PJ sem conhecimentos científicos comprovados que atestava que os documentos seriam falsificações. Devemos notar: este inspetor da PJ não foi nomeado como perito, esse inspetor não dispunha de conhecimentos técnico-científicos e a sua apreciação não decorreu de uma perícia, mas apenas e tão só de uma observação a olho nu e com recurso à sua experiência pessoal. Mais uma vez, uma opinião pessoal que serviu para que o tribunal a tivesse apreciado como se se tivesse tratado de prova pericial. Também a 2.ª instância teve um papel determinante em assegurar o cumprimento do disposto no art. 151.º do CPP, sublinhando não só a distinção entre exames e perícias, mas também esclarecendo que a prova de que o tribunal se se socorreu para fundamentar o facto de os quadros serem falsificados não poderia ser valorada como prova pericial nem a ela se poderia ter substituído por não ter qualquer valor enquanto juízo técnico, artístico ou científico[416].

Num outro processo o arguido, acusado do crime de homicídio por negligência, decorrente de um acidente de viação, requereu prova pericial para, entre outras questões, se apurar, em face dos danos verificados na viatura e provocados na vítima, a que velocidade circulava o veículo em que seguia aquando do embate. O tribunal de 1.ª instância rejeitou a produção desta prova pericial requerida, referindo existirem no processo outros elementos de prova, designadamente uma "peritagem técnico-científica de acidente rodoviário" que teria sido junta pelo próprio arguido e realizada a seu pedido a uma entidade privada de peritagem, na qual exerceria funções o perito indicado no requerimento em que solicitou a realização da perícia. O tribunal de 2.ª instância concordou com a decisão e pese embora tivesse salientado a necessidade de produção de prova pericial quando a perceção ou apreciação de determinados factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, acabou por manter a decisão do tribunal de 1.ª instância porque entendeu que sendo o perito sugerido integrante da entidade que havia realizado a anterior *peritagem* o arguido apenas pretendia lograr que a essa *peritagem* fosse atribuído "valor

[416] Cf. ac. TRL. 06.07.2017. Proc 590/12.5JDLSB.L1-9. Perfilhando que sem violar o principio da verdade material e do *in dubio pro reo* e da livre apreciação da prova o tribunal não poderia dar por provada a falsificação dos quadros, decidiu que a falta da realização da perícia nos casos em que é necessária a detenção de especiais conhecimentos técnicos, artísticos ou científicos, configura um vício que é de conhecimento oficioso e determina a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada. Não é decisão inédita, sendo na doutrina referido também um apelo que sistematicamente é feito, sobretudo em fase de inquérito, às entidades policiais para procederem à avaliação de determinados objetos, numa situação que demonstra a "ligeireza com que as entidades intervêm predominantemente no inquérito [...] encaram este meio de prova, ao quase inteiro arrepio da vontade legislativamente positivada" - cf. RODRIGO, Santiago - Sobre a prova pericial no Código de Processo penal de 1987. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra. ISSN 0871-856 3. A 11. N 3 (2001), pp. 379-412, p. 388, nota de rodapé 19.

probatório tarifado" e assim afastar demais elementos e prova contrários. Ora, não podemos concordar que assim seja porque não só nos parece que os factos em causa exigem especiais conhecimentos e instrumentos técnicos para o seu apuramento, como julgamos ainda que é ao tribunal a quem, no domínio penal, incumbe determinar qual o perito responsável pela realização da perícia e por isso, nessa medida, nunca se poderia abrigar no facto de a perícia perder o interesse simplesmente porque o perito sugerido era funcionário de uma entidade privada que já teria elaborado uma *peritagem* junta aos autos. A essencialidade da prova residirá sempre na complexidade da matéria e será em função que desta deverá ser escolhido o perito. Inverter esta ordem será causar atropelos à lógica da prova pericial[417].

Numa outra decisão a que tivemos acesso, constatamos que um tribunal de 1.ª instância indeferiu o pedido de perícia de psiquiatria requerido por um arguido no decurso da audiência de julgamento. Para fundamentar esse pedido o arguido alegou que no decurso dessa ação tinha sido proferida uma sentença num anterior processo crime por factos idênticos aos que se encontravam a ser julgados, que o havia declarado inimputável em razão de anomalia psíquica, constando ainda assente dessa decisão que o arguido era acompanhado em consulta de psiquiatria, que sofria de stress pós-traumático, tendo estado internado, e que tomava medicação para compensação de anomalia do foro psiquiátrico. Apesar disso, o tribunal de 1.ª instância indeferiu tal diligência probatória por considerar o requerimento meramente dilatório e extemporâneo, referindo ainda que da prova produzida, inclusivamente das suas declarações em audiência, não resultava que o mesmo padecesse de qualquer perturbação grave que o colocasse num estado de inimputabilidade ou imputabilidade diminuída. Ora, mais uma vez: não cremos que o tribunal tenha competência para se pronunciar sobre esta matéria, sobretudo quando há indícios que apontam para uma eventual anomalia psíquica. Aliás, esta decisão viria, como expectável, a ser revogada pela 2.ª instância, que no nosso entender bem decidiu que para efeitos da decisão sobre a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica a prova da anomalia psíquica e sua caracterização constitui facto probando necessariamente objeto de prova pericial, pois trata-se da perceção, avaliação e caracterização de factos que apenas pode ser feita por peritos de psiquiatria forense[418].

[417] Cf. ac. TRC. 24.05.2017. Proc. 536/15.9T9FIG.C1

[418] Cf. ac. TRE. 10.05.2010. Proc. 401/07.3GDSTB-A.E1. Este TRE afastou o argumento da extemporaneidade fazendo aplicação do disposto no art. 351.º do CPP.

Mas esta não foi decisão inédita.

Numa situação próxima, em que arguido estava acusado prática de diversos crimes, entre os quais de violência doméstica, ofensas à integridade física, ameaça e difamação, foi por si solicitado, após início do julgamento, a realização de uma perícia de psiquiatria médico-legal com o propósito de avaliar a existência de alguma causa patológica de inimputabilidade ou imputabilidade diminuída. Justificou o arguido a necessidade dessa diligência probatória não apenas pelos depoimentos de testemunhas ouvidas que identificaram algum tipo de descompensação no seu comportamento, mas também pela informação clínica junta aos autos da qual constava um diagnóstico de "síndromes ou perturbação clinicas", "sintomatologia associada ao distúrbio de stress Pós-Traumático", "perturbação de adaptação", "reatividade fisiológica associada a sintomatologia depressiva e de ansiedade quando partilha situações consideradas por ele como traumáticas". O tribunal de 1.ª instância, mesmo confrontado com esta informação, entendeu indeferir a prova pericial por considerar que tal não seria suficiente para suscitar a questão de inimputabilidade ou imputabilidade diminuída. Novamente viria a ser revogada esta decisão pela 2.ª instância, que admitindo não se mostrar esclarecido no art. 151.º do CPP se a obrigatoriedade da perícia depende da ponderação da autoridade judiciária, firmou não poder ser esquecido que de acordo com o art. 351.º do CPP a perícia deverá ser sempre oficiosamente ordenada quando se suscitem dúvidas acerca da inimputabilidade do arguido ou da sua imputabilidade diminuída e mesmo que ao julgador assista uma certa margem de avaliação sobre se o arguido revela indícios de inimputabilidade ou imputabilidade diminuída, o juízo que formule a tal propósito tem necessariamente de assentar em critérios de razoabilidade, não podendo desconsiderar, p. ex., informação clínica[419].

Julgamos que todas estas situações são evidentes de algumas reservas dos nossos tribunais de 1.ª instância em aceitar a produção de prova pericial, mesmo quando para nós seria evidente a necessidade da sua admissibilidade. E pese embora a revogação destas decisões pelos tribunais de 2.ª instância, não podemos desconsiderar que neste domínio, muito apesar do caráter de necessidade que apontamos à prova pericial nas secções 1.1 e 1.2. da parte II, os tribunais já reconheceram existir uma margem de discricionariedade na decisão de admissibilidade da prova

[419] Cf. ac. TRC. 22.01.2020. Proc. 31/18.4PCCBR.C1.

pericial[420]. Tal evidencia uma tendência de os tribunais reclamarem para si a tarefa exclusiva de decidir em todo o domínio factual, mesmo quando exija especiais competências e mesmo quando não se encontram legitimados cognoscitivamente a decidir. Ora, se esta preocupação faz jus ao exercício exclusivo da função jurisdicional pelos tribunais, cremos que possa afetar os propósitos da prova, impedindo a produção de prova que reveste importância para a descoberta da verdade e boa decisão da causa.

1.1.2. A POLÍTICA ABERTA DE ADMISSIBILIDADE NO CPC

Também no domínio do CPC notamos uma tendência semelhante nos tribunais de 1.ª instância.

Aferimos que num processo em que se discutia o valor patrimonial de um prédio urbano e o valor das benfeitorias que nele haviam sido realizadas, o tribunal de 1.ª instância indeferiu a realização de pericial justificando que a avaliação do valor do prédio deveria ser determinada pelo valor constante da matriz e que a perícia seria "desadequada" a fazer prova do valor das benfeitorias porque teriam sido realizadas no passado, sendo por isso mais adequada para determinação do seu valor a prova documental e testemunhal. Esta decisão viria a ser revogada em sede de recurso pelo TRG, que numa decisão bastante crítica (mas muito justificada) sublinhou o direito das partes à admissão de todas as provas que considerem relevantes para o objeto da causa e que o tribunal só pode rejeitar as provas oferecidas ou requeridas quando se revelem impertinentes ou dilatórias, não as podendo reputar como irrelevantes ou desadequadas à prova de determinado facto por existirem eventualmente outras mais adequadas ao efeito. Nesta decisão da 2.º instância foi bem vincado que quando com este meio de prova se procuram comprovar factos relevantes para o exame e decisão da causa, a perícia revela-se útil e este critério deverá prevalecer sobre as preocupações com a celeridade processual. A decisão da 1.ª instância foi

[420] Veja-se, p. ex., acs. STJ. 22.07.1997. Proc. n.º 97P315 em que se sumariou precisamente "Ao arguido cabe-lhe no direito de requerer a realização de perícias, mas o que dimana do artigo 151 do CPP, não impõe ao tribunal um dever ou uma obrigatoriedade absoluta, no sentido de deferimento de tal diligência de prova. Cabe ao tribunal decidir sobre a realização ou não da aludida diligência. É ao tribunal de primeira instância que cumpre ajuizar da necessidade ou não de ser realizada a perícia". Numa outra decisão, o Tribunal diz ser "recomendável" a realização de prova pericial (ac. TRC. 01.07.2015. Proc. 168/09.0TATND.C2). Sobre o tema, podem ainda ler-se GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal anotado*. 17.ª ed. ver. e atual. Coimbra: Almedina, 2009. ISSN 978-972-40-3777-6, p. 401 e GONÇALVES, Maia Manuel. Meios de prova. *Jornadas de Direito processual penal: o novo Código de Processo Penal.* Coimbra: Livraria Almedina,1988. PP 194-218, p. 208.

então revogada e substituída por outra que ordenou a prova pericial para determinação do valor do prédio e das benfeitorias[421].

Num outro processo em que foi requerida a produção de prova pericial à contabilidade de uma sociedade para aferir a existência de dívidas, o tribunal de 1.ª instância indeferiu a perícia solicitada justificando que a prova pericial apenas tem lugar quando a matéria exija conhecimentos técnicos especiais e não possa ser demonstrada através de prova documental ou testemunhal. Criticando a decisão, o tribunal de 2.ª instância referiu que o despacho não invocou nem poderia ter invocado que a diligência se afigurava como impertinente ou dilatória e que esses seriam os únicos motivos que poderiam justificar o indeferimento desse meio de prova. Deixando bem claro que a análise contabilística exige, efetivamente, especiais conhecimentos, e que a perícia poderia ter a virtualidade de demonstrar factos que constassem da controvérsia do processo, revogou a decisão inicial e ordenou a produção da perícia requerida[422].

Seguindo a mesma lógica um tribunal de 1.ª instância também indeferiu o pedido de realização de uma perícia num processo de insolvência com o propósito de determinar o valor do ativo e do passivo da sociedade a declarar insolvente. A decisão de indeferimento foi motivada pela urgência do processo de insolvência e pela possibilidade de a prova pericial poder ser "facilmente" substituída por outro meio de prova. Novamente esta decisão foi revogada pela 2.ª instância que, salientando o direito à prova das partes como forma de demonstrar a verdade dos factos em que a sua pretensão se funda, sublinhou que no processo se deve "salvaguardar a máxima e efectiva actividade probatória" e ordenou a produção da perícia solicitada[423].

Mais uma vez notamos que em caso de maiores dificuldades em traçar uma fronteira entre as matérias que exigem especiais conhecimentos e aquelas que podem ser decididas à luz da experiência comum, a tendência dos tribunais de 1.ª instância é a de indeferir a prova pericial. Mas se assim é nos tribunais de 1.ª instância, o entendimento generalizado dos tribunais de 2.ª instância é que as diligências probatórias, inclusivamente a prova pericial, só deverão ser

[421] Cf. ac. TRP. 21.03.2007. Proc. 0635835. Numa decisão idêntica em que o tribunal de 1.ª instância considerou não ser necessária a produção de prova pericial para apurar valor de benfeitorias realizadas num prédio, por entender não se exigirem especiais conhecimentos, a 2.ª instância revogou a decisão e ordenou a sua produção - ac. TRG. 05.12.2019. Proc. 6318/18.9T8BRG-A.G1. No mesmo sentido decidiu também o TRG a respeito da avaliação de prédios urbanos e revogou a decisão da 1.ª instância, considerando exigir especiais conhecimentos - cf. TRG. 02.02.2017. Proc. 6420/14.6T8VNF-A.G1.

[422] Cf. ac. TRE. 31.05.2012. Proc. 28/11.5-B.

[423] Assim seria porque, como se escreve no ac. "se não fosse facultada às partes a possibilidade de apresentarem os meios de prova legalmente admissíveis, obtidos de forma lícita, e pertinentes para a prova dos factos que previamente alegaram e cujo ónus de prova lhes compete, não conseguiriam obter o reconhecimento das respectivas pretensões" e por isso não lhes seria possível assegurar o seu direito a uma tutela jurisdicional efetiva - cf. ac. TRG. 23.01.2020. Proc. 5588/19.8T8VNF-A.G1.

indeferidas quando são impertinentes e só assim será se a perícia não for idónea para provar o facto que com ela se pretende demonstrar, se o facto se encontrar já provado por qualquer outra forma, ou se carecer de todo de relevância para a decisão da causa, podendo por isso versar não só sobre factos principais mas também instrumentais, e sem que se exija que a prova pericial seja o único meio de prova disponível, podendo ser o preferencial em face do objeto do litígio[424].

Assim, regra geral nas instâncias superiores, aceita-se uma política aberta de admissibilidade da prova de acordo com o qual a perícia deve ser admitida quando se revela "útil" à decisão da causa, i.e. quando com ela se pretendem comprovar factos que constem da controvérsia do processo[425]. Verificamos também que neste conceito de utilidade a tendência é que não se afaste a prova pericial nas situações em que os factos versados na perícia podem ser provados por outros meios de prova mas apenas as situações em que os factos versados na perícia já se encontram comprovados por outros meios de prova[426] ou quando os factos não exigem especiais conhecimentos[427].

Este entendimento mostra-se então compatível com uma política aberta de admissibilidade de prova pericial e revela que o poder de o juiz indeferir a realização da prova pericial não se mostra um poder discricionário, estando limitado à verificação das condicionantes da impertinência ou caráter dilatório da diligência, assim se tornando vinculado[428]. Assim será porque tem reunido também amplo consenso que o direito à prova reconhecido às partes implica não só o direito de alegarem factos no processo, como também o direito de provarem a exatidão ou inexatidão desses factos, através de qualquer meio de prova, mas ainda o direito a participarem na produção dessas provas porque só estas faculdades asseguram um efetivo acesso ao direito e um processo equitativo[429].

---

[424] Cf. acs. TRG. 05.12.2019- Proc. 6318/18.9T8BRG-A.G1; TRG. 02.02.2017. Proc. 6420/14.6T8VNF-A.G1; TRP. 27.01.2020. Proc. 5818/17.2T8VNG-A.P1; TRE. 11.11.2021. Proc. 115/21.1T8TVR-A.E1; TRG. 23.01.2020. Proc. 5588/19.8T8VNF-A.G; TRG. 21.01.2021. Proc. 847/20.T8BCL-C.G1 ; TRC. 15.12.2015. Proc. 17/15 e STJ. 15.03.2005. Proc 04B4664. Neste último arresto decidiu o STJ que "o poder do juiz indeferir a perícia requerida, embora discricionário em si, é limitado à existência das condicionantes ora referidas e (ora) constantes do artigo 476.º, n.º 1, do NCPC, ou seja, não se trate de diligência impertinente ou dilatória, tornando-se, por isso, vinculado, no sentido de que o juiz para indeferir perícia que lhe seja requerida terá de, legalmente, se fundamentar em qualquer destas condicionantes e não outras, ali não previstas".

[425] Cf. acs. TRP. 21.03.2007. Proc. 0635835 e TRE. 31.05.2012. Proc. 28/11.5-B.

[426] Foi a perspetiva adotada nos ac. TRG. 21.01.2021. Proc. 847/20.T8BCL-C.G1 ; TRG. de 20.10.2011. Proc. 4716/15.9T8VCT-A.G1; TRG. 05.12.2019. Proc. 6318/18.9T8BRG-A-G1 e TRG. 02.02.2017. Proc. 6420/14.6T8VNF-A.G1, que referem que nenhuma diligência probatória será considerada "impertinente" se o facto que com ela se pretender provar puder ser provado por outro meio de prova.

[427] Cf. acs. TRL. 04.06.2014. Proc. 14509/13.2T2SNT-A.L1-4; TRE. 02.05.2017. Proc. 208/14.1ECLSB.E1; TRE. 13.05.2014. Proc. 200/11.8GTEVR.E1.

[428] Cf. ac. STJ. 15.03.2005. Proc. 04B4664. Com particular relevância, este tribunal expressou, de forma clara, que por essa razão o despacho que indefere a perícia é recorrível com fundamento na sua ilegalidade, designadamente por ausência de invocação ou não verificação de qualquer das duas referidas condicionantes.

[429] Por todos, ac. TRG. 23.01.2020. Proc. 5588/19.8T8VNF-A.G1.

Estes são apenas as situações por nós selecionadas a título de exemplo, mas muitas outras situações haverá. Seja como for, entendemos que são demonstrativas das dificuldades na aplicação dos critérios estabelecidos pelo legislador a respeito de quando tem lugar a prova pericial.

A produção da prova pericial parece mostrar-se assim sobretudo mais dependente da necessidade epistémica particular do julgador do que da necessidade epistémica da causa[430]. Algo que não pode deixar de ser refletido porque em cada um destes casos, não fosse a decisão ser revogada pela 2.ª instância, teríamos uma decisão proferida com base numa "ciência privada do juiz". Não bastassem os inerentes riscos de uma decisão assim tomada, assumem os mesmos cada vez mais particulares contornos porque, como já dissemos, se por um lado o progresso técnico e científico tende a esbater as fronteiras entre a cultura média não científica e a ciência, por outro tende a uma maior especialização. Tal como se mostram configurados os recortes legais resulta então que as situações em que esta terá lugar dependerão de uma interpretação mais ou menos forte do que o juiz entende por ciência e dos conhecimentos que julgue dispor. Discutiremos na parte seguinte os problemas que estes recortes levantam à luz das nossas preocupações epistemológicas.

1.2. PRODUÇÃO

Da jurisprudência analisada aferimos outros problemas de igual ou maior gravidade. Identificamos algumas situações em que os tribunais consideraram pareceres como relatórios periciais e valoraram depoimentos de testemunhas como se fossem de peritos. Relembramos a este respeito a posição que assumimos na secção 1.3 da parte III quando procuramos distinguir cada uma destas figuras e apelamos para o que aí referimos sobre as respetivas consequências. Vejamos agora como a *práxis* não se mostrou imune à confusão que evidenciamos[431].

Numa das situações que mais nos chamou atenção, dois médicos anestesistas, acusados da prática de homicídio por negligência, foram absolvidos porque o tribunal julgou que as "perícias médicas" realizadas por "peritos" (eram eles o Presidente do Colégio de Anestesiologia, dois assistentes graduados de anestesiologia e o chefe de serviço de anestesiologia) no âmbito dos

[430] No ac. STJ. 22.07.1997. Proc. n.º 97P315 sumariou-se precisamente que "[é] ao tribunal de primeira instância que cumpre ajuizar da necessidade ou não de ser realizada a perícia".

[431] Não faremos aqui uma exposição separada entre a prática no domínio civil ou penal porque julgamos que, a este respeito, seria infrutífera já que os problemas, além de comuns, resultam de uma desadequada aplicação de regras processuais comuns.

autos disciplinares intentados pela Inspeção-geral da Saúde e em que se concluía que a atuação dos arguidos estaria de acordo com as *leges artis,* se encontravam subtraídas à livre apreciação e por isso prevaleceriam sobre um parecer por um "*professor catedrático convidado da universidade do Algarve, que foi junto no decurso da audiência"* e que o tribunal refere como sendo também *perito* segundo o qual se denotaria algum tipo de negligência na forma como os médios tinham atuado. Acontece que, como muito bem esclareceu o TRE em recurso, nenhuma dessas pessoas poderia ser qualificada como *perito* nem os seus pareceres como *perícias* porque cada um deles deu o seu *parecer* para a Inspeção Geral de Saúde, que não é uma entidade pública a quem o instituto da perícia processual penal reconheça competência para nomear peritos em substituição do MP ou do tribunal e por isso as pessoas por si nomeadas desempenharam as suas funções de *perito* para o inquérito levado a cabo por tal entidade, mas não se lhes poderia reconhecer essa qualidade no processo judicial porque não foram nomeados como tal[432].

Na doutrina, uma magistrada, relatando a sua experiência nas ações cíveis destinadas a efetivar a responsabilidade civil extracontratual por danos que se expressam em lesões corporais, refere ser frequente tais ações serem interpostas pelo sinistrado que junta à petição inicial um relatório elaborado por médico especialista em medicina legal ou com competências em avaliação do dano corporal e que os tribunais, não só se referindo aos mesmos como *perícias* os valoram como se se tratassem efetivamente de perícias, não requerendo a realização de perícia médico-legal quando depois é requerida pela contraparte ou oficiosamente e ordenada ao INMLCF, argumentando já ter sido junto "relatório pericial" ou "relatório subscrito por perito"[433].

---

[432] Conclui, por conseguinte, que tais pessoas participam no processo como testemunhas que emitiram "pareceres" numa área técnico-científica, sem juramento e sem terem sido nomeados pelo tribunal e por isso os seus pareceres não adquiriram a qualidade de juízo científico para os efeitos do disposto no art. 163.º do CPP devem ser apreciados livremente. Salienta o ac. outras incoerências, designadamente pelo facto de se referir como "parecer" a uma "Peritagem médica pedida a 23 de Maio de 2008 pelo Tribunal Judicial de Lagos", tendo sido arrolado como testemunha a pessoa que realizou essa peritagem e depois viria até a prescindir-se da sua participação em troca de um parecer escrito, a pedido do advogado de um assistente, que depois viria a ser ouvido como perito. Lê-se no ac. do TRG de forma incisiva "Todos inquiridos como peritos, qualidade que não têm [...]. Todas estas pessoas só podem ser testemunhas nos autos. Peritos nomeados pelo Tribunal não são certamente. Os documentos que juntaram aos autos são isso mesmo: documentos. Não são perícias. Estão, igualmente, sujeitos à regra da livre apreciação da prova." - cf. ac. TRE. 21.10.2010. Proc. 281/04.0TALGS.E2. De salientar que esta é uma das parcas decisões que evidencia todos estes atropelos e que foi seu relator João Gomes de Sousa.

[433] Cf. LOUPO, Amélia Puna - Avaliação do dano corporal em Direito Civil - a perícia médico-legal: algumas questões práticas. *Julgar* [Em linha]. (dez 2019). [21.06.2021]. Disponível em http://julgar.pt/avaliacao-do-dano-corporal-em-direito-civil-a-pericia-medico-legal-algumas-questoes-praticas/. ISSN 2183-3419, p. 3 e ainda SOUSA, João Henrique Gomes de - A "perícia" técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, *op. cit.,* p. 39. Esta confusão é de tal ordem que João Rato, então diretor do Departamento de Investigação e Ação penal do MP do Porto, chegou mesmo a fazer um apelo à necessidade de se distinguir entre relatórios periciais e documentos, frisando ainda a necessidade de "uma clara distinção legal e jurisprudencial entre prova pericial e prova documental" - cf. ALVES, Tiago Rodrigues - Ministério Público obrigado a pedir autorização para perícias. *Jornal de notícias* (18.05.2019). [09.08.2022]. Disponível em https://www.pressreader.com/portugal/jornal-de-noticias/20190518/281857234993675.

Esta confusão não é mantida exclusivamente pelo julgador, mas também pelos advogados. De facto, este erro também sucede por parte dos advogados que por vezes pretendem que os relatórios médicos, psicológicos e outros similares que frequentemente fazem juntar aos autos, elaborados por pessoas da sua escolha e destinados a fazer a demonstração de factos que lhes aproveitem, valham como prova pericial. Serão exemplos as situações versadas no acs. TRE. 15.05.2012. Proc. 320/09.6PBSTR.E1, TRE. 02.06.2015. Proc. 55/13.8TAABT.E1, TRL. 12.03.2015. Proc. 1743/06.0TVLSB.L1-2 e STJ. 18.06.2009. Proc. 1248/07.2PAALM.S1.

E já demos conta de algumas situações em que, erradamente, os tribunais valoraram um exame ou uma informação pericial como se se tratasse de uma perícia[434]. Mas também há situações em que os peritos são chamados a depor como testemunhas[435].

Daqui concluímos que os tribunais ainda não compreenderem que só estaremos perante perícias quando haja cumprimento de um determinado número de regras de direito probatório formal. De entre estas regras, serão de destacar a necessidade de um despacho a ordenar a sua produção e a designar a quem é incumbida a realização de atividades periciais ao abrigo do quadro legal e vinculada ao objeto fixado no despacho que a ordena. Como resultado, os tribunais atribuem valor reforçado a meios de prova ou meios de obtenção de prova ou a meras informações que não o têm. E que nem sempre são realizados por pessoas dotadas de especiais conhecimentos ou desinteressadas no desfecho da causa[436]. Uma realidade que reveste especial importância no processo penal, em que juízo técnico, científico e artístico inerente à prova pericial se mostra subtraído à livre apreciação da prova.

Outros problemas foram por nós notados na repartição de competências entre peritos de diferentes especialidades e na determinação do tipo de perícia a realizar em face do respetivo objeto. Exemplo paradigmático será a reiterada confusão entre quando deve ser solicitada uma perícia de avaliação do risco de violência na imputabilidade, uma perícia de avaliação dos pressupostos médico-legais de inimputabilidade ou uma perícia para avaliação da personalidade do arguido, realizada para efeitos de avaliação da sua perigosidade e personalidade, e a quem devem ser as mesmas delegadas (a psiquiatras forenses ou a psicólogos forenses)[437]. Esta confusão que parece ser recorrente não é de somenos importância porque ou os peritos nomeados

---

[434] Cf. secções 1.3.1 e 1.3.3 da parte III.

[435] Esta situação já foi denunciada pelos profissionais do INMLCF, por tender a agravar os problemas existentes ao nível dos recursos humanos, e foi também criticada pelo CSM e pelo Provedor de Justiça. No seguimento do repto lançado pelos profissionais do INMLCF, o CSM emitiu deliberação nos termos da qual decidiu fazer circular a deliberação anteriormente tomada em 10.10.2006, nos termos da qual os juízes de Direito deveriam "evitar que peritos do I.N.M.LI. sejam convocados a depor em tribunal como testemunhas" - cf. CONSELHO SUPERIOR DE MAGISTRATURA - *2006-84/D: Instituto Nacional Medicina Legal. Deliberação da Sessão permanente Ordinária de 05.07.2011*. Mereceu também atenção pelo Provedor de Justiça, que relembrou e repetiu a sugestão do CSM - PROVEDOR DE JUSTIÇA - *Relatório - atrasos na realização das perícias médico-legais: implicações sobre a celeridade processual* [Em linha]. 2012. Disponível em https://www.provedor-jus.pt/documentos/Relatorio_INMLCF.pdf. [06.01.2022], p. 53.

[436] Pensamos relativamente à primeira situação num processo em que se discutia um crime de exploração ilícita de jogo e no qual o tribunal valorou como prova pericial um documento junto aos autos com a descrição das cateréticas da máquina apreendida (tratava-se, portanto, de um exame) elaborado por um funcionário da investigação sem os conhecimentos e a credibilidade necessárias para uma perícia (cf. ac. TRE. 02.05.2017. Proc. 208/14.1ECLSB.E1) e relativamente à segunda as situações em que a parte junta um parecer elaborado por pessoas da sua escolha, por si pago, e destinados a fazer a demonstração de factos que lhes aproveitem.

[437] Veja-se, sobre o tema, DIAS, Maria do Carmo Silva - Particularidades da prova em processo penal: algumas questões ligadas à prova pericial. *Revista do CEJ*. Lisboa. ISSN 1645-829X. N 2 (2005). Pp. 169-225, pp. 212 e 213 e ainda VIEIRA, Fernando; GRAÇA, Olindina Graça - Perícias psicológicas *versus* perícias psiquiátricas: as minhas, as tuas e as nossas. Limites, confluências e exclusividades. In PAULINO, Mauro; ALMEIDA, Fátima - *Psicologia, justiça & ciências forenses: perspetivas atuais*. Lisboa, PACTOR, 2014. ISBN 978-989-693-042-4. Pp. 11-27. Veja-se, a título de exemplo na jurisprudência, a situação sobre a qual versam os acs. TRL. 05.12.2008. Proc. 10442/2008-3 e STJ. 18.12.2019. Proc. 733/17.2JAPRT.G1.S1.

se recusam a realizar a perícia para a qual foram nomeados por não disporem de competência sobre o respetivo objeto, ou a perícia é realizada por quem não tem a competência necessária para a realizar[438]. E em face da cada vez maior especialização e do saber segmentado, julgamos que estas dificuldades serão cada mais sentidas na casuística judiciária. E não bastassem os problemas daí decorrentes quanto à qualidade de perícias realizadas por pessoas não idóneas, essa maior especialização potencia ainda a sonegação do risco de desconhecimento de erros judiciais.

Também verificamos algumas dificuldades na determinação da competência e idoneidade dos peritos nas situações em que, não estando pré-definido na lei de forma imperativa a reserva da perícia a determinadas entidades, a sua nomeação fica na disponibilidade do juiz[439]. No retrato que faz desta realidade, o juiz João Gomes de Sousa refere que «[...] qualquer opinião emitida por um "cientista" [...] não obstante a nomeação como perito seja inexistente, a metodologia para chegar às conclusões seja obscura ou os factos que a deveriam basear sejam parciais, falsos ou claramente desvirtuados ou manipulados»[440].

E se todas as situações que aqui expusemos se revelariam suficientes para justificar a necessidade de uma reflexão em torno da produção da prova pericial, esta necessidade conhece uma urgência na sua demanda pelas dificuldades sentidas a jusante aquando da atribuição do seu valor probatório.

1.3. FORÇA PROBATÓRIA

Atento ao distinto valor probatório atribuído ao juízo científico no CPP e no CPC, julgamos ser necessário, na análise que aqui apresentamos, desenvolver uma aproximação separada às dificuldades decorrentes da valoração da prova pericial no domínio penal e cível.

---

[438] Um exemplo disto é retratado no ac. TRG. 30.11.2009. Proc. 459/05.0GAFLG. No processo em causa foi ordenada a realização perícia de autópsia psicológica e de entre os vários quesitos colocava-se à perita psicóloga nomeada se o periciando apresentaria determinados indicadores psicopatológicos. A perita, referindo em audiência que o processo de diagnóstico de indicadores psicopatológicos nos distúrbios mentais pertenceria ao domínio da Psiquiatria, ainda assim referiu que poderia afirmar que dispunha de habilitações para afirmar pela ausência desses indicadores. E ao mesmo processo foi junto um outro relatório psicológico-forense, elaborado por perito psicólogo que apresentou a mesma posição e até se permitiu concluir relativamente à ausência de anomalia psíquica e imputabilidade do periciando. Ora, do nosso ponto de vista os dois peritos extravasaram claramente aquelas que seriam as competências decorrentes das suas habilitações e qualificações e por isso as suas conclusões não deveriam nessa sede terem sido valoradas como *juízos científicos,* mas como opiniões, sujeitas à livre apreciação da prova. e não esquecemos que no caso do perito que se pronunciou quanto à inimputabilidade uma questão mais alta de levanta pois que há uma usurpação da função jurisdicional pelo juiz. Aqui voltaremos mais à frente.

[439] Por exemplo, a situação de um perito que, tendo obtido grau académico das licenciaturas de Engenharia Florestal e Engenharia Agronómica, não se encontrava inscrito na ordem dos engenheiros e por isso se discutia sobre a sua idoneidade para realizar uma perícia sobre a (in)divisibilidade de um prédio urbano - cf. ac. TRG. 17.12.2019. Proc. 21/16.1T8VPC-B. G1.

[440] Cf. SOUSA, João Henrique Gomes de - A "perícia" técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, *op. cit.,* p. 27.

1.3.1. O VALOR (REFORÇADO) DA PROVA PERICIAL NO CPP

Deixamos claro quando apresentamos o quadro legal da prova pericial no CPP no capítulo 1 da parte II desta investigação que o legislador reconheceu um valor reforçado ao juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial por se presumir subtraído à livre apreciação do julgador. Nesse momento esclarecemos que, apesar disso, essa opção não se manifesta como um retorno ao sistema de prova legal e adiantamos algumas problemáticas suscitadas por essa opção. Em aberto deixamos a ausência de norte sobre o tipo de divergência que pode ser suscitada para afastar o juízo técnico, científico e artístico, subtraído à livre apreciação.

Voltamos agora a esse ponto que deixamos solto porque não estando previstos quais os instrumentos legitimadores da divergência (p. ex., falta de coerência discursiva do juízo pericial, ausência de fundamentação da sua cientificidade, regras de experiência, conhecimentos científicos), tem sido a doutrina a suprir esta falta de concretização[441]. Atualmente parece existir um entendimento claramente maioritário de que a fundamentação da divergência do juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial não tem que ter caráter de contraprova, e por isso não se afigura necessária a sua refutação pela demonstração de conclusão contrária ou diferente, bastando-se com a dúvida séria e razoável sobre as conclusões periciais, exigindo-se *apenas* uma divergência que seja justificada por juízos de "idêntica natureza"[442].

Mas também nesta sede a doutrina e jurisprudência não se mostram uníssonas quanto aos cânones de escrutínio judicial do juízo pericial, resultando uma divergência sobre se esses "juízos de idêntica natureza" têm de ser de ordem científica em sentido estrito com fundamento processualmente diverso de um outro juízo pericial (i. e., com base na valoração dos esclarecimentos orais do perito ou dos esclarecimentos e/ou objeções levantadas pelos consultores técnicos ou de pareceres de técnicos especialistas) ou se podem decorrer de outros conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos que o juiz tenha sobre aquela matéria em concreto. Se na primeira hipótese se retira legitimidade ao julgador para se afastar do juízo pericial, impondo que em caso de divergência se realize uma segunda perícia ou se chame o perito ao

[441] Cuidaremos de o fazer no último capítulo, mas podemos adiantar que, de entre a doutrina, assumem particular relevância os contributos de SANTIAGO, Rodrigo - Sobre a prova pericial no Código de Processo Penal de 1987, *op. cit.*; LATAS, António João - Processo penal e prova pericial. In AAVV *Psicologia forense.* Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2853-4. pp. 73-115; TEIXEIRA, Carlos Adérito - 'Indícios suficientes: parâmetro de racionalidade e 'instância' de legitimação concreta do poder-dever de acusar. *Revista Centro Estudos Judiciários*. Lisboa. ISBN 9782020158299. N 1 (2004). Pp. 151-190; DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva - Particularidades da prova em processo penal: algumas questões ligadas à prova pericial, *op. cit.* e ainda SILVA, Germano Marques da - *Curso de Processo Penal, op. cit.*

[442] Assim o refere LATAS, António João - Processo penal e prova pericial, *op. cit.,* pp. 108 e 109.

tribunal (com implicações na celeridade e dificuldades acrescidas na apreciação quando juízos apresentam resultados divergentes), na segunda reconhece-se essa legitimidade, numa perspetiva que pode ser criticada por ser precisamente a falta de conhecimentos especiais que determina a realização da prova pericial.

Na jurisprudência, apesar de encontrarmos decisões nos dois sentidos, parece ser amplamente seguida a primeira posição[443]. São várias as decisões assumindo esse entendimento, proferidas por diferentes tribunais.

Assim, o STJ proferiu um acórdão em que fez constar, no seu sumário:

"[...]

(3) O preceituado representa o abandono da concepção positivista em torno do poder de apreciação da prova pericial, de natureza absoluta, elevando o julgador à qualidade de detentor de um saber enciclopédico, que não possui, cada vez mais carecendo para visão correcta das coisas, de uma cooperação integrada por outros ramos do saber.

(4) O julgador só pode arredar a conclusão inscrita no parecer dos peritos com fundamento num juízo material da mesma natureza - através de nova perícia ou renovação da anterior, a cargo de outros peritos -, e não do seu critério pessoal, nas sua intuições, na sua interpretação pessoal [...]"[444].

Mais recentemente, voltou a seguir a mesma posição, referindo que se esse não fosse o entendimento seria subvertida a "imposição legal" e que mesmo não sendo necessário que o fundamento ascenda a uma natureza de contraprova, será necessário "[...] um juízo crítico que se funde não na sua pessoa, mas em juízos emanados de técnicos, cientistas ou artistas, que enfraqueçam ou anulem o primeiramente emanado"[445] ou ainda que «[n]ão pode, a prova pericial, ser degradada ao conceito de mera "informação", não podendo ser afastada pelo simples confronto com depoimentos prestados na audiência e que por isso o juízo técnico ou científico só pode ser desconsiderado pelo juiz "a. ou afastando a autenticidade das premissas sobre que incidiu e se formou o juízo pericial; b. ou rebatendo-o, com fundamentação de idêntica valia, assente em conhecimentos reconhecidamente semelhantes e argumentos de equivalente densidade técnica e científica»[446].

---

[443] Seguindo a segunda posição, encontramos o ac. TRG. 13.07.2020. Proc. 818/18.8GCBRG-A.G1, em que se firmou "[o] o juízo sobre a prova é necessariamente um juízo global, no sentido de a convicção se formar do escrutínio rigoroso e cuidado de cada um dos elementos probatórios individualmente considerados, mas também de todas eles no seu conjunto, directos e indirectos. A convicção formar-se-á sempre a final, ou seja, avaliada cada e todas as provas, lançando mão das regras da experiência, da lógica das coisas e do normal suceder".

[444] Cf. acs. STJ. 11.02.2004. Proc. 250/04.03; 16.10.2013. Proc. 36/11.6PJOER.L1.S1; 07.02.2018. Proc. 59/15.6GGODM.E1.S1 e TRE. 20.12.2018. Proc. 828/15.7T9STR.E1. Numa outra decisão, mais recente, volta a sedimentar este entendimento referindo que "[n]ão uma crítica material procedente do julgador, alicerçada no seu critério pessoal, na forma particular de subjetivar os resultados, os factos, assente em conhecimentos meramente profanos, tudo sem apoio em conceitos científicos; se o julgador pudesse fundamentar a divergência sem apelo ao critério científico, seria uma forma, clara, de iludir, frustrar o comando imperativo resultante do n° 2, do art. 163°, do CPP, contraditória, até, nos seus termos, caindo-se na proibição a obstar, não se conciliando essa fundamentação própria e interpretação pessoal com a indispensabilidade do apoio científico" - cf. ac. STJ. 21.01.2016. Proc. 1008/08.3GCSTS.P1.S1. Esta é a posição já defendida pelo STJ desde 1993 quando firmou que relativamente ao juízo técnico-científico "[...] a apreciação há-de ser científica também estando, portanto, subtraída à competência do Tribunal" - cf. ac. STJ. 05.05.1993. Proc. 044111.

[445] Cf. ac. STJ. 21.01.2016. Proc. 1008/08.3GCSTS.

[446] Cf. ac. STJ. 24.02.2021. Proc. 34/11.0TAAGH.L1.S1.

Mas constatamos ainda decisões em sentido idêntico proferidas pelo TRG, TRP, TRL e TRE[447].

Cremos estar implícita nesta tendência uma preocupação com uma certa repartição e hierarquia de competências entre perito e julgador, que se reflete numa repulsa da possibilidade de a divergência resultar da aplicação da ciência privada do juiz porque aí, nas questões técnicas, isso significaria confundir-se o juiz com um dos meios de prova porque o estrito juízo técnico-científico é matéria da perícia, enquanto meio de prova, e não como matéria de facto[448].

Já quanto à segunda hipótese, não obstante os méritos que a esta opção podem ser apontados, podemos antecipar as dificuldades na apresentação de divergências de "dignidade compatível com o juízo pericial apresentado"[449], já que tal implicaria que o juiz detivesse, também ele, especiais conhecimentos para debater o relatório. Tal exigiria uma constante formação nas mais diversas áreas e uma formação prévia ao exercício da função. O magistrado seria um magistrado-perito. Acontece que tal pressuporia uma distinta configuração do processo e da magistratura. E pressuporia a possibilidade de um saber enciclopédico. Mas tal não é possível.

Qual o resultado? Para já, parece-nos que o caminho estará a aberto para uma substituição do trabalho judicial pelo trabalho do perito, na medida em que, perante os obstáculos em afastar-se do juízo técnico, científico ou artístico inerente prova pericial, o juiz tenderá a aceitar o dito pelo

[447] A título exemplificativo, encontramos decisões do TRL em que se refere que o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial "apenas pode ser colocado em crise por outro meio de prova idêntico e nunca pela análise de uma testemunha, ou nas declarações do arguido" - ac. TRL. 18.03.2005. Proc. 344/12.9GBCLD.L1-3. Também assim decidiu o TRP. 18.09.1997. Proc. 9840107, que recusou a possibilidade do afastamento das conclusões constantes do relatório pericial decorrente de perícia realizada pelo INML com recurso ao depoimento do assistente e de duas testemunhas, muito apesar de credíveis, por violação art. 163.º do CPP. Mas também o TRG que firmou que «[...] por um lado, [...] a natureza das conclusões dos peritos não admite uma livre apreciação da prova "segundo as regras da experiência comum", pois então a "experiência" [...] teria de ser comum aos elementos com igual formação e conhecimentos; e significa, por outro lado, [...] que o julgador, embora mantendo a inteira liberdade de apreciação da base de facto pressuposta pelo perito, no que respeita ao juízo científico a apreciação que possa levar a cabo há-de ser científica também e estará subtraída, em princípio, à competência do tribunal» - TRG. 27.06.2005. Proc. 895/05-1. Também o TRE já assim decidiu, dizendo que apesar da livre apreciação estará vedada a apreciação com apelo às regras da experiência, à convicção pessoal ou "[...] a qualquer outro critério que não o uso de conhecimentos e argumentos inerentes à área artística, técnica ou científica da perícia» - cf. TRE. 13.05.2014. Proc. 200/11.8GTEVR.E1 e ac. TRE. 02.05.2017. Proc. 208/14.1ECLSB.E1 fazendo apelo à divergência que assente em "conhecimentos materiais supostos na perícia". Fazendo referência ao "especial valor probatório" o ac. TRL. 30.10.2019. Proc. 405/14.0TELSB.L1-3 e à ou "eficácia probatória especial" o ac. TRL. 07.04.2021. Proc. 160/16.9GEACB.L1-3 e à "força probatória está pré-estabelecida legalmente" o ac. TRL. 23.02.2022. proc. 1549/19.7 T9SNT.L1-3.

[448] Cf. GAMA, António et all. - Comentário Judiciário ado Código de Processo Penal, *op. cit.,* pp. 510 e 511. Luíz da Cunha Gonçalves alertava para o facto de na prova pericial (à data designada de *vistoria*) de caráter técnico a liberdade de apreciação do juiz ser "mais aparente do que real" porque o tribunal não teria condições de, com recurso a outras provas, se afastar de um relatório unânime. Afirma expressamente o autor que "em tais casos, os peritos são verdadeiros juízes de facto, embora o juiz tenha de dar aos seus pareceres a chancela inerente à sua autoridade funcional" - cf. GONÇALVES, Luíz da Cunha - *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, *op. cit.,* p. 605.

[449] Usamos a expressão de TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica*, *op. cit.*, p. 339. Concordamos com as dificuldades apontadas pela autora "seja para efeitos de aceitação seja para efeitos de rejeição", mas discordamos da sua conclusão de que o disposto no n.º 2 do art. 163.º do CPP não seja adequado às perícias médico-legais no que diz respeito ao caso particular da responsabilidade penal médica e às suas especificidades. Cremos que, mesmo apesar das dificuldades, o juiz não pode ficar vinculado ao relatório pericial.

perito e a fazer coincidir a decisão da matéria de facto com o juízo por ele apresentado[450]. Veremos se assim será quando continuarmos a análise da casuística realizada na literatura.

Mas as dificuldades não se ficam por aqui. Também a consequência da violação do disposto no art. 163.º CPP tem sido objeto de divergência no seio da jurisprudência. Os tribunais já se decidiram pela irregularidade[451], pela nulidade de julgamento por violação de matéria de direito[452], pela nulidade de julgamento por omissão de fundamentação da convicção relativamente à falta de prova de um determinado facto, pela nulidade do acórdão por no mesmo estar "insuficientemente fundamentado o juízo de imputabilidade alicerçado em convicções pessoais do julgador"[453] ou erro notório da apreciação da prova[454]. Na doutrina, Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques defendem existir, nesses casos, erro notório na apreciação da prova ou insuficiência para a decisão da matéria de facto, por haver uma derrogação infundada da presunção legal[455].

E um esclarecimento mais deve fazer-se. É que conforme decorre da letra da lei, apenas "o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial" se presume subtraído à livre apreciação da prova, já que só esse exige especiais conhecimentos que não se compadecem com a aplicação das regras da experiência comum. Por essa razão, todo o mais que for abordado na perícia e que não exigir especiais conhecimentos, encontrar-se-á na esfera da livre apreciação, sendo lícito ao julgador divergir, sem que haja necessidade de fundamentação "da mesma natureza", porque não é posto em causa o juízo de carácter técnico-científico expendido pelos peritos, aos quais escapa o poder de fixação daquela matéria. Isto significa, então, que em relação à matéria de facto em que se baseia a conclusão pericial, o julgador tem legitimidade para dela divergir, e tal opção é perfeitamente compreensível porque é ao julgador a quem incumbe a função de fixação dos factos, para que dispõe dos adequados conhecimentos jurídicos e da experiência da vida[456].

---

[450] É demonstrativo do que dizemos a afirmação segundo a qual "[...] não é sustentável a ideia da absoluta liberdade na apreciação pelo juiz da prova pericial" que extraímos do ac. TRG. 27.06.2005. Proc. 895/05-1.

[451] Neste sentido, ac. STJ. 15.06.1993. *BMJ.* Lisboa. ISSN 0870-337X. N 428 (1993), p. 448.

[452] Neste sentido, acs. STJ, 05.05.1993. *BMJ.* Lisboa. ISSN 0870-337X. N 441 (1993), p. 441 e STJ. 20.05.1998. Lisboa. ISSN 0870-337X. N 447 (1993), p. 29, ainda que aqui sem apontar-se nenhuma nulidade em concreto; STJ. 05.05.93. *Colectânea de Jurisprudência*. Lisboa. ISSN 0870-7979. Ano 1. T 11 (1993), p. 217 e de 20.05.1998. *BMJ.* Lisboa. ISSN 0870-337X. N 427 (1998), p. 446.

[453] *Vide* ac. STJ. 11.02.2004. Proc. 250/04.03.

[454] *Vide* ac. TRC. 30.04.2014. Proc. 2317/07.4TAAVR.C1 (aqui se afirmando que que o vício de violação do valor da prova legal possa ser tido ou como erro notório na apreciação da prova ou como falta de fundamentação); acs. do STJ. 18.11.1998. Proc. 905/98; 10.12.97. Proc. 1108/98 e de 26.11.1997. Proc. 966/97.

[455] Cf. SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel, SANTOS; João Simas - *Noções de processo penal.* 2.ª ed. Lisboa: Letras e Conceitos, 2011. ISBN 978-989-8305-10-7, p. 740 e também SANTOS, Gil Moreira dos - *O direito processual penal.* Porto: Asa editores, 2003. ISBN 9789724131955, p. 238.

[456] Cf. acs. do STJ. 11.07.2007. Proc. 07P1416; e de 05.11.1997, disponível na *Colectânea de jurisprudência: acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça* (1997). T III, p. 227; mas também TRE. 13.05.2014. Proc. 200/11.8GTEVR.E1 e ainda TRC. 30.04.2014. Proc. 2317/07.4TAAVR.C1.

Uma faculdade que parece não conhecer efeitos na prática porque, aludindo à experiência relatada pelo juiz Desembargador João Gomes de Sousa a respeito do que aqui dissemos, a jurisprudência tem vindo a entender ter sido intenção do legislador "[...] colocar a ciência num patamar superior dos conhecimentos e da razão" e que essa intenção é "[reconduzida] ao ridículo" na prática judiciária, seja pela "corrupção dos factos em que assentam os juízos emitidos" como pela natureza das conclusões dos relatórios periciais mas também pela obscuridade das metodologias utilizadas[457].

1.3.2. A(ILUSÓRIA) LIVRE APRECIAÇÃO DA PROVA NO CPC

Também no capítulo 2 da parte II deixamos claro que o legislador, no domínio civil, sujeitou a prova pericial à livre apreciação do julgador e que por isso o julgador pode afastar-se livremente do juízo científico, seja porque partiu de factos diferentes daqueles que foram aceites pelo perito, seja porque discordou das conclusões apresentadas ou do raciocínio lógico ou metodologia em que se apoiou ou porque os demais elementos de prova permitiram o seu convencimento num outro sentido. E isto sem necessidade de justificar particularmente esse afastamento. Um princípio que vale tanto para a primeira como para a segunda perícia, pelo que a segunda perícia não inutiliza ou invalida a primeira, subsistindo ambas, lado a lado, não se substituindo o resultado da segunda ao da primeira.

Mas tal liberdade parece conhecer limitações. Como reflete o TRC sobre as dificuldades sentidas na apreciação livre e racional da prova pericial:

"[...] Deste princípio decorre, naturalmente, a impossibilidade de considerar os pareceres dos peritos como contendo verdadeiras decisões, às quais o juiz não possa, irremediavelmente, subtrair-se. Uma tal conclusão só se explicaria por um deslumbramento face à prova científica de todo inaceitável e incompatível com os dados, que relativamente à pericial, a lei coloca à disposição do intérprete e do aplicador.

Agora, convém não esquecer o peculiar objecto a prova pericial: a percepção ou averiguação de factos que reclamem conhecimentos especiais que o julgador comprovadamente não domina (artº 388 do Código Civil).

Deste modo, à prova pericial há-de reconhecer-se um significado probatório diferente do de outros meios de prova, *maxime* da prova testemunhal. Deste modo, se os dados de facto pressupostos estão sujeitos à livre apreciação do juiz - já o juízo científico que encerra o parecer pericial, só deve ser susceptível de uma crítica material e igualmente

[457] Cf. SOUSA, João Henrique Gomes de - A "perícia" técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, *op. cit.,* p. 27. Acerca da corrupção dos factos esclarece ser comum que parte ou totalidade dos factos em que são baseadas as conclusões terem aceitabilidade "discutível" ou poderem ser contraditados pelos factos apurados pelo tribunal após produção das demais provas e com recuso aos princípios gerais de apreciação de prova - *ibidem,* pp. 40 e 41.

científica. Deste entendimento das coisas deriva uma conclusão expressiva: sempre que entenda afastar-se do juízo científico, o tribunal deve motivar com particular cuidado a divergência, indicando as razões pelas quais decidiu contra essa prova ou, pelo menos, expondo os argumentos que o levaram a julgá-la inconclusiva[13] (artº 653 nº 2 e 659 nº 2, *in fine*, do CPC). Dever que deve ser cumprido com particular escrúpulo no tocante a juízos científicos dotados de especial densidade técnica ou obtidos por procedimentos cuja fiabilidade científica seja universalmente reconhecida[14].

Mas, em boa verdade, não se deve confiar, de forma ilimitada ou irrestrita, no efeito prático do ditame de que o juiz é o perito dos peritos. Dado que a prova pericial supõe a insuficiência de conhecimentos do magistrado, é difícil que este se substitua inteiramente ao perito para refazer, por si, o trabalho analítico e objectivo para o qual não dispõe de meios subjectivos. Isto significa que, a não ser que sobrevenham novos e seguros elementos de prova, *maxime* uma nova perícia, a liberdade do juiz não o autoriza a estabelecer, sem o concurso dos peritos, as razões da sua convicção.

Por mais que se afirme a máxima de que o magistrado é o perito dos peritos, a hegemonia da função jurisdicional em confronto com a função técnica e se queira defender o princípio da livre apreciação, não é raro que o laudo pericial desempenhe papel absorvente na decisão da causa"[458].

Esta decisão mostra-se particularmente relevante porquanto manifesta, de forma evidente e premente, as dificuldades sentidas pelo julgador na valoração da prova pericial, reconhecendo que, mesmo nos processos de natureza civil, se tem vindo a conferir ao juízo pericial um valor reforçado. Valor reforçado que, no caso citado, mesmo tendo natureza civil, chega a aproximar-se (ou confundir-se?) do valor que lhe é atribuído no CPP. E esta decisão não é inédita. Pela pertinência, citamos parte do sumário de uma decisão proferida pelo TRL que evidencia o mesmo entendimento:

"[...]

5. O juízo técnico e científico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador; o julgador está amarrado ao juízo pericial, sendo que sempre que dele divergir deve fundamentar esse afastamento, exigindo-se um *acrescido dever de fundamentação.*

6. Embora o relatório pericial esteja fundamentado em conhecimentos especiais que o juiz não possui, é este que tem o ónus de decidir sobre a realidade dos factos a que deve aplicar o direito.

7. A força probatória das respostas dos peritos é fixada livremente pelo tribunal - artº 389º do Código Civil"[459].

Colhemos na análise jurisprudencial que desenvolvemos outras decisões que, proferidas ao abrigo da livre apreciação da prova pericial, seguem esta tendência. São mais ou menos frequentes na nossa jurisprudência esclarecimentos a respeito da prova pericial que apontam no sentido de

[458] Cf. ac. TRC. 24.04.2012. Proc. 4857/07.6TBVIS.C1.
[459] Cf. ac. TRL. 11.03.2010. Proc. 949/05.4TBOVR-A.L1-8.

que "[...]não obstante o principio da livre apreciação da prova, o juízo técnico, científico e artístico inerente à prova pericial [...] só deverá ser infirmado ou rebatido com argumentos de igual natureza"[460] ou de que a divergência deve ter uma base científica, não respeitando essa exigência a maior relevância atribuída a testemunhas sem conhecimentos sobre os factos[461] ou que "[...] o julgador não pode, sem fundamentos suficientemente sólidos, afastar-se do resultado das peritagens, sobretudo quando os peritos oferecem as garantias de competência e imparcialidade que aquela formação específica exige [...]"[462].

Não é por isso de estranhar que num outro acórdão expressamente se reconhecesse que "não dispondo o juiz de conhecimentos especiais na área a que respeita a perícia [...] não estará em condições de sindicar o juízo científico emitido pelo perito, afigurando-se, por isso, bem mais ajustada às actuais realidades da vida, a norma do Código de Processo Penal relativa ao valor da prova pericial (artigo 163.º, n.º 1), que estabelece a presunção de que o juízo técnico, científico ou artístico, está subtraído à livre apreciação do julgador [...]"[463].

Também na doutrina notamos quem interprete com reservas esta livre apreciação. Em alguns dos trabalhos doutrinais consultados, encontramos quem defenda que "[o] tribunal não pode colocar a sua opinião acima da do perito nas questões que exigem especiais conhecimentos, tanto mais que assim se poderá subtrair tais questões e uma apreciação justa de quem não é perito"[464] ou que "a

---

[460] A título exemplificativo, ac. TRG. 07.06.2018. Proc. 3/14.8TJVNF.G2. Em sentido divergente decidiu o TRC. 05.07.2006. Proc. 1785/06 quando firmou que a valoração pelo julgador não requere uma crítica material e cientifica, muito apesar reconheça que para resvalar em arbitrariedade a prova deve ser apreciada pelo juiz "segundo a sua experiência, prudência e bom senso, embora não vinculado a quaisquer regras, medidas ou critérios". Esta seria, a nosso ver, a interpretação mais próxima da intenção original do legislador, de acoro com a qual "não se [pode] reconhecer ao juiz a faculdade de desprezar, arbitrariamente, as conclusões dos peritos, antes sendo seu dever tomar o laudo em consideração e atribuir-lhe o valor que entenda que ele merece, em atenção à sua análise crítica e à coordenação com as restantes provas" – cf. ac. TRP. 16.02.1998. Proc. 9751295. No mesmo sentido, mais recentemente, o STJ sumariou, com relevância, que "I - O valor da prova pericial civil não vincula o critério do julgador, que a pode rejeitar, independentemente de sobre ela fazer incidir uma crítica material da mesma natureza, ou seja, dito de outro modo, os dados de facto que servem de base ao parecer estão sujeitos ao princípio da livre apreciação da prova, e o juízo científico ou parecer, propriamente dito, também, não requer uma crítica material e científica.
II - A necessidade de evitar que o princípio da livre apreciação da prova não conduza à arbitrariedade, pressupõe a exigência legal de que a prova pericial seja apreciada pelo juiz, com observância das regras de experiência comum, prudência e bom senso, mas sem se encontrar vinculado a quaisquer regras, medidas ou critérios legais, utilizando como método de avaliação da aquisição do conhecimento critérios objectivos, genericamente, susceptíveis de motivação e controlo." - STJ. 06.07.2011. Proc. 3612/07.6TBLRA.C2.S1.

[461] Cf. ac. TRC. 10.02.2005. Proc. 3984/04. Em causa, a avaliação de dano corporal e a determinação d egrau de incapacidade permanente.

[462] Cf. ac. TRE. 09.03.2017. Proc. 81/14.0T8FAR.E1.

[463] Cf. acs. TRC. 31.05.2011. Proc. 1197/05.9TBGRD.C2; TRL. 07.07.2009. Proc. 61/1996.C1; TRC. 06.12.2011. Proc. 445/09.0TBSEI.C1 que, apreciando um processo de expropriação, reconheceu "[...] não obstante o juiz não estar vinculado ao resultado do laudo pericial, a tecnicidade de que se revestem as questões debatidas no processo expropriativo justifica que se atribua particular relevância a este meio probatório"; e também TRG. 25.09.2002. Proc. 222/02-2; TRG. 11.12.2002. Proc. 1288/02-2 que reconhece que "[m]uito embora a força probatória das respostas dos peritos seja fixada livremente pelo julgador (*peritus peritorum*), o certo é que a força deste princípio esgota-se no poder conferido ao Juiz de poder controlar os critérios utilizados pelos peritos e amoldá-los aos legalmente estatuídos". No mesmo sentido se escreveu no ac. TRE. 09.03.2017. Proc. 81/14.0T8FAR.E1 que « [...] "salvo casos de erro grosseiro ou de aplicação de um critério ilegal, o juiz em regra não estará em condições desindicar o juízo científico emitido pelo perito, havendo que o aceitar, salvo se existirem nos autos outros elementos que possuam o referido grau de segurança, fiabilidade e objectividade". No mesmo sentido se afirmou no ac. TRL. 08.10.2015. Proc. 8264/09.8T2SNT.L2-6 que "[...] se, por definição, o que está em causa [na prova pericial] é a apreciação de factos para a qual são necessários conhecimentos especiais que o juiz não possui, impõe-se concluir que para apreciar esses factos, o juiz irá fundamentar-se principal ou mesmo exclusivamente, nessa mesma prova, por ser a mais idónea para o efeito [...]".

[464] Cf. SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz - *Provas (direito probatório material).* Lisboa: s.n., 1962, p. 512.

livre valoração da prova não permite que o Juiz discorra por caminhos contrários àqueles que para a ciência são indiscutíveis"[465].

Em geral, reconhece-se que mesmo na livre apreciação da prova pericial o afastamento pode ser muito difícil: se o relatório contiver alguma fundamentação e todos os peritos forem unânimes nas conclusões sem que tivessem produzido outras provas que e afastassem das mesmas, então dificilmente poderá o juiz afastar as conclusões dos peritos[466].

Uma tendência que nos permite concluir que a livre apreciação não passará de uma ilusão e que nos faz crer no risco real de transferência da função jurisdicional para o perito.

2. (O RISCO DA) TRANSFERÊNCIA DO OFÍCIO JURISDICIONAL PARA O PERITO E (DA) SUBVERSÃO DOS PROPÓSITOS DA PROVA

Do quadro que acima traçamos resultam evidentes as dificuldades na concretização adequada dos modelos de prova pericial, seja na determinação das situações em que deve ser produzida, seja na determinação do que assim pode ser valorado, seja na determinação do respetivo valor probatório. Ao identificarmos essas dificuldades sentimos com particular acuidade um dos reptos da exaltação do conhecimento científico que enumeramos na seção 2.2 da parte I desta investigação: a difícil articulação da função jurisdicional e pericial e os riscos de atropelos nessa articulação e de o perito se substituir ao juiz na apreciação dos factos ou da prova.

[465] Cf. RODRIGUES, Benjamim Silva - *Da prova penal: a prova científica - exames, análises ou perícias de DNA? Controlo de velocidade, álcool e substâncias psicotrópicas, op. cit.,* p. 587.

[466] Cf. RODRIGUES, Fernando Pereira - *Os meios de prova em processo civil.* 3ª ed. rev. atu. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7020-9, p.141. Noutras palavras, somente outra *prova científica* teria o condão de descaracterizar as conclusões obtidas por uma primeira *prova científica*. Exemplificando: o único meio legítimo para afastar as conclusões apresentadas por um perito num exame de DNA seria outro exame de DNA.

Estes riscos não são teóricos. Aliás, de entre os autores que partilham do interesse sobre o tema desta investigação é comum a denúncia de uma certa "delegação da decisão"[467] da matéria de facto do julgador para o perito.

A jurisprudência assim o comprova quando sumaria, por exemplo:

"IV - Os laudos dos peritos nomeados, pelo tribunal, pela garantia de imparcialidade que oferecem quanto aos intervenientes, devem merecer a preferência do julgador.

V - A decisão dos árbitros constitui uma verdadeira decisão, e não um simples arbitramento; é um verdadeiro julgamento"[468].

Esta não é a única decisão que eleva a participação do perito no processo ao estatuto de decisor. De resto, essa parece ser práxis regular. João Henrique Gomes de Sousa, que já citamos por diversas ocasiões, refletindo sobre aquela que tem vindo a ser a prática judicial, alerta para «[...] uma conduta de demissão da judicatura, que "delega" em peritos, opinantes e emitentes de pareceres a sua função de funda apreciação dos fundamentos de um juízo que se pretenderia exigente»[469].

Também Benjamim Silva Rodrigues, reconhecendo assistirmos a uma presunção de veracidade e legitimidade da prova pericial (e especificamente quando é do tipo *científico*) refere surgir no processo penal «[...] "sacralizada" de tal modo que se poderia falar de um certo "cientifismo decisório" judicial, em que os juízes se limitam a ouvir os peritos forenses e a decidir de acordo com os seus pareceres»[470].

O advogado José António Barreiros, aceitando que possa ser uma afirmação imprópria, não se inibe de afirmar que o que constata na sua atividade é que o "perito é o juiz dos juízes", passando "[...] de perito consultor do juiz a perito quase julgador [...]", já que a evolução global do sistema se tem vindo a caraterizar por "[...] um voto de fé na valia da definição tecnicista em detrimento da sua aferição puramente jurídica [...]"[471].

Indiferente às críticas que se lhe possam ser apontadas, na doutrina identificamos quem defenda que, face à falta de legitimidade epistémica do julgador e o quadro especial das perícias

---

[467] Cf. CALHEIROS, Maria Clara - *Para uma teoria da prova*, *op. cit., passim* e em especial, p. 140 e recorrendo à mesma expressão, evidenciando também a nossa conclusão, SOUSA, João Henrique Gomes de - A "perícia" técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, *op. cit.,* p.52. Não utilizando a expressão, mas denunciando esta realidade, os autores que de seguida se citarão.

[468] Cf. ac. TRP. 20.11.1995. Proc. 9351399.

[469] Cf. SOUSA, João Henrique Gomes de - A "perícia" técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, *op. cit.,* p.40.

[470] Cf. RODRIGUES, Benjamim Silva - *Da prova penal: a prova científica - exames, análises ou perícias de DNA? Controlo de velocidade, álcool e substâncias psicotrópicas*, *op. cit.,* p. 187.

[471] Cf. BARREIROS, José António - Do juiz como perito dos peritos ao perito como juiz dos juízes: a perícia no novo Código de processo penal. In CEJ - *Cadernos do CEJ: Criminalidade e cultura.* Lisboa: CEJ, 1992. ISBN 972-9122-11-3. V II. Pp. 51-57, p. 56.

médico-legais, não fazer sentido a possibilidade de o juiz se afastar do juízo pericial. É o caso de Sandra Tavares, que sustenta a delegação no perito a tarefa de apreciação da prova, assente no pressuposto de que "[...] o juiz não logra atingir qualquer convicção íntima, pois é dado adquirido que ele não domina a matéria a provar, no sentido de se convencer num ou noutro sentido"[472]. Para a autora, "[...] a prova legal que se impõe ao juiz continua a ser livre para quem realmente valora a prova, que, é certo, não se vincula ao peso de critérios rígidos por vezes impeditivos da declaração da verdade material, motivo da crítica dirigida no passado ao sistema de prova legal, antes se vincula aos critérios claros e objetivos da ciência"[473].

Ainda que não perfilhem da mesma conclusão, outros autores já se manifestaram no domínio penal no sentido de, comparativamente com as demais provas, o juiz não ter a facultade de atribuir maior ou menor valor ao juízo técnico-científico, devendo dar por provada a factualidade reportada no relatório independentemente do sentido que pudesse ser apontado pelos demais meios de prova[474].

Estes relatos são, para nós, significativos daquela que é a realidade. Uma realidade que nos impõe uma reflexão sobre o exercício exclusivo da função jurisdicional pelo julgador. Uma realidade que nos impõe também uma reflexão sobre o acerto epistémico das opções legislativas em matéria da prova pericial. É que se os atropelos pelos peritos da função jurisdicional foram denunciados pontualmente por magistrados e advogados nas suas contribuições no foro judicial, o retrato que tem sido apresentado nas conclusões dos estudos empíricos exploratórios sobre o tema apontam também para uma "«ditadura pericial»"[475] da qual o julgador está refém, com necessárias implicações numa subversão dos propósitos da prova judicial.

---

[472] Cf. TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica*, *op. cit.,* p. 343.

[473] Cf. TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica, op. cit.,* p. 344.

[474] Cf. GAMA, António et all - *Comentário Judiciário ado Código de Processo Penal, op. cit.,* p. 507. Vimos já anteriormente o reconhecimento de que o juiz estará «"amarrado"» ao juízo pericial - cf. SANTIAGO, Rodrigo - Sobre a prova pericial no código de processo penal de 1987, *op. cit.,* p. 407. Utilizando a mesma expressão no domínio civil, o ac. TRL.11.03.2020. Proc. 949/05.4TBOVR-A.L1-8.

[475] Cf. SÁ, Fernando Oliveira - A medicina legal em Portugal e a peritagem contraditória. *Boletim do Ministério da Justiça.* ISSN 0870-337 X. N 303 (1981). Pp. 5-20, p. 11. Compreendendo as dificuldades na articulação, o autor alerta para um "manifesto, e natural" "[...] «incómodo jurídico-forense» face a esse possível entendimento do estatuto pericial médico-legal que aponte para um certo modo de "«ditadura pericial»". Os problemas descritos não ocorreram apenas em Portugal, mas nos países da mesma tradição jurídica. Assim, por exemplo, diante do risco de substituição da razão pelo especialista Jordi Nieva, depois de fazer uma aprofunda descrição do problema, salienta que em Espanha esta será uma situação que é a mais comum - cf. FENOLL, Jordi Nieva - *La valoración de la prueba.* Barcelona: Marcial Pons, 2010. ISBN 978-84-9768-757-7, p. 285. Já vimos que também Michele Taruffo se refere a esta situação, tal como Carmen Vázques se refere à atitude derencial dos juízes continentais face à prova pericial e ainda GASCÓN ABELLÁN, Marina - Conocimientos expertos y deferencia del juez (apunte para la superación de un problema), *op. cit.,* p. 349 e DUCE, Mauricio J. - *La prueba pericial: aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina, op. cit.,* p. 45 apontam no mesmso sentido. Em Itália já se pronunciaram sobre o tema DOMINIONI, Oreste - *La prova penale scientifica: glistrumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione.* Milano: Giuffrè Editore, 2005. ISBN 88-14-118565-5, pp. 43 e ss e RIVELLO, Peir - *La prova scientifica.* Milano: Giufrè Editore, 2014. ISBN 9788814188480, pp. 1 e ss. Também um estudo desenvolvido pelo European Expertise & Expert Institute intitulado "Find an Expert" conclui que na tradição romano-germânica os tribunais não acompanham nem controlam o progresso das investigações dos peritos e que inexiste controlo de qualidade sobre o desempenho do perito. Esta foi uma das conclusões a que chegou este projeto, ainda em andamento, que tem por objetivo último reforçar a confiança mútua entre juízes, advogados, peritos e cidadãos da União Europeia em matéria de prova pericial. Para o efeito, foi distribuído a juízes,

Pela pertinência que assumem para esta constatação, vamos agora olhar para estes estudos. Ainda que exploratórios, merecem aqui destaque por retratarem diretamente aquela que é a prática judiciária em contacto com a prova pericial - de diferentes tipos e em contextos processuais distintos - e por se preocuparem em conhecer a perceção que dela têm os diferentes intervenientes.

Comecemos pela tese de mestrado intitulada "A perícia médico-legal nos crimes sexuais", desenvolvida por Diogo Costa. Na sua investigação, o jurista propunha-se conhecer a influência da perícia médico-legal (e concretamente de sexologia forense) nos crimes de abuso sexual, tendo por amostra os processos judiciais que correram na comarca do Porto relativos a crimes sexuais que implicaram invasão do corpo ou contacto físico de natureza, ou em contexto sexual, e abertos na sequência de queixas formuladas entre os anos de 1992 a 1995, num total de 93 processos. Na sua amostra, o autor concluiu que o sentido da informação pericial é, na maior parte das vezes, seguido tanto na decisão do MP de acusação ou arquivamento, como na decisão do juiz, de condenação ou absolvição, e que "[...] a perícia apresenta um carácter indicador da futura decisão judiciária [...]"[476]. As relações que estabeleceu entre as decisões judiciais e os relatórios periciais também podem ser corroboradas a partir da análise que realizou às sentenças judiciais. Concluiu o investigador neste ponto que quando o tribunal decide em sentido contrário à indicação pericial, o relatório pericial não é referido na fundamentação da sentença (à exceção de um caso), mas quando o tribunal decide em conformidade com a indicação pericial e o relatório é confirmativo consta da fundamentação da sentença em 50% das condenações e quando não é confirmativo consta apenas em 25% das decisões.

Mais recentemente, Lúcia Pais apresentou a sua tese de doutoramento intitulada "Uma história das ligações entre a Psicologia e o Direito em Portugal: perícias psiquiátricas médico-legais

advogados, representantes de associações de peritos, câmaras de comércio e ministérios um questionário sobre os diferentes aspetos dos procedimentos de avaliação de peritos nos Estados-Membros da União Europeia. Justiça e académicos e os resultados podem ser consultados no respetivo *site* (https://experts-institute.eu/projets/find-an-expert-rapport-detape/).

[476] Cf. COSTA, Diogo Paulo Lobo Machado Pinto da - A *perícia médico-legal nos crimes sexuais, op. cit.,* p. 222. Quanto à decisão do MP, refere que essa é a situação que se verifica quer o relatório seja confirmativo ou não confirmativo da prática do facto: aquele sentido é respeitado em 69,2% dos casos em que o relatório pericial é confirmativo e em 58,6% dos casos em que o relatório não é confirmativo. De salientar ainda que quando as perícias são confirmativas o número de processos em que há acusação (69,2%) é maior do que o dos arquivados (30,7%), enquanto que no caso de perícias não confirmativas, se passa o contrário: o número de acusações (41,3 %) é inferior ao número de arquivamentos (58,6%). Relativamente ao modo como a informação pericial constante do relatório medico legal é acolhida na sentença de julgamento, constatou o investigador que, tratando-se de relatório pericial confirmativo, em 66,6% dos casos submetidos a julgamento há corroboração judicial da indicação fornecida pela perícia, mas quando o relatório não é confirmativo apenas em 42,1% dos casos é seguido pelo tribunal. Estas diferenças são sugestivas da importância conferida à perícia médico-legal, podendo-se daí extrair-se uma outra conclusão: a de que é atribuída uma diferente relevância à perícia pelo tribunal consoante a sua natureza confirmativa ou não confirmativa - quando a perícia é confirmativa é mais eficaz como instrumento processual para a condenação do que a perícia não confirmativa.

e perícias sore a personalidade como analisadores"[477]. A investigadora procurou conhecer as interferências mútuas entre Direito e Psicologia de um ponto de vista empírico. Das conclusões que mais nos interessam, será de destacar a de que nos trezentps e quarenta e cinco processos por si analisados - sendo trezentos e dezanove relativos a perícias psiquiátricas médico-legais e vinte e seis relativos a perícias de personalidade, realizadas no IRS e na delegação de Coimbra do agora INMLCF, realizadas desde 1967 até 2000 - quando o tribunal se decidiu pela inimputabilidade do arguido "[...] todo o processo decisional girou, nestes casos, em torno das conclusões dos peritos"[478]. Refere mesmo a autora «[t]al como acontece com os magistrados, os peritos médicos decidem. Ao longo de séculos eles têm tomado decisões acerca das pessoas, da vida e da morte, podem, portanto, ser afirmativos, ninguém questiona a sua legitimidade: eles constituem o pilar fundamental da estratégica "bio-política"»[479].

Mas outros estudos, ainda que de dimensão mais reduzida e versando sobre outro tipo de perícias também parecem assim concluir.

Numa dissertação de mestrado apresentada em 2011 intitulada "Perícias forenses de agressores conjugais: caracterização e impacto nas sentenças judiciais", Ana Faria procurou perceber qual o impacto da perícia psicológica, realizada aos agressores conjugais, na tomada de decisão judicial sobre os alegados atos criminais por eles cometidos. Apesar de reduzida a amostra, a investigação confirma o que tem vindo a ser dito: em 57,1% dos casos a sentença corroborou as conclusões apontadas no relatório pericial. Nesse estudo constatou a investigadora que em 57,1% houve uma concordância total com a perícia, numa sentença houve concordância parcial e 35,7% das decisões não foram consonantes com os resultados apontados no relatório pericial[480]. Indo mais longe, verificou que em quatro das sentenças analisadas foram apresentadas transcrições diretas de frases constantes do relatório pericial, sendo que apenas duas tenham assumido maior dimensão; em cinco sentenças foram mencionados aspetos constantes do relatório pericial e em igual número foi feita uma mera alusão à perícia realizada. Já quanto à

[477] Cf. PAIS, Lúcia Maria de Sousa Gomes Gouveia - *Uma história das ligações entre a Psicologia e o Direito em Portugal: perícias psiquiátricas médico-legais e perícias sore a personalidade como analisadores, op. cit.*

[478] Cf. *ibidem,* p. 284.

[479] Cf. *ibidem,* p. 342. E se assim é num plano mais amplo, essa influência também se verifica na tomada de decisão. Analisando os vários relatórios, a autora concluiu que esses mesmos relatórios periciais estavam a contribuir para que a culpa pudesse ser tomada na determinação da medida da pena e não numa perspetiva finalista em que a culpa se encontra livre de elementos psicológicos, configurando-se como pressuposto e não como medida da pena. Afirma assim que os relatórios periciais apresentam um discurso que permite uma "[...] efetiva participação dos conteúdos na determinação da culpa dos agentes dos crimes" - *ibidem*, p. 300.

[480] Cf. FARIA, Ana Filipa Alves - *Perícias forenses de agressores conjugais: caracterização e impacto nas sentenças judiciais, op. cit.,* pp. 16 e ss. A autora analisou catorze perícias forenses, realizadas pela UCPJUM, entre 2005 e 2010 e comparou-as com a sentenças judiciais proferidas nos processos em que as mesmas foram realizadas. Cita a autora uma dessas sentenças, em que se escreveu "Não foi feita qualquer prova convincente e segura quanto aos mesmos de forma a influenciar a convicção deste Tribunal (...)".

prestação de depoimento em audiência de julgamento, a investigadora aferiu que tal só se verificou em 11,8% dos casos por si analisados[481]. Versando ainda sobre outras questões que se mostram já afastadas no nosso campo de investigação (p. ex., quantas entrevistas foram realizadas, quem foram os entrevistados, que tipo de entrevista foi realizada), a investigadora encerrou a sua investigação afirmando que a perícia se revela "[...] um *instrumento muito útil* [...]"[482] no processo de tomada de decisão judicial. Não podemos deixar assim de sublinhar que mais uma vez os dados existentes confirmam o que temos vindo de dizer.

Uma outra dissertação de mestrado, intitulada "Regulação do poder paternal: impacto da perícia psicológica na decisão judicial", apresentada em 2008, teve por objetivo compreender de que forma a perícia influenciava a decisão judicial nos casos de responsabilidade parental. O investigador analisou vinte e seis processos judiciais - com sentenças proferidas entre 1998 e 2007 - em que foi requerida perícia à UCPJUM e concluiu que todas as sentenças analisadas estavam de acordo com as conclusões constantes do relatório pericial[483].

Essa conclusão viria a ser corroborada em 2017 por Joana Gonçalves, na sua tese de mestrado intitulada "Abuso sexual de adolescentes: caracterização e impacto das perícias psicológicas forenses nas decisões judiciais"[484] e ainda por Rafaela Vilela também na sua tese de mestrado "Avaliação psicológica forense do abuso sexual de crianças: caracterização - impacto nas decisões judiciais"[485]. Nesta última, tendo analisado dezassete decisões judiciais proferidas entre 2008 e 2016 em processos em que foi realizada perícia de avaliação psicológica, a investigadora constatou que em 82,35% das situações a concordância da decisão judicial face ao

[481] Este número reduzido também se verificou na investigação desenvolvida por Gabriela Maria Figueira Martinho, que tendo analisado catorze perícias psicológicas forenses e os processos no âmbito dos quais foram realizadas, atestou que apenas num deles foi solicitada a presença do perito em sede judicial - cf. MARTINHO, Gabriela Maria Figueira - *Crimes sexuais contra mulheres adultas: da avaliação forense à decisão judicial* [Em linha]. Braga: Escola Psicologia. Universidade do Minho, 2011. [11.02.2022]. Disponível em http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/18642, p. 14.

[482] Cf. FARIA, Ana Filipa Alves - *Perícias forenses de agressores conjugais: caracterização e impacto nas sentenças judiciais, op. cit.,* p. 29.

[483] Cf. MACHADO, A. P. - *Regulação do poder paternal: Impacto da perícia psicológica na decisão judicial.* Braga: Universidade do Minho, 2008.

[484] Cf. GONÇALVES, Joana - *Abuso sexual de adolescentes: caracterização e impacto das perícias psicológicas forenses nas decisões judiciais* [Em linha]. Braga: Escola Psicologia. Universidade do Minho, 2008. [11.02.2022]. Disponível em https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/48226.https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/48226. Nesse trabalho de investigação foram analisados quarenta e nove processos em que foram realizadas perícias, mas, por falta de colaboração dos tribunais, a autora apenas logrou obter informação relativa a trinta e quatro processos, dos quais sete foram arquivados e assim a sua amostra ficou reduzida a vinte e seis processos, dos quais cinco eram relativos a casos de abuso sexual com adolescentes portadores de défice cognitivo. A análise desses permitiu aferir que a concordância entre a decisão judicial e o relatório pericial em casos de avaliação de adolescentes com padrões de desenvolvimento normativo foi maioritariamente total ou parcial uma vez que apenas em 18.2% das situações não existiu correspondência. Todavia, não deixa de sublinhar que nas avaliações dos indivíduos com défices cognitivos não existiu total aproximação da decisão ao relatório pericial.

[485] Cf. VILELA, Rafaela - *Avaliação psicológica forense do abuso sexual de crianças: caracterização - impacto nas decisões judiciais* [Em linha]. Braga: Escola Psicologia. Universidade do Minho, 2008. [11.02.2022]. Disponível em https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/48215.

relatório pericial foi total, i. e., quando o parecer emitido pelo perito foi conclusivo em relação à ocorrência de abuso o arguido foi condenado, e quando o parecer foi inconclusivo o arguido foi absolvido.

O que expusemos permite-nos, estamos em crer, concluir que existe, de facto, uma tendência generalizada de concordância - total ou quase total - entre as conclusões emitidas no relatório pericial e decisão judicial[486]. Mas mais do que isso: uma concordância que decorre sobretudo de uma tendência para aceitação acrítica da prova pericial produzida. De facto o que resulta documentado parece evidenciar uma atitude deferencial do juiz para com a prova pericial, marcada por uma aceitação acrítica do que é expresso nos relatórios periciais[487].

Esta falta de controlo judicial sobre a fiabilidade do que é referido pelo perito pode ter sérias implicações a um nível epistémico porque permite aceitar como válido conhecimento não confiável. Uma atitude que culmina numa espécie de ««"desjudicialização" da prova científica»[488] e pode até mostrar-se dificilmente articulada com o nosso modelo processual, que atribui a juízes independentes e imparciais a tarefa de decidir e valorar, de acordo com o princípio da livre apreciação, os factos e as provas. É que esta atitude de aceitação mais ou menos acrítica, faz do "juiz [...] refém do perito"[489] e anuncia uma transferência da junção jurisdicional, que parece instituir um novo sistema de prova, fundado na autoridade dos peritos[490].

---

[486] Ainda sobre esta conclusão sugerimos a leitura de GONÇALVES, Rui Abrunhosa - Psicologia forense em Portugal: uma história de responsabilidades e desafios. *Análise Psicológica*. Lisboa. ISSN 0870-8231. V 28. N 1 (2010). Pp. 107-115, pp. 109 e ss. Este autor, importa referir, foi orientador de muitas destas teses de mestrado que referimos anteriormente e colabora frequentemente no sistema judicial como perito em psicologia forense. Não é o único que o afirma. Dois dos magistrados ouvidos num outro estudo empírico a que já nos referimos consideraram raro existir divergência entre a perícia e a sentença, reconhecendo que, especificamente a perícia psicológica, é um instrumento de trabalho muito importante e com um papel fulcral na formação da convicção do julgador - cf. MACHADO, Andreia; MATOS, Marlene - Regulação das responsabilidades parentais: discursos dos magistrados sobre a prática pericial, *op. cit.*

[487] Sobre a acriticidade com que a prova pericial é recebida leia-se a crítica desenvolvida por SOUSA, João Henrique Gomes de - A "perícia" técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, *op. cit.,* 27 que, atendendo à sua vasta experiência profissional, refere serem sérios os riscos de se assentar uma decisão judicial numa opinião de um perito, já que frequentemente são aceites sem contestação e sem a pretensão de serem validadas objetivamente. Julgamos serem muito evidentes as citações que já apresentamos desta obra.

Já muito antes estas preocupações foram manifestadas por numa ação de investigação de paternidade em que o relatório médico-legal pode encontrar-se ferido de vícios graves, de falhas técnicas (p. ex. utilização o método desadequado), desacordo entre premissas e conclusões, mas "o juiz, por manifesta falta de conhecimentos técnicos, não se apercebe e julga, de olhos fechados, é o termo, de acordo com o apontado pela peritagem" - cf. LEITÃO, Hélder Martins - *Da instrução em processo civil: das provas*. 2.ª ed. Porto: ECLA Editora: 1990. ISBN Porto: Ecla Editora. 1991. ISBN 972-9427-07, p. 83.

[488] É este o retrato feito da nossa realidade - e não nos afastamos dele por chegarmos à mesma conclusão - feito por RODRIGUES, Benjamim Silva - *Da prova penal: a prova científica: exames, análises ou perícias de DNA? Controlo de velocidade, álcool e substâncias psicotrópicas, op. cit.,* p. 21.

[489] Cf. SGANZERLA, Rogério Barros - A mistificação da prova pericial como forma de busca da verdade. *Revista de Direito e Liberdade* [Em linha]. V 14, N 2 (2012). Pp. 235-253 [02.02.2022]. Disponível em https://redib.org/Record/oai_articulo775379-a-mistifica%C3%A7%C3%A3o-da-prova-pericial-como-forma-de-busca-da-verdade. ISSN 2177-1758, p. 247. Apesar de ser referido relativamente à realidade brasileira, é igualmente o que sucede na nossa prática judicial.

[490] Esta consequência é referida por ABELLÁN, Marina Gascón - Conocimientos expertos y deferencia del juez (apunte para la superación de un problema), *op. cit.,* p. 349. Nas palavras de Mauricio Duce há um "risco de substituição" - cf. DUCE, Mauricio J. - *La prueba pericial: aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina, op. cit.,* p. 45. Em sentido contrário afirmou-se Affonso da Costa, que defendia não haver risco de transferência e que seria inadequada outra solução porque além da falta de conhecimentos e falta de compreensão dos tribunais de matérias de maior complexidade, era sempre impossível reprodução os factos perante o

Ora, no nosso modelo processual é inegável a impossibilidade de delegação das funções jurisdicionais para o perito, não sendo possível aceitar qualquer forma de abandono, transferência ou deslocamento do dever de julgar para um "juiz de toga branca"[491], substituindo o juiz de beca. Aceitá-la desnaturaria a garantia constitucional de uma tutela jurisdicional efetiva, de forma que não é possível acolher a ideia de subordinar o juiz ao parecer do perito, que, como todo e qualquer meio de prova, deverá ser valorado pelo juiz. E mesmo que se alegue que esta atitude não só é equacionável como compreendida face à ausência de conhecimentos especializados pelo juiz, o problema assinalado não se mostra ultrapassado.

Tudo o que aqui dissemos assume uma dimensão acrescida quando lembramos que o apelo ao valor dogmático da prova pericial (e particularmente da *prova científica*) reforça duplamente a legitimidade da decisão e desencadeia uma demissão e desresponsabilização do juiz pela decisão final[492]. De facto, a "validação quase mecânica"[493] da fiabilidade da prova pericial traduz-se numa confiança tácita generalizada e numa hierarquização de competências entre saberes científicos e não científicos, fruto da dependência do conhecimento e da "caixa negra"[494] em que se desenrola a atividade pericial e que só os peritos se encontram preparados para abrir.

No capítulo 2 da parte I avançamos como hipótese justificativa para esta sobrevalorização da ciência a difusão, de entre os juristas, do mito da infalibilidade dos seus resultados, muito por uma deficiente cultura científica que partilham, mas também na decorrência de uma forma de comunicação inadequada dos seus resultados por parte dos especialistas. De seguida, procuraremos comprovar se assim o é.

2.1. O MITO DA INFALIBILIDADE DA CIÊNCIA: A DEFICIENTE CULTURA CIENTÍFICA E A CRENÇA NAS POTENCIALIDADES DA CIÊNCIA

tribunal, que estaria por isso dependente de terceiros para os conhecer - cf. COSTA, Affonso - *Os peritos no processo criminal, legislação portugueza: crítica, reformas*, *op. cit.*, p. 244.

[491] Cf. Carlos Alberto Carbone *apud* SONEGHETI, Victor - *O recurso à ciência no processo: a prova científica no direito processual civil brasileiro* [Em linha]. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, 2012. Dissertação de Pós-Graduação. [10.08.2022]. disponível em https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/2727/1/tese_5699_Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Victor%20Sonegheti%20-%20O%20Recurso%20%C3%A0%20Ci%C3%AAncia%20no%20Processo%20-%20A%20Prova%20Cient%C3%ADifca%20no%20Direito%20Processual%20Civil%20Brasileiro.pdf, p. 91.

[492] Esta mesma conclusão é apresentada por RODRIGUES, Benjamim Silva - *Da prova penal: a prova científica: exames, análises ou perícias de DNA? Controlo de velocidade, álcool e substâncias psicotrópicas, op. cit.,* p. 21.

[493] Cf. SANTOS, Filipe José da Silva Cardoso - *Genética forense, justiça e média em Portugal: elementos de co-produção num estudo de cinco casos criminais* [Em linha]. Braga: Instituto de Ciências Sociais, 2015. Tese de Doutoramento. [04.06.2022]. Disponível em http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/36678, p. 219.

[494] *Vide* secção 2.1 da parte I. A expressão é de SANTOS, Filipe José da Silva Cardoso - *Genética forense, justiça e média em Portugal: elementos de co-produção num estudo de cinco casos criminais, op. cit.,* p. 223 e 138.

O que até aqui foi por nós analisado será suficiente para afirmarmos que na prática judiciária a ideia de que o conhecimento dos factos é frágil, relativo e falível não atingiu por igual todos os tipos de factos e de provas. Tomemos como exemplo as *provas científicas*, que são aquelas que nos ocupam: diferentemente das demais, baseadas em máximas de experiência ou em leis de probabilidade de fraca base epistémica e aplicadas sem uma metodologia *científica*, as *provas científicas,* assentes num raciocínio dedutivo, em leis consideradas universais e aplicadas dentro de uma própria metodologia científica, são tomadas como aproximações inquestionáveis da verdade. É-lhes reconhecida, por essa razão, uma carga valorativa própria, distinta, designadamente da prova testemunhal, relativamente à qual se questiona imediatamente da sua credibilidade e fiabilidade. Como resultado, curiosamente contracientífico, acreditamos que essas provas nos fornecem uma "verdade elevada"[495] que nem sequer é passível de contraditório.

O que aqui dizemos é uma constatação da realidade vivida nos nossos tribunais que tem desde logo fundamentação empírica numa das investigações por nós já referida sobre o emprego da prova por DNA na judicatura portuguesa e no qual concluiu o autor, depois de ouvidos magistrados, advogados e peritos, que esta é uma prova "irrefutável" ou "incontraditável"[496] e que se mostra generalizada na praxis que a passagem pelo laboratório "certifica" a qualidade e boas práticas na produção da prova de DNA. Consequentemente, não só se mostram reduzidos os cuidados na sua apreciação, como se permite um menor um esforço argumentativo ao julgador para fundamentar racionalmente a decisão, bastando como suficiente afirmar a existência de *provas científicas* concordantes com a decisão tomada.

Mas esta ideia de que as chamadas *provas científicas* permitem fazer afirmações categóricas e irrefutáveis resulta de uma deficiente cultura de entre os juristas sobre como opera a ciência. De fato, conforme já dissemos, esta visão irreal da ciência como potenciadora de gerar certezas absolutas sem possibilidade de erro deve ser rejeitada não só porque a realização da atividade pericial pode enfraquecer a qualidade epistémica dos seus resultados (p. ex. pela

[495] Cf. GASCÓN ABELLÁN, Marina; LUCENA MOLINA, José Juan; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Joaquín - Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinary, *op. cit.*

[496] Cf. SANTOS, Filipe José da Silva Cardoso - *Genética forense, justiça e média em Portugal: elementos de co-produção num estudo de cinco casos criminais*, *op. cit.,* p. 210. Pela relevância, tomamos a liberdade de apresentar duas citações que integram esse estudo e que bem evidenciam estes resultados: "Eu creio que toda a prova que aparece com aparato científico num tribunal é uma prova que não é discutida. É uma prova quase sem contraditório", afirmação proferida por um Procurador e "Da investigação do DNA - ou DNA, como quisermos - o valor da prova é quase 100%... 99, 9999, o restante que falta, do meu ponto de vista é perfeitamente irrisório...", afirmação proferida por um Juiz - pp. 218 e 219. A mesma conclusão é assumida por Benjamim Silva Rodrigues que recorre à expressão «"automatismo matemático incriminatório"» que reputamos como muito clara e bem evidenciadora desta realidade - RODRIGUES, Benjamim Silva - *Da prova penal: a prova científica - exames, análises ou perícias de DNA? Controlo de velocidade, álcool e substâncias psicotrópicas*, *op. cit.,* p. 594.

eventual execução deficiente do método científico ou pela contaminação dos vestígios[497]), mas também porque muitas vezes existem vários métodos de análise possíveis com diferentes graus de aceitação na comunidade científica, ou porque a maioria das leis em que assentam esses métodos têm natureza estatística e, consequentemente, os resultados só podem ser estruturados de acordo com padrões de verossimilhança. É que como vimos já na secção 2.1 da parte I, mesmo no caso das ciências mais exatas, ou daquelas que reputamos como o santo Graal, como a prova por tecnologia DNA, não é possível uma identificação absoluta, mas uma identificação relativamente à qual se possa falar com um certo grau de segurança. Por essa razão, vários autores já chamaram atenção para o facto de ser ilusória a ideia de que a *prova científica* possa dar garantias de absoluta certeza na apuração dos factos ou que nos permite alcançar a reconstrução dos factos juridicamente relevantes na sua totalidade, discutindo-se até se a *prova científica* pode ser a única prova a suportar uma decisão condenatória[498].

Mas isto não acontece exclusivamente em contexto de prova genética, verificando-se também em situações em que a prova pericial não conhece o mesmo elevado grau de fiabilidade científico e das quais se espera, do perito, resposta cabal para os factos em discussão sem considerar os limites do conhecimento e os limites das funções periciais.

Apresentamos, de seguida, duas situações típicas: o juízo sobre a chamada presunção de intenção de matar e o juízo sobre a inimputabilidade do arguido. Se a primeira foi durante muito tempo uma questão controversa, hoje parece ser unânime que tanto o juízo sobre a intenção de matar como da inimputabilidade são juízos da exclusiva competência do juiz por se tratarem de

[497] Este seria mais um tema muito acutilante de se mergulhar, mas se nos sentíssemos tentados a fazê-lo com a atenção merecida correríamos sérios riscos de divagar e afastarmo-nos dos aspetos que se mostram mais relevantes para a nossa investigação. Apesar disso, não podendo ser desconsiderado, será objeto de análise do ponto de vista daquela que é a prática em Portugal no capítulo IV. Precisamente para desmistificar esta ideia. Sem prescindir do que aí dissermos e da bibliografia que indicarmos, cremos ser pertinente relembrar da importância do relatório apresentado pela National Academy of Sciences e das concluões aí apresentadas a respeito que mencionamos no capítulo 2 da parte I Também muito interessante é a obra intitulada *Inside the cell: the dark side of forensic DNA*, já que nela também se revela o lado habitualmente desconhecido dos laboratórios que realizam as perícias de DNA e se aponta a falta de supervisão, as violações da recolha de vestígios e contaminação de locais (inclusivamente a recolha de vestígios de DNA de uma pessoa num determinado local quando essa pessoa nunca esteve nesse local); erros na interpretação de dados estatísticos cometidos por juízes, etc. - MURPHY, Erin E. - *Inside the cell: the dark side of forensic DNA.* New York: Nation Books, 2015. ISBN 9781568584690. Pode também ler-se uma recensão a esse artigo escrita por RAM, Natalie - Inside the Cell:The Dark Side of Forensic DNA. By Erin E. Murphy. *Journal of Law and the Biosciences* [Em linha]. V 3 I 2 (2016). Pp. 426-435. [23.02.2022]. Disponível em https://academic.oup.com/jlb/article/3/2/426/1751222. ISSN 2053-9711. Caso o leitor se questione se esta leitura que as autoras fazem do que sucede nos EUA será também uma realidade vivida no nosso país, sugerimos a leitura da secção 2.2.2.2 da parte V.

[498] Por todos, SANGERO, Boaz; HALPERT, Mordechai - Why a conviction should not be based on a single piece of evidence: a proposal for reform. *Jurimetrics* [Em linha]. V 48 (2007). Pp. 43-94. [21.02.2022]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1651474. ISSN 00226793 e RIVELLO, Peir - *La prova scientifica, op. Cit.,* p. 62. E assim se compreende: se for encontrada uma impressão digital no local do crime que corresponda à pessoa X, tal não prova por si que tenha sido a pessoa X praticar o crime, mas apenas que a pessoa X tocou no local onde foi encontrada a sua impressão digital; ou facto de se encontrar esperma no corpo da vítima, pertencente à pessoa Y, não será suficiente para concluir que terá sido Y o autor do crime; assim como não será prova bastante descobrir que um cabelo, de uma identificada pessoa, encontrado no corpo da vítima, para concluir que seja a autora do crime. Em Portugal também já se pronunciou sobre o tema DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva - Particularidades da prova em processo penal, *op. cit.,* p. 188.

conclusões a extrair pelo tribunal com base na globalidade da prova produzida[499]. Mas na análise jurisprudencial que realizamos fomos confrontados com situações, recentes, em que o tribunal não só aceita que esse juízo seja referido pelo perito, como delega verdadeiramente no perito esse juízo.

Num dos relatórios apreciados pelos nossos tribunais consta das conclusões que "[a] *localização, natureza, caracteristicas, n.º de lesões traumáticas infligidas e ainda a violência empregue na sua produção constituem, por si só, elementos idóneos para poderem provocar a morte do ofendido sendo, cumulativamente, estes achados sugestivos de etiologia médico-legal homicida como é aventado na informação"*. Pese embora a 1.ª instância e o TR tenham divergido quando aos fundamentos fáticos que poderiam justificar o afastamento desta afirmação, certo é que nenhuma das instâncias assinalou que tal juízo não impendia sobre o perito mas sobre o tribunal e constatamos até que o TRE ordenou a conclusão pela intenção de matar na decorrência desta mesma afirmação[500].

Igualmente constatamos ser frequente o entendimento dos tribunais superiores de que o juízo de inimputabilidade em si mesmo - e não a conclusão sobre a existência de anomalia psíquica - integra o juízo inerente à perícia médico-psiquiátrica e, assim, subtraído à livre apreciação da prova. Efetivamente, observamos no histórico processual de um dos processos que examinamos a realização de duas perícias médico-legais que, apresentando conclusões contraditórias entre si, se manifestavam ora pela invocação da inimputabilidade em razão da anomalia psíquica, ora pela exclusão da inimputabilidade do arguido, ainda que admitisse ser possível a existência de uma diminuição em grau ligeiro dessa imputabilidade[501]. Em nenhuma destas situações os tribunais

---

[499] Enquadrando a intenção de matar na matéria de facto a apurar pelo tribunal face à diversa prova ao seu alcance e segundo as regras da experiência e a livre convicção do julgador, *vide,* a título exemplificativo, acs. TRP. 09.10.2013. Proc. 136/09.2TAESP.P1; STJ. 12.02.1998. Proc. 97P1120; STJ. 10.11.2004. Proc. 2146/04. No mesmo sentido já se pronunciaram alguns especialistas em medicina legal, esclarecendo que, do ponto de vista médico-legal, não se poderá afirmar se houve ou não intenção de matar - foi o caso de COSTA, J. Pinto - Vontade de matar. In COSTA, J. Pinto - *Ao sabor do tempo: crónicas médico-legais*. Porto: IMLP, 2000. V I. Pp. 167-170, p. 168. Apesar disso, assume que "a informação sobre a presunção que o médico-legista proporciona ao Tribunal é decisiva para a Justiça". Hoje, como dissemos, julgamos ser entendimento unânime que não é o perito que diz ao juiz qual a intenção do arguido, mas são os ferimentos que pelas suas caraterísticas, sugerem "a nível apenas de presunção" se pode ter havido tal intenção, cabendo ao juiz decidir em função dos demais elementos contantes do processo - cf LATAS, António João - Processo penal e prova pericial, *op. cit.,* pp. 97 e 98. Quanto à decisão da inimputabilidade ser da exclusiva competência do juiz veja-se o nosso artigo Entre Direito, Psiquiatria e Psicologia: interdisciplinaridade da inimputabilidade. In CALHEIROS, Maria Clara - *Estudos de Direito, ciência e prova* [Em linha]. Braga: EDUM, 2019. [22.02.2022]. Pp. 49-77. Disponível em www.bit.ly/direito-ciencia-prova. ISBN 978-989-54587-0-7 e a revisão de literatura nele desenvolvida.

[500] Aliás, o TRE referiu expressamente "[v]erifica-se erro notório na apreciação da prova se no relatório da autópsia se conclui que houve intenção de matar por parte do arguido e o tribunal recorrido não só contrariou a perícia quanto à intenção de matar, como a contrariou fora do específico campo do conhecimento científico em causa, fazendo apelo a declarações e ausência de depoimentos que afrontam o senso comum" - cf. ac. TRE. 25.09.2018. Proc. 1064/16.0GDSTB.E1. Outros exemplos de processos em que no relatório o perito se pronunciou sobre a intenção de matar podem ser retirados dos acs. STJ. 01.10.2008. Proc. 08P2035; STJ. 20.09.1995. *Colectânea de jurisprudência: acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça* (1995). T III; STJ. 03.07.1996. *Colectânea de jurisprudência: acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça* (1996). T III.

[501] Cf. ac. TRL. 22.11.2017. Proc. 579/12.4JAFUN.L1-3, no qual decorre da descrição factual a realização de duas perícias médico-legais com resultados contraditório: uma primeira realizada por um único perito concluiu pela inimputabilidade, explicando que o arguido, à altura dos factos, teve uma reação psicótica breve, atualmente compensada; a outra realizada em estrutura colegial, concluiu que o arguido, à data dos factos, estava genérica e minimamente capaz de avaliar e de se determinar de acordo com a sua avaliação, integrando pois pressupostos médico-legais previstos para a imputabilidade. Ainda assim, e face à patologia que sofria, este relatório admite a existência de uma diminuição em grau ligeiro dessa imputabilidade pela dificuldade de determinação no momento. Aí se refere expressamente que "[s]em prejuízo do atrás afirmado, no

manifestaram existir uma subversão da repartição de competências, aceitando as afirmações dos peritos como conclusivas e tomano-as como decisão de tal facto.

Pensemos agora numa outra situação próxima. Pensemos, p. ex., nos casos de negligência médica, em que frequentemente de entre os quesitos a responder pelo perito consta "a atuação médica em discussão está de acordo com as leges artis?" e o perito responde "sim" ou "não" sem "a mínima preocupação" de esclarecer quais sejam essas *leges artis*. Numa reflexão sobre esta prática recorrente, João Gomes de Sousa afirma que se atua nos tribunais «como se esse juízo de concordância entre o "dever-ser" e o concreto praticado fosse conhecimento "esotérico" próprio da classe médica e arredado do conhecimento "vulgar" dos operadores judiciários». Procurando uma solução, refere ser necessário que além de se afirmar se as condutas estão ou não de acordo com as *leges artis,* se identifiquem nos relatórios periciais quais as condutas que estariam de acordo com as *leges artis* e dá-las por provadas, porque, afirma, integram um dos elementos objetivos do crime. É que, como salienta, é "juízo judicial" o juízo a emitir sobre o (não) cumprimento das *leges artis*: não é o perito que deve concluir se foram ou não cumpridas, mas é o tribunal que o deve concluir em função do comportamento verificado, sob pena de constatarmos a tal delegação de competências[502].

A estes três exemplos podemos acrescentar um outro caso paradigmático: será o do pedido para o perito fazer uma avaliação da credibilidade e veracidade do testemunho, esperando que se pronuncie sobre se a testemunha está a dizer a verdade ou a mentir. É um pedido que parece ser cada vez mais frequente, ignorando os tribunais que ao fazê-lo estão a permitir que os peritos se

momento da prática dos factos e para estes, estaria genericamente e minimamente capaz de se avaliar e de se determinar de acordo com a sua avaliação, integrando, pois, pressupostos médico-legais previstos para a imputabilidade".

Não foi situação original: num outro relatório se escreveu que o conjunto de certos fatores patológicos "autoriza a proposta de diminuição da imputabilidade". Neste caso, o STJ afirmando que o perito está autorizado a propor uma diminuição de imputabilidade, decidiu que o TR, "ao aplicar o direito no errado pressuposto de que não existia no recorrente uma imputabilidade diminuída, fê-lo com violação flagrante do disposto no art.º 163, n. 2, do CPP" - ac. STJ. 31.03.2005. Proc. 05P910. Num outro ficou a constar do relatório " *[a] examinada, na altura dos factos em apreço parece estar numa fase de agitação e de exaltação do humor em que a sua capacidade de avaliar a ilicitude dos factos e a sua capacidade de crítica estão claramente diminuidas pelo que preenche os critérios de inimputabilidade em relação aos factos em apreço*", donde o tribunal concluiu "Ora, deste relatório de exame pericial resulta, para além do mais, que a arguida é inimputável para os factos que lhe foram imputados, por claramente diminuídas a sua capacidade de avaliar a ilicitude dos factos e a sua capacidade crítica, situação que se integra no art. 20.º n.º2 do Código Penal." - cf. ac. TRL. 17.04.2007. Proc. 2989/07-9 ou ainda TRC. 27.05.2015. Proc. 87/12.3GASAT.C1. Muitos outros exemplos poderíamos apresentar, mas sendo qualquer lista limitada, ajuizamos que os processos aqui referidos sejam em número suficiente, mas também bastante expressivos para comprovar as nossas afirmações.

[502] Uma prática errática, mas que se justificará, segundo avança o autor, "muito a gosto de uma clara mentalidade corporativa e de defesa quanto ao apuramento do erro médico e também muito a gosto de uma certa judicatura que, em concreto, olvida o essencial do papel das *leges artis*". Para evitar que assim seja, sublinha também que "só a clara e completa explanação das *leges artis* permite a sua plena elucidação por todos os intervenientes processuais e um pleno exercício do contraditório." E nessa decorrência, tanto será inadmissível uma condenação como uma absolvição de um médico sem um juízo esclarecido sobre quais seriam as *leges artis* a observar. Uma conclusão de um perito sobre o (não) cumprimento «Não passa de uma opinião, que pode inclusive ser emitida por quem tem todo o interesse em não esclarecer o conteúdo dessas leges artis, uma porta aberta à "opinião" corporativa e desculpabilizante». Por isso, para o magistrado, "é tarefa do tribunal apurar qual seja essa lex artis ad hoc (a aplicável ao caso concreto), explaná-la de forma clara e compreensível e, após, formular o seu próprio juízo sobre o seu cumprimento ou incumprimento" - do autor, a já citada A "perícia" técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, *op. cit.,* pp.48 a 51.

sobreponham à sua idoneidade para valorar a prova testemunhal. Não deixa de ser curioso - nem preocupante - que sejam os próprios peritos que, confrontados situações desse tipo, manifestem que apenas se poderão pronunciar sobre o grau de maturidade e desenvolvimento do indivíduo visado e sobre as suas capacidades de processamento cognitivo que importam para a memória, mas não sobre se a testemunha é ou não é credível e se as suas declarações são verosímeis[503].

Todas estas situações são, no nosso entender, inquietantes e em número e importância suficiente para voltarmos a chamar atenção para os atropelos de competências: não só o tribunal permite que espera que o perito se pronuncie sobre o *facto probandum*, como os peritos parecem sentir-se tentados a pronunciarem-se sobre ele e como, a final, os tribunais se atêm a acatar essas conclusões acriticamente. Conclusão que, como é bom de ver, não é legítima porque o perito se "[aventura] pelos caminhos da discursividade jurídica"[504] invadindo a esfera de competências do juiz, e porque estas expectativas exageradas nas potencialidades da ciência permitem que as ditas *provas científicas* não sejam objeto da mesma análise crítica que as demais, numa atitude que contrasta com as inquietações epistémicas em processo judicial porque será incontestável que só a consciência da fiabilidade do conhecimento assegurará maiores cuidados na apreciação das provas, assim se garantindo maior aproximação à verdade.

Tendo em vista minorar tais dificuldades, a doutrina tem vindo a chamar a atenção para a necessidade de esclarecer os peritos sobre a sua função no processo, afirmando que "é fundamental que os peritos saibam bem sobre o que se devem pronunciar, deixando a função de julgar para quem verdadeiramente a tem. Os peritos não são os julgadores da causa. São auxiliares do juiz. É preciso ter cuidado para que a verdadeira decisão não seja antecipada pelas conclusões do perito"[505].

---

[503] Cf. VIEIRA, Fernando; BRISSOS, Sofia - Direito e Psiquiatria: um olhar sobre a cultura judiciária na sua intersecção com a psiquiatria. *Julgar.* Coimbra. ISSN 9781646685400. N 3 (2007). Pp. 45-60, pp. 52 e 53. O mesmo já foi firmado na nossa jurisprudência, alertando que não compete ao perito «"diz[er]" ao juiz o que do depoimento deve ou não ser aproveitado. Apenas lhe indica, de acordo com os estudos que fez, se a testemunha merece ou não credibilidade» - cf. TRG. 27.04.2006. Proc. 2347/05-1.

[504] Cf. ALBERGARIA, Pedro Soares de - Aspectos judiciários da problemática da inimputabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra. V 14, N 3 (2004). Pp. 381-396, pp. 384 e 385. E acrescenta ainda o autor, que denuncia as mesmas preocupações que avançamos, "[c]omo também não é legítimo esperar do juiz demissão mais ou menos marcada da tarefa fundamental de ponderação dos conteúdos normativos que um juízo de inimputabilidade implica, sobretudo aquele concernente à ligação entre a anomalia detectada e o facto concreto praticado. Nesse preciso sentido, não pode deixar de envergar a veste de «perito dos peritos»". Assim o referem também GASCÓN ABELLÁN, Marina; LUCENA MOLINA, José Juan; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Joaquín - Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinary. *Diario La Ley* [Em linha]. N 7481 (04.10.2010). Pp. 1-9 [23.02.2022]. Disponível em https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3291545. ISSN 1989-6913. Voltando ao ponto inicial, para os autores, a consciência desta fragilidade das *provas científicas* terá dois efeitos colaterais: por um lado, exige que o juiz realize um controlo da validade desse tipo de provas, tal como para as provas não científicas, e por outro, impulsiona a investigação científica.

[505] Cf. LOPES, Romeu Raimundo - *A prova pericial - evolução, regime actual e questões constitucionais* [Em linha]. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2017. Dissertação de Mestrado [20.02.2022]. Disponível em https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/22873/1/TESE-%20FINAL.pdf, pp. 46-47.

Mas este apelo, sendo unidirecional, não se mostra, a novo ver, suficiente: o mais interessante e preocupante para nós é o facto de os juízes aceitarem que assim seja e aceitarem que os peritos retirem ilações das verificações que fazem, que apenas a si, no exercício da função jurisdicional, competiria. Cremos que tal se deva à visão idealizada da ciência e dos seus contributos. Mas não se pode aceitar que assim seja. E por isso revela-se prioridade que os juízes tomem também disso consciência[506].

Mas este entendimento irrealisticamente idealizado da ciência gera um risco inverso. É que se por um lado há uma tendência para a admissibilidade acrítica da prova pericial apenas com base na autoridade social do perito, por outro também se constata uma certa desvalorização quando o perito não faz jus a esta imagem idealizada da ciência. Constatamos isso mesmo quando os peritos se mostram incapazes de apresentar "afirmação categórica, isenta de dúvidas" em resposta aos quesitos formulados.

Efetivamente, na análise que realizamos, aferimos ser frequente que o tribunal espera que o perito apresente uma opinião objetiva, científica e credível que conduza a um facto verdadeiro e incontestável, uma "sugestão para a resolução do conflito", pois só com certezas poderá lidar o processo[507]. E quando tal não acontece? Os tribunais têm entendido que quando o perito não apresente uma resposta conclusiva e com certeza, a sua atuação e as suas explicações já não configuram juízo pericial mas uma dúvida que implicará a "devolução" da decisão de facto ao

[506] Dos magistrados ouvidos no estudo a que já nos referimos sobre a utilização da prova por tecnologia DNA em contexto judicial, resulta evidente esta ideia ainda ingénua e idealista da ciência e o reconhecimento de que se verifica uma aceitação imediata e acrítica das conclusões constantes dos relatórios periciais, porque, do ponto de vista do julgador, uma vez estabelecida a relação de confiança com os laboratórios e dos laboratórios com os investigadores criminais, a *prova científica* é um dado adquirido ("Agora, quando se diz que o resultado é infalível – do meu ponto de vista é infalível - está-se a dizer que todo o processo correu de acordo com aquilo que devia ter corrido. Sempre que tenha havido qualquer tipo de viciação desde a recolha até à sua comparação, mas isso é como eu lhe digo, só a defesa é que poderá colocar em causa isso, desde que haja motivos... como muitas vezes se assiste, alegar por alegar [risos]". Este juiz constatou ainda que, embora seja considerado "o perito dos peritos", em termos práticos e em matéria de perícias, não se lhe afigura viável a um juiz assumir a recusa de um exame pericial, antes configurando esse brocardo como o desempenho da função de avaliar e decidir entre provas de valor idêntico ("A nossa lei processual é muito clara quando diz que o juiz é o perito dos peritos, não é? Ou seja, o juiz pode efetivamente discordar do valor do exame. Isto é o que a lei diz por princípio. Por princípio, digo eu... Porque na prática, o juiz, muitas vezes, não é perito de coisa nenhuma. Como é evidente. Eu não sou perito de DNA, eu não sou perito de exames lofoscópicos, eu não sou perito de exames de letras. Por isso é que eu me socorro de entidades próprias. Portanto, o que a lei quer dizer é que se é verdade que o juiz é o perito dos peritos, também é verdade que, discordando de um determinado resultado, ou de uma determinada conclusão de um exame, tem que o justificar. Porque é que o juiz discorda daquele exame. E, como é bom de ver, se o juiz não é licenciado em... sei lá... em biologias, e hematologias e não sei quê, não tem conhecimentos para discordar de um exame. Então, qual será efetivamente o princípio? É que os exames que chegam à mão do juiz são, por princípio, irrefutáveis. Mas podem ser refutados por provas em contrário mas do mesmo valor!") - cf. SANTOS, Filipe José da Silva Cardoso - *Genética forense, justiça e média em Portugal: elementos de co-produção num estudo de cinco casos criminais, op. cit.,* pp. 226 e 227.

[507] Cf. LOURENÇO, Maria João - Entre Direito, Psiquiatria e Psicologia: interdisciplinaridade da inimputabilidade, *op. cit.*. p. 63. Também o é referido pela maioria dos magistrados ouvidos no estudo de Andreia Machado e Marlene Matos, no qual um dos profissionais ouvido afirmou esperar "que [o perito] expresse uma opinião, um caminho, tem que ser de alguma forma conclusiva ou não ser conclusiva mas assumindo que por este ou aquele motivo não se chegou a conclusão nenhuma"; ou noutra passagem em que afirmou "[...]se pudesse ser às cruzes, era o ideal, mas não pode" - cf. MACHADO, Andreia; MATOS, Marlene - Regulação das responsabilidades parentais: discursos dos magistrados sobre a prática pericial, *op. cit.,* p. 20.

tribunal[508]. Ora, esta posição generalizada autoriza-nos a concluir pela sobrevalorização da prova pericial, na medida em que corrobora as elevadas expectativas nela depositadas pelo sistema judicial[509]. E autoriza-nos a concluir, pelo recurso ao termo "devolução" que para os tribunais a decisão pode (ou deve?) ser tomada, preferencialmente, pelo perito.

Compreendemos que assim seja porque (idealmente) só com certezas poderá lidar o processo. Mas não compreendemos que se conviva mal com a falta de certeza absoluta. Neste ponto concordamos com Sandra Tavares quando refere que quando a ciência fica em dúvida, deve assumir-se que esse é "o juízo cientificamente possível" e não deve perito ser substituído pelo juiz, sobretudo no caso de perícias de natureza obrigatória[510].

Não deixando de ser paradoxal que o juiz tenha que decidir sobre matéria técnica, científica e artística, relativamente à qual o perito não conseguiu chegar a uma conclusão, não deixa também de ser paradoxal que tenhamos começado por afirmar que existe uma sobrevalorização da *prova científica* e depois concluirmos que esta sobrevalorização acaba por redundar, nestas situações, numa subvaloração, denunciada por um desvalor dessa prova[511].

---

[508] Não é raro ler-se que o "[...] juízo pericial tem que constituir sempre uma afirmação categórica, isenta de dúvidas, sobre a questão proposta, não integrando tal categoria, os juízos de probabilidade ou meramente opinativos" e que quando o perito "[...] emite uma probabilidade, uma opinião ou manifesta um estado de dúvida, devolve-se plenamente ao tribunal a decisão da matéria de facto, este decide livre de qualquer restrição probatória". É o caso das perícias de tanatologia forense quando admitem a impossibilidade de determinação da causa da morte da vítima, por insuficiência de elementos seguros e concretos (acs. TRC. 01.07.2015. Proc. 168/09.0TATND.C2; STJ. 27.04.2011. Proc. 693/09.3JABRG.P2.S1; TRP. 27.01.2010. Proc. 45/06.7PIPRT.P1 e ainda TRC. 15.11.2017. Proc. 254/14.5 JACBR.C1); mas é também comum nos relatórios periciais de reconhecimento de letra/assinatura quando, em face das diferentes posições de graduação da probabilidade de as assinaturas/letras pertencerem a determinada pessoa o perito conclui como "provável" ou "pode ter sido", aí se devolvendo a decisão ao juiz para decidir por se considerar subsistir um estado de dúvida que não vincula o tribunal (acs. TRE. 18.10.2018. Proc. 803/06.2TBVNO-A.E1; TRC. 11.03.2009. Proc. 4/05.7TAACN.C1; TRP. 27.01.2010. Proc. 45/06.7PIPRT.P1; STJ. 11.07.2007. Proc. 07P1416 e TRP. 08.09.2010. Proc. 2285/05.7DPRT.P). Nestes dois últimos ainda se acrescenta que a decisão do julgador não irá contrariar qualquer juízo científico porque esse não existiu. Mencionando a expressão "lacuna pericial" decidiu no mesmo sentido o STJ. 07.11.2007. Proc. 07P1416. Mas também parece ser este o entendimento quando o perito não conclua pela imputabilidade ou inimputabilidade de forma conclusiva (ac. STJ. 05.11.1998. Proc. 773/98). Encontramos preocupação idêntica num outro acórdão do STJ. 01.10.2008. Proc. 08P2035, no qual se lê "[u]ma coisa é o resultado da análise e ponderação dos elementos clínicos de que o perito se socorre para formular um juízo, aliados ou não às declarações do arguido; outra bem distinta é a formulação de um juízo acerca da imputabilidade ou inimputabilidade, de forma plena, cabal, segura, concludente, afirmativa, não podendo o perito refugiar-se nos terrenos do pode ser, mas também poderá não ser, numa não tomada de posição firme e definitiva de que só pode resultar um *non liquet* do parecer naquilo que é fulcral, do que é expectável em função da sua razão de ser, do que demanda e justifica a intervenção de um colaborador dotado de especiais conhecimentos, acabando por produzir uma mera, inesperada, opinião meramente conclusiva. [...] Sr. Perito não assumiu uma tomada de posição firme e clara, deixando ficar à responsabilidade do tribunal a decisão sobre a imputabilidade ou inimputabilidade do arguido." Mais evidente porque consta desse acórdão uma passagem da decisão da 1.ª instância que refere "*Além disso, se nem o perito em psiquiatria que elaborou o relatório de fls. 271 e ss. viu nos exames que fez ao arguido sinais que lhe permitissem afirmar com um mínimo de certeza científica a inimputabilidade ou imputabilidade diminuída do mesmo, não vamos ser agora nós, que não temos formação académica na matéria - e por isso é que se delega tal tarefa a quem tenha essa formação - a estabelecê-la".*

[509] Uma afirmação que para nós ficará devidamente comprovada pela seguinte citação que entendemos bem manifestar as expectativas depositadas relativamente à prova pericial: "[q]uando as questões assumem natureza técnica específica, demandando especiais conhecimentos que não estão ao alcance do julgador, deverá ser exaurida toda a potencialidade da prova pericial, sobretudo quando, como no caso em apreço, a restante prova é dispersa e inconclusiva" - cf. ac. TRP. 22.11.2010. Proc. 1231/07.8TBMAI-A.P1.

[510] Cf. TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica, op. cit.,* pp. 318 e 319. Para a autora, num ponto em que concordámos, mesmo existindo dúvidas "deve assumir-[se] como o juízo científico possível, não arredado como irrelevante e substituído por quem (o tribunal) desconhece cientificamente a matéria". A autora sugere, naturalmente, que nessas situações, se requeira esclarecimentos, segunda perícia, renovação perícia anterior. Sob a forma como o processo judicial e a ciência lidam com a certeza e a dúvida, pode ler-se, por todos, KRITZER, Herbert M. - The arts of persuasion in science and law: conflicting norms in the courtroom. *Law and Contemporary Problems* [Em linha]. V 72 (2009). Pp. 41-61. [10.05.2021]. Disponível em http://law.duke.edu/journals/lcp. ISSN 1945-2322.

[511] Caudill e LaRue referem estar em causa uma falácia tautológica porque a idealização tanto pode criar confiança de que alguém por ser cientista irá dizer a verdade, como pode gerar uma frustração e descrédito pela incapacidade de apresentação de verdades absolutas - cf. CAUDILL,

De tudo isto só podemos expressar que nos parece ser tão grave aceitar acriticamente, como desvalorizar o que a ciência tem para oferecer. Mais uma vez a resposta está na errónea sobrevalorização do que a ciência tem para nos oferecer no contexto da administração da justiça, decorrente da diferente cultura da ciência e do Direito, mas também das dificuldades de comunicação entre peritos e juristas[512], na certeza de ser na linguagem e nos conceitos que "se definem campos, se traçam fronteiras, se transgridem fronteiras"[513].

2.2. INADEQUADA COMUNICAÇÃO DOS RESULTADOS E DEPENDÊNCIA EPISTÉMICA

Mas a sobrevalorização das provas periciais e, dentro destas, particularmente das do tipo científico, é também justificada pela forma como os peritos, em particular nas áreas de identificação forense, costumam comunicar aos tribunais as conclusões a que chegam. Este é um aspeto essencial porque a comunicação dos resultados constitui parte essencial da contribuição da ciência forense para o processo judicial.

Como expusemos na secção 2.1.2 da parte I, habitualmente os peritos expressam as suas conclusões precisamente nos mesmos termos em que o juiz se deve pronunciar (seja quando estabelecem correspondências e identificações diretas ou quando recorrem a probabilidades) e por esse motivo as suas conclusões surgem como uma ferramenta que pode encerrar a decisão de facto, já que se apresentam como epistemologicamente superiores e os seus resultados muito persuasivos[514].

David S.; LARUE, Lewis H - No magic wand: the idealization of science in law *apud* MNOOKING, Jennifer L. - Idealizing science and demonizing experts: an intellectual history of expert evidence. *Villanova Law Review* [Em linha]. V 52, N 101 (2007), pp. 763-802. [24.11.2019]. Disponível em https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol52/iss4/3/. ISSN 0042-6229, p. 765. Como explica Michele Taruffo este desvalor manifesta-se sobretudo nas ciências humanas, em que não há uma quantificação do grau de confiabilidade do conhecimento que se utiliza com referência a um facto e, portanto, não há nenhum cálculo estatístico disponível - cf. TARUFFO, Michele - Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria, *op. cit.,* pp. 16 e ss. É sobretudo quando as perícias são realizadas nestas áreas que se constata algum descrédito e que por vezes, quando em contradição com a demais prova produzida, nem chegam a merecer referência na decisão judicial - cf. COSTA, Diogo Paulo Lobo Machado Pinto da - A *perícia médico-legal nos crimes sexuais, op. cit.,* p. 222.

[512] Este é também um aspeto a que Maria Amélia Vera Jardim dá relevância. Com pertinência, refere que "a gestão da dúvida, de hipóteses alternativas de explicação, de comunicação entre os diversos operadores judiciários é tao importante como a construção de certezas. O que não pode admitir-se em caso algum é a proliferação de certezas formais ou insuficientemente fundamentadas destinadas à conformação de exigências do sistema penal ou à conquista de credibilidade junto da magistratura" - da autora, a citada já citada A investigação pré-sentencial sobre a pessoa, *op. cit.,* p. 203.

[513] Cf. RUIVO, Maria da Conceição - A Ciência tal qual se faz ou tal qual se diz? In SANTOS, Boaventura de Sousa - *Conhecimento prudente para uma vida decente: 'Um Discurso sobre as Ciências' revisitado*. Porto: Edições Afrontamento, 2003. ISSN 972-36-0688-7. Pp. 443-567, p. 556. Refere a autora "[...] os cientistas sabem, evidentemente, comunicar com clareza os seus saberes *em casa* [...]" mas apresentam inúmeras dificuldades fora dela. Imediatamente lembramo-nos do problema da definição do que pode entender-se por "doença mental", já que esse é um conceito desconhecido e incompreendido para a comunidade médica, que é a que se deverá pronunciar sobre ele e causa sérias incompreensões mútuas entre juristas e peritos - novamente remetemos para o nosso texto Entre Direito, Psiquiatria e Psicologia: interdisciplinaridade da inimputabilidade, *op. cit.*

[514] Podemos comprová-lo com recurso ao que constatamos na prática, em que os resultados das perícias à letra são apresentados de acordo com uma escala de probabilidade de 1 a 11 (1. Probabilidade próxima da certeza científica; 2. Muitíssimo provável; 3. Muito provável; 4. Provável; 5. Pode ter sido; 6. Não é possível formular conclusão; 7. Pode não ter sido; 8. Provável não; 9. Muito provável não; 10. Muitíssimo provável não; 11. Probabilidade próxima da certeza científica não); as perícias de DNA em percentagem de probabilidade de

Esta forma de comunicar os resultados, cremos, justifica-se desde logo por uma vontade aparente dos peritos em reivindicar uma espécie de privilégio epistémico que decorre do compromisso de cumprimento de um conjunto especial de práticas e metodologias que tornam as suas conclusões mais autoritárias do que as de qualquer outro. Mas também se justifica porque não há oposição por parte dos tribunais, já que os resultados assim comunicados em termos de correspondência ou probabibilidade aparentam desresponsabilizar o julgador de decidir em matérias em que não se sente legitimado a decidir, ao mesmo tempo que a sua decisão, remetendo para a prova pericial e seus resultados, fica duplamente legitimada (por ter sido proferida pelo poder juriscidional e à luz de argumentos de autoridade)[515]. Talvez seja por isso que não se tenham encetado esforços para alterar a forma de comunicação da ciência nos processos judiciais.

correspondência/identificação (p. ex., verificamos também que, apesar de termos já referido a falta de validade científica de muitas das ciências forenses de identificação, como identificação através de impressões digitais, localizamos um relatório pericial com a conclusão de que o "perfil genético individual masculino (XY), coincidente com o do perfil de C" - ac. TRP. 08.07.2015. Proc. 119/14.0JAPRT.P1) ou até, como vimos, as perícias de psiquiatria que por vezes nas suas conclusões tomam posição sobre a (in)imputabilidade do arguido. É interessante o retrato que Guilherme Oliveira desenvolve. Analisando o valor das perícias seroestatísticas esclarece só se poder concluir que o seu resultado "[v]ale...o que vale", não devendo exagerar-se nem diminuir-se o seu valor porque, como diz, se "[...] um valor de 98%, por exemplo, é bastante alto na avaliação comum das coisas da vida [...]", "[...] segundo a escala Hummel, o valor de 89% não significa nada (!) [...]" e por isso "[...] os valores percentuais têm aqui um sentido técnico específico e como tal devem ser ponderados" - cf. OLIVEIRA, Guilherme F. Falcão de - A lei e o laboratório: observações acerca das provas periciais da filiação. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra. V 2. N especial: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia (1989). Pp. 807-826, p. 815. Não menos relevantes são os seguintes estudos: MNOOKING, Jennifer L. - Idealizing science and demonizing experts: an intellectual history of expert evidence, *op. cit.,* em especial p. 800; MANITA, Celina; MACHADO, Carla - A Psicologia Forense em Portugal: novos rumos na consolidação da relação com o sistema de justiça, *op. cit.,* p. 21; RODRIGUES, Benjamim Silva - *Da prova penal: a prova científica - exames, análises ou perícias de DNA? Controlo de velocidade, álcool e substâncias psicotrópicas, op. cit.,* p. 597. Em comum, o facto de em todos os autores manifestarem que cada resposta constante de um relatório pericial é sujeita a diferentes interpretações por parte dos diferentes profissionais, que interpretam os resultados da forma que mais lhes convier. E assim é de tal forma que pode até parecer não estarem a analisar o mesmo relatório. Caso bem elucidativo serão as situações em que se se analisam vários grupos de DNA a partir das correspondentes amostras, obtendo-se o resultado de que, nesses grupos, apenas uma pessoa em cada cem os possui: essa informação poderá ser interpretada como estabelecendo um grau de probabilidade de 99% de que provenha do arguido, mas também que havendo a probabilidade de 1% da população dispor do mesmo grupo de DNA esse grupo poder ser elevado o suficiente para tornar pouco provável que, de entre as milhares de pessoas que poderão compor esse 1%, tenha sido o arguido a cometer o crime - por todos, RODRIGUES, Benjamim Silva - *Da prova penal: a prova científica - exames, análises ou perícias de DNA? Controlo de velocidade, álcool e substâncias psicotrópicas, op. cit.,* p. 597. Tomamos a liberdade de apresentar um exemplo que, não tendo ocorrido em Portugal, evidencia muito bem o que vimos de referir: em abril de 2019, num processo de investigação e reconhecimento de paternidade, foi proferida uma sentença pelo Tribunal de Justiça da cidade de Cachoeira Alta, no Brasil, que reconheceu dois homens como pais da criança cuja paternidade estava em investigação porque os dois exames de DNA realizados aos suspeitos, irmãos gémeos univitelinos, concluíram por igual correspondência entre cada um e a criança. O MP, em face da prova pericial, pugnou pelo reconhecimento de dupla paternidade e o tribunal, referindo que perante as circunstâncias era altamente provável que exame completo de DNA (*Twin test*) fosse conclusivo, reconheceu a multiparentalidade genética – ac. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Fórum da Comarca de Cachoeira Alta. 21.03.2019. Disponível em https://www.tjgo.jus.br/images/docs/CCS/duplapaternidade.pdf.

De acordo com as investigações Innocence Project, a errónea interpretação das questões técnicas e dos princípios gerais e científicos originou 50% das decisões que posteriormente foram alteradas (https://www.innocenceproject.org/) - cf. capítulo 2 da parte I.

[515] Será exemplo o entendimento do que, perante uma perícia à letra e assinatura realizada pelo LPC que concluiu admitir-se como provável que a escrita suspeita fosse de um dos arguidos, o tribunal de 1.ª instância tivesse referido que, não dispondo o tribunal de conhecimentos técnicos e que "[...] sabendo dos critérios que enformam a actividade do LPC, assim como do rigor das suas perícias, julgamos que a conclusão obtida permite, sem sombra de dúvida, assacar a responsabilidade pela falsificação da assinatura da ofendida ... ao arguido, e afirmar, com peremptoriedade, ter sido o mesmo quem aforjou". Esta decisão viria a ser revogada pela 2.ª instancia por entender que o juízo de "provável" não encerra um juízo de certeza que seria exigido à luz do art. 163.º do CPP e que apenas seria compaginável com uma conclusão de "muito provável" - cf. ac. TRC. 11..03.2009. Proc. 4/05.7TAACN.C1. Para além das elevadas expectativas quanto ao possível juízo científico esta situação demonstra ainda a prática frequente de as conclusões serem apresentadas ao abrigo de um juízo de individualização e de os tribunais não se afastarem desta forma de comunicação.

Contudo, devemos salientar que mesmo a alterar-se o paradigma de comunicação das ciências forenses, as dificuldades de comunicação e, por conseguinte, de compreensão dos discursos entre juristas e peritos sempre resultariam num obstáculo à apreciação da prova pericial por ser evidente a disparidade concetual entre a linguagem jurídica e a das demais áreas do saber em que se desenrola a sua produção.

Há que dizer, neste pressuposto, que o uso de linguagem técnica e hermética tanto pelos juristas quanto pelos peritos dificulta o diálogo e a compreensão mútuos. E que se a participação do perito no processo judicial deveria ser uma ponte entre o seu conhecimento especializado e as necessidades epistemológicas do processo, essa participação pode, em algumas situações, manter-se num hermetismo inalcançável e redundar exatamente no contrário, pois que a incompreensão pode gerar uma tendência de atribuição de maior importância às conclusões do relatório do que propriamente à sua fundamentação, que perde o interesse por se mostrar ininteligível[516].

E há que dizer que não razas vezes o mesmo relatório é interpretado de diferentes formas consoante a parte que o esteja a interpretar porque o contexto judicial é um contexto não de cooperação e colaboração entre as partes, mas sobretido de disputa. Numa expressão que reputamos muito pertinente, Margarida Lacombe Camargo refere que a forma judicial de argumentar, seja propositalmente ou não, contamina os argumentos científicos[517].

Ora, como se compreenderá, tanto o mito da infalibilidade dos resultados da *prova científica*, quanto o recuso a terminologia e metodologia técnica, a que se alia o "distanciamento epistemológico" e dificuldades de compreensão pelos juristas do que consta descrito nos relatórios periciais e atividades periciais desenvolvidas, incentivam, por sua vez, o recurso ao paradigma da individualização através da qual são comunicados os resultados e que por nós foi já criticado.

Também em simultâneo, como resultado destes dois pilares, revela-se uma tendência para formulação de quesitos que levem o perito a explicitar a informação que espera obter, dirigidos com alguma frequência para respostas categóricas em termos de "sim" ou "não". Uma formulação que pretende também assegurar que a respetiva resposta seja mais facilmente

[516] Isso acontece, p. ex., nas perícias psicológicas ou de personalidade. Cuidando de conhecer a utilidade destes tipos de perícias nos processos de responsabilidades parentais, num estudo que aqui já referimos, Andreia Machado e Marlene Matos aferiram que o valor atribuído aos relatórios periciais varia, designadamente, em função do tipo de linguagem empregue e da compreensão que o tribunal possa dela fazer - cf. MACHADO, Andreia; MATOS, Marlene - Regulação das responsabilidades parentais: discursos dos magistrados sobre a prática pericial, *op. cit.,* p. 20.

[517] CAMARGO, Maragrida Lacombe – The use of scientific arguments: thinking like an expert, *op. cit.,* p. 1217.

compreendida[518]. Acontece que essa forma que colocar questões afasta-se da forma como as perguntas são colocadas pelos investigadores e, pois, das respostas que podem ser proporcionadas pelos peritos e, por efeito, se por vezes no processo judicial se podem criar falsas certezas científicas, noutras tantas podem ser criadas falsas dúvidas científicas.

E aqui poderíamos retomar à deficiente cultura científica que para isso contribui, fomentando assim o paradigma da individualização uma certa demissão da judicatura, delegando-se no perito a decisão da matéria de facto que exija especiais conhecimentos e que se compreende para "[...] efeito de aliviar a angústia da decisão [...]", mas que evidencia "expectativas irrealistas" no contributo que os peritos podem dar[519].

Às razões que temos vindo a apontar para justificar a transferência do ofício jurisdicional para o perito acresce ainda o "distanciamento epistemológico" entre perito e tribunal. Como vimos, a prova pericial tem precisamente na sua génese e teologia uma perceção comum de que não se pode supor que juiz disponha do saber necessário à apreciação ou perceção dos factos que exigem especiais conhecimentos. É esta falta de legitimidade epistémica do julgador que justificaria até, em primeira linha, o quadro que expusemos. Mas é também este "distanciamento epistemológico" que justifica que a prova pericial seja o meio de prova que mais facilmente escapa à valoração judicial e ao contraditório das partes porque os conhecimentos nela expressos extravasam a cultura média e por isso não se revela simples a sua análise[520].

De facto, na literatura encontramos quem denunciasse algumas dificuldades no exercício do contraditório porque quando se solicitam esclarecimentos aos peritos ou se requer a realização de uma segunda perícia, os advogados e os magistrados vêem-se envolvidos em áreas de

---

[518] Um exemplo concreto podemos apresentar: num relatório pericial em que se respondia a catorze questões, oito delas foram respondidas com "sim" ou "não" porque os quesitos formulados pelo tribunal o foram nesses termos. As respostas mereceram a adesão pelo tribunal de 1.ª instância e depois também em sede de recurso. O TRL, pronunciando-se sobre essa forma de apresentação dos quesitos, referiu que "[...] quesitos formulados pelo Mmº Juiz *a quo* foram elaborados de uma forma concisa e objectiva, de forma a que a resposta aos mesmos pudesse ser esclarecedora do sentido da decisão dos peritos" - ac. TRL. 05.05.2007. Proc. 3129/2007-1. Sobre esta forma de apresentação de quesitos pode ler-se SILVA, José Pereira da - A propósito do exame psicológico no âmbito penal. *Análise psicológica.* Lisboa. ISSN 0870-8231. V 1 (1993). Pp. 29-36, pp. 35 e 36; GUTIMACHER, Manfred S. - The psychiatrist as an expert witness. *The University of Chicago law review.* Chicago. ISSN 0041-9494. V 22 (1955). Pp. 325-330, p. 327 e KOPPEN, Peter J. van - O mau uso da psicologia em tribunal. In FONSECA, António Castro - *Psicologia e justiça.* Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 9789724037288. Pp.123-154, p. 124.

[519] Denunciando estas expectativas, os peritos frisam que as mesmas têm de ser frustradas e que não se justifica o crescente número de perícias ordenadas, p. ex., em sede de processos de responsabilidades parentais quando os quesitos correspondem a questões que "que melhor seriam respondidos por prova testemunhal" (p. ex. sobre se o ambiente familiar era de plena harmonia antes de uma separação; se as discussões eram tão intensas que os vizinhos as poderiam ouvir; ou se o divórcio fez com que o requerido se isolasse em casa e não saísse sequer para trabalhar, maltratando ou descuidando a higiene dos seus filho), esclarecendo que a ciência não pode dar resposta a estas questões, às quais é totalmente alheia. A descrição é feita por VIEIRA, Fernando; BRISSOS, Sofia - Direito e Psiquiatria: um olhar sobre a cultura judiciária na sua intersecção com a psiquiatria, *op. cit.,* pp. p. 54 e 55.

[520] Já o vimos a respeito dos riscos da exaltação da ciência para o modelo de administração da justiça - cf. secção 2.2 da parte I e diretamente sobre a problemática citamos, neste sentido, NIEVA, Jordi - *La valoración de la prueba.* Marcial Pons: Madrid, 2010. ISBN 9788497687577, p. 285.

conhecimento que lidam com conceitos complexos e por si dificilmente compreendidos. Uma situação que é sobretudo sentida quando as partes requerem a realização de uma segunda perícia, já que têm que justificar esse pedido, designadamente fundamentando as razões da discordância com o resultado da primeira perícia, que se concretiza numa crítica dirigida à fundamentação das asserções nela presentes[521]. Questionamos como o fazer em face da opacidade dos métodos e da linguagem, sobretudo quando na jurisprudência persiste a ideia de que o perito dispõe de liberdade técnica no exercício da sua atividade e as partes não podem nela imiscuir-se. Em resultado, raras vezes os peritos são chamados a prestarem esclarecimentos e nem sempre o contraditório é realizado adequadamente, revelando-se uma mera repetição do que o que consta no relatório pericial[522].

Consequentemente, uma prova não contraditada é uma prova aceite[523]. O problema é que, a ser assim, o passo seguinte é dar por provados e/ou não provados factos que não foram verdadeiramente compreendidos pelas partes e pelo tribunal. Uma consequência que, a nosso ver, não se coaduna com os propósitos da descoberta da verdade da prova judicial.

A isto soma-se ainda uma opacidade técnica que por vezes, como já referiu a jurisprudência que citamos, extravasa a compreensão e cognição do tribunal e que dificulta, designadamente, a

---

[521] Traduzindo-se, p. ex., numa imputação de falta, insuficiência, ou mesmo de pouca clareza ou de inconsistência dirigida à fundamentação do juízo pericial expresso na primeira perícia, mas não numa discordância quanto ao método utilizado. Mas tal não se afigura fácil e nem sempre bem compreendido pelos tribunais, que já firmaram que quando isso acontece a parte imiscui-se nas opções técnicas do perito, quando é este que "[...] pelas suas qualificações técnicas, que se encontra melhor posicionado para, de entre várias técnicas existentes, optar por recorrer à que lhe oferece melhores e mais fiáveis resultados [...]" - cf. ac. TRG. 13.03.2014. Proc. 548/11.1TBCBT-D.G1.

Esta falta de legitimidade epistémica dos juristas para contraditar a prova pericial é referida por um perito ouvido no estudo de Filipe Santos: "[a] ciência forense não dá verdades absolutas! A ciência forense pode, intrinsecamente, dar uma afirmação relativamente a uma matéria. [...] Ninguém tem que aceitar o resultado da ciência forense como uma ciência oculta. Saiu um resultado e pronto, ficamos todos sujeitos a ele. Agora, por outro lado, também há algumas regras da importância da prova pericial que devem ser respeitadas. Quando se quiser contrariar, tem que se ir munido de alguém que esteja em condições de conhecimento - porque se aquela afirmação exigiu o domínio de especiais conhecimentos científicos e técnicos, então, quando quisermos contestar isto, temos que ir buscar alguém que domine os mesmos conhecimentos científicos e técnicos, que é para poder haver aqui alguma paridade" - cf. SANTOS, Filipe José da Silva Cardoso - *Genética forense, justiça e média em Portugal: elementos de co-produção num estudo de cinco casos criminais, op. cit.,* p. 224.

[522] Talvez por isso seja reduzido o número de vezes em que peritos são chamados a prestar esclarecimentos em audiência - cf. MACHADO, Andreia; MATOS, Marlene - Regulação das responsabilidades parentais: discursos dos magistrados sobre a prática pericial, *op. cit.,* pp. 23 e 24. A mesma conclusão extraímos da análise dos dados do relatório de atividades do INMLCF relativo às das atividades periciais realizadas no ano de 2020: nesse relatório apenas se indica o número de situações em que os peritos foram chamados a prestar depoimentos no âmbito das perícias de tanatologia forense (foram prestados 2 depoimentos em tribunal num total de 6010 autópsias realizadas). Lamentavelmente, o número de depoimentos respeitantes aos demais tipos de perícias não consta no relatório. Contudo, é evidente que só um número muito residual de vezes o perito prestou depoimento em tribunal. E cremos que os dados deste relatório - e ausência deles - seja indício suficiente para aquela nossa conclusão. Cf. INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL E CIÊNCIAS FORENSES, I.P. - *Relatório de Atividades 2020* [Em linha]. Disponível em ttps://www.inmlcf.mj.pt/images/InformacaoInstitucional/relatorioAtividades/RA_2020_2.pdf [20.02.2022], p. 102-104. No mesmo sentido apontam os citados estudos empíricos de FARIA, Ana Filipa Alves - *Perícias forenses de agressores conjugais: caracterização e impacto nas sentenças judiciais, op. cit.* e MARTINHO, Gabriela Maria Figueira - *Crimes sexuais contra mulheres adultas: da avaliação forense à decisão judicial, op. cit.,* já por nós citados a este respeito.

[523] As declarações de um Procurador ouvido por Filipe Santos são reveladoras desta realidade: "[A prova de ADN] é uma prova quase sem contraditório. Começam a aparecer uns advogados que questionam, que querem outro exame, outro exame feito por outras pessoas, por outra entidade... Mas isso também é raríssimo. O que eu pressinto, pelo que conheço de juízes, do que conheço de procuradores, do que conheço do mundo judiciário, é que é uma prova que não é discutida, por conseguinte, é aceite" - cf. SANTOS, Filipe José da Silva Cardoso - *Genética forense, justiça e média em Portugal: elementos de co-produção num estudo de cinco casos criminais, op. cit.,* p. 224.

perceção de saltos argumentativos ou mesmo de meras conclusões sem antecedentes lógicos ou sem uma base factual adequada[524]. Uma realidade que se justifica ainda pelo facto de a prova pericial se desenrolar numa espécie de "caixa negra" distanciada das partes que, naturalmente, tende a limitar as possibilidades de refutação ou contestação[525]. Em face da escassa (ou nenhuma) formação técnico-científica para compreender a atividade pericial, advogados e magistrados tendem a confiar quase que cegamente nas conclusões do perito.

Estas dificuldades também se verificam, sobretudo no domínio do CPP, pela exigência da formulação dos quesitos, já que esta formulação pressupõe que advogados e magistrados saibam *o que* e *como* perguntar, num exercício que envolve já um juízo técnico, científico ou artístico.

Tomemos novamente como exemplo as situações em que se discute a responsabilidade por negligência médica. Nestas é necessário conhecer as *leges artis* para apresentar adequadamente os quesitos e compreender verdadeiramente a respetiva resposta que lhes é dada pelo perito. Ora, se é certo que a fixação dos quesitos é determinante para que o perito possa realizar a perícia e dela se possa retirar o maior proveito, transmitindo o que é necessário à decisão da causa, não é menos certo que o esforço de determinação dos quesitos se depara com dificuldades e pode suceder que não seja possível ao perito responder a todos os quesitos ou à forma como são formulados ou até que se sinta inibido de responder a questões que, não tendo sido colocadas, poderiam ser pertinentes, ou que responda categoricamente a juízos que não deveriam ser assim expressos[526].

---

[524] Muito elucidativo é o relato apresentado por João Gomes de Sousa que afirma que da sua experiência pessoal está em condições de concluir que muitas vezes o "juízo científico" tem na sua base factos de aceitação discutível, muitas vezes até contrários à matéria de facto dada por assente pelo tribunal, outras tantas formulados de forma confusa, outras tantas sem que o perito tenha conhecimento completo dos factos e sem que tenha o cuidado de fundamentar devidamente as conclusões que apresentam - cf. p. 40. Desenvolveremos na parte V.

[525] Para Filipe Santos, no caso da prova por DNA, o exercício do contraditório relativamente à cadeia de custódia é dissipado "pela força de um artefacto científico que toma garantia de facto". Assim o refere depois de ouvido um advogado que afirmou «[a] nossa prova pericial, muitas vezes, só é questionada, por exemplo, imagine, é chamado um PSP ou um PJ, pronto, e vai testemunhar: "O senhor esteve no local?" - "Estive." - "Foi o senhor que procedeu à apreensão deste objeto?" - "Fui." E depois diz "Objeto identificado a folhas número tal, tal..." Porque a prova tem de ser toda produzida em audiência de julgamento. E depois, entretanto, "que conste que a testemunha identificou, etc." Depois, entretanto, eles vão verificar... porque essa prova já está contabilizada, logo à partida não é colocada em causa. Porque mesmo o próprio juiz "não, isso já está, já é dado como assente". Nunca é questionada» - cf. SANTOS, Filipe José da Silva Cardoso - *Genética forense, justiça e média em Portugal: elementos de co-produção num estudo de cinco casos criminais, op. cit.,* p. 225. Assim será ainda também pelo facto de a ciência forense, embora produza conteúdos válidos para usos judiciais, assenta numa lógica e gramática comunicacional que se circunscreve à demonstração da cientificidade das suas asserções e essa cientificidade, caracterizada pela ideologia de objetividade, neutralidade e universalidade, implica a "neutralização dos vestígios impuros e a produção de resultados que não só se conformem às exigências legais, mas, acima de tudo, às normas e procedimentos científicos" - cf. SANTOS, Filipe José da Silva Cardoso - *Genética forense, justiça e média em Portugal: elementos de co-produção num estudo de cinco casos criminais, op. cit.,* p.220.

[526] A título exemplificativo, veja-se a exaustiva análise desenvolvida pelo TRG que, quando confrontado com esta dificuldade, esclareceu de forma clara que "A formulação de quesitos constitui um instrumento fulcral na centragem da perícia no que é importante e essencial para os autos, transmitindo ao perito com clareza o que se necessita saber. Porém, esse esforço de determinação queda-se no plano jurídico, sem transvase para o plano técnico, não podendo considerar-se que todo e qualquer quesito formulado pode ser respondido nos exactos termos em que é colocado [...]" - *Vide* Ac. TRG. 30.11.2009. Proc. n.º 459/05.0GAFLG. Sobre as dificuldades sentidas pelos advogados na redação os quesitos, *vide* LEITÃO, Hélder Martins - *Da instrução em processo civil: das provas*, *op. cit.,* pp. 81 e ss. São também interessantes os relatos de um investigador e de um Procurador ouvidos por Filipe Santos que lhe permitiram concluir que nem sempre os atores judiciais colocam as questões certas e que por isso os peritos forenses não se comprometem com qualquer sugestão que possa implicar consequências judiciais, surgindo os relatórios periciais sob

Em face e apesar de tudo isto, quando perante um relatório incompreendido e uma pressão pela rápida solução do litígio, é comum que a autoridade judiciária se limite a transcrever *ipsis verbis* o que referiu o perito, ou fazer referência ao relatório sem maiores explicações ou com remissões genéricas à ausência de prova em contrário, apenas para dar o aval à sua decisão[527].

Esta é, como vimos, outra manifestação da sobrevalorização da prova pericial que se traduz na ideia generalizada de que quando a sentença acolhe as conclusões constantes do relatório bastará para a respetiva fundamentação a referência a tal meio de prova, sem outras formalidades ou preocupações de motivação, porquanto só em caso de divergência será necessário desenvolver uma especial fundamentação para explicar os motivos da não aceitação das conclusões da perícia. E isso valerá, como vimos da análise normativa e jurisprudencial, tanto à luz do CPP como do CPC.

E mesmo quando não há lugar a opinião unânime entre os peritos quando as perícias têm natureza colegial ou há lugar à realização de duas perícias sobre o mesmo objeto com resultados divergentes entre si, parece não existir especial dever de fundamentação pela preferência de um(a) dele(a)s, bastando ao tribunal referir qual mereceu a sua preferência. O entendimento é de que nestas situações, quando o tribunal aceita as conclusões de um dos peritos ou de um dos

---

um efeito de "caixa negra" onde aquilo que importa é o seu *output* enquanto certeza absoluta que dificilmente é contestada por não-peritos - cf. SANTOS, Filipe José da Silva Cardoso - *Genética forense, justiça e média em Portugal: elementos de co-produção num estudo de cinco casos criminais, op. cit.,* p. 224.

Também os peritos forenses nos relatos que apresentam das suas experiências se mostram pouco à vontade com a formulação dos quesitos pelos juízes e advogados porque a própria linguagem nem sempre se coaduna com a sua área de especialização. Pense-se, p. ex, no conceito de "inimputável" ou de "doença mental" que é estritamente jurídico, mas que surge em elevado número de quesitos. Como sublinham, a formulação dos quesitos mostra-se muitas vezes inadequada aos conhecimentos dos especialistas, desde logo porque trabalham numa área que lida com conceitos complexos e imponderáveis e nos seus pareceres vêm-se inibidos de fazer as perguntas que consideram pertinentes ou de expressar uma opinião completa. Tal poderá significar produzir uma imagem completamente distorcida do caso concreto, ou permitir que a sua opinião seja desvirtuada e reconduzida a respostas do tipo "sim" ou "não" porque muitas vezes o quesito apenas admite uma resposta binómica. Vejam-se as preocupações manifestadas por VIEIRA, Fernando; BRISSOS, Sofia - Direito e Psiquiatria: um olhar sobre a cultura judiciária na sua intersecção com a psiquiatria. *Julgar.* Coimbra. ISSN 9781646685400. N 3 (2007). P. 45-60; VIEIRA, Fernando; GRAÇA, Olindina - Perícias psicológicas *versus* perícias psiquiátricas: as minhas, as tuas e as nossas. Limites, confluências e exclusividades. In PAULINO, Mauro; ALMEIDA, Fátima Almeida - *Psicologia, justiça & ciências forenses: perspetivas atuais.* Lisboa: PACTOR, 2014. ISBN 978-989-693-042-4. Pp. 11-27; TEIXEIRA, João Marques - Inimputabilidade e imputabilidade diminuída: considerações sobre a aplicabilidade destas noções em psiquiatria forense I. *Saúde mental: revista*. Porto. ISSN 0874-6206. V 8, N 4 (2006). Pp. 7-10 e ainda PAULINI, Mauro; CASIMIRO, Carlos - O psicólogo na justiça: notas preliminares sobre o perito, o seu depoimento e a perícia forense, *op. cit.,* pp. 57-81. Num plano internacional, também no modelo de perícias preferencialmente adversariais existem estas preocupações - por todos, pode ler-se GUTIMACHER, Manfred S. - The psychiatrist as an expert witness. *The University of Chicago Law Review* [Em linha]. V 22 (1955). Pp. 325-330. [11.08.2021]. Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol22/iss2/4. ISSN 1939-859X.

[527] Quando tal não sucede, explicam os magistrados, será porque a perícia nada acrescentou à demais prova ou porque reveste natureza muito técnica e é incompreensível - assim nos indicam MACHADO, Andreia; MATOS, Marlene - Regulação das responsabilidades parentais: discursos dos magistrados sobre a prática pericial, *op. cit.*. p. 22. Já vimos os estudos que assim o comprovam e que referem que em caso de afastamento da decisão o relatório nem é mencionado.

relatórios, adere aos seus fundamentos e automaticamente exclui os juízos do outro perito ou da outra perícia e assim fundamenta o seu juízo, não tendo que justificar a divergência[528].

A consequência é o recurso a critérios de índole formal para valorar a prova pericial, dando-se preferência às conclusões apresentadas pelo perito oficial ou designado pelo tribunal quando a perícia é colegial ou, no caso se existirem duas perícias, dando-se preferência à segunda perícia por ter sido realizada por maior número de peritos[529].

Cremos, porém, que esta tendência deferencial não se compadece com um adequado exercício da função jurisdicional que impõe ao juiz que motive a sua decisão mediante a apresentação de razões compartilhadas e controláveis. Aqui voltaremos na parte V e VI.

Acreditámos, por tudo o que descrevemos, ser evidente uma atitude deferencial face à prova pericial que não se mostra epistemicamente orientada. E pelo quanto já fomos adiantando a respeito os riscos da transferência da tarefa jurisdiconal para o perito e do recebimento acrítico das informações prestadas no relatório pericial, que a produção deste meio de prova não serve ao nosso modelo de administração da justiça. Mas essa discussão teremos na parte seguinte.

---

[528] Na jurisprudência, isso mesmo já foi firmado pelo TRC. 30.04.2014. Proc. 2317/07.4TAAVR.C1, TRC. 10.05.2006, TRC. 27.05.2015. Proc. 87/12.3GASAT.C1, TRC. 26.11.2008. Proc. 128/05.0JAAVR.C1, STJ 16.11.1994. Proc. 46433, STJ. 151.10.2008. Proc. 08P2864 e STJ. 07.11.2007. Proc. 3986/07, nos quais se lê que "se o tribunal acatar o juízo técnico-científico ou artístico dos peritos que procederam ao exame, nada terá que dizer; porém, se não acatar tal juízo e dele divergir, terá de fundamental a sua divergência". Na doutrina pode ler-se ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 4ª ed. act. Lisboa: Universidade Católica, 2018. ISBN 978-972-54-0228-3, pp. 477 e 478 defende que o juiz fundamenta devidamente a sua decisão quando adere às conclusões da opinião vencida numa perícia colegial; adere às observações expressas pelo consultor técnico; ou adere a uma das opiniões diante de duas ou mais perícias com resultados contraditórios. Também em GAMA, António et all - *Comentário Judiciário ado Código de Processo penal, op. cit.,* p. 507 se defende que quando o juiz aceitar o juízo dos peritos "nada terá a dizer", acrescentam "a não ser [...] explicar isso mesmo".

[529] Relativamente à preferência pela perícia oficial, porque nos ocupará no próximo capítulo, remetemos para as referências que aí serão apresentadas. Quanto à preferência pelo resultado da segunda perícia *vide,* entre outros, acs. TRC. 24.04.2012. Proc. 4857/07.6TBVIS.C1 e TRL. 22.11.2017. Proc. n.º 579/12.4JAFUN.L1-3. Assim se justificará considerando aspetos como a colegialidade, o facto de versar sobre aspetos mais específicos do seu objeto, ou por eliminar eventuais inexatidões nos resultados da primeira. Não são decisões originais, já que também o TRG, quando confrontado com duas perícias para avaliação de incapacidade permanente, considerou ser merecido maior "crédito" à segunda perícia por ser realizada por maior número de peritos - cf. ac. TRG. 02.03.20120. Proc. 245/08.5TCGMR-A.G1. Nesse sentido, referindo também que a segunda perícia merece maior crédito "porquanto se baseia em maior número de peritos e permitir melhor fundamentação", o ac. TRP. 07.10.2013. Proc. 9217/10.9TBVNG-A.P1. Esta é uma das "situações de difícil solução" a que se refere ac. TRE. de 05.06.2007. Proc. 648/07-1, que desaconselha (e bem) a possibilidade de um "desempate" pela realização de uma terceira perícia, que reconduziria a solução do caso em apreço à mera soma de opiniões, referindo que deve ser decidido mediante a análise dos dois relatórios, sendo determinante a relação lógico-racional, científica, que se estabelece entre os fundamentos e as conclusões de ambos os relatórios [...]", criticando aquela que por vezes é a realidade prática, em que se "[somam] pareceres sem exercer espírito crítico sobre os pareceres emitidos". Um igual sentido, ac. TRE. 21.10.2021. Proc. 281/04.0TALGS.E2.

3. DIFERENTES ATITUDES PERANTE A PROVA PERICIAL: O CASO PARTICULAR DAS PERÍCIAS PÚBLICAS/OFICIAIS E DO PERITO NOMEADO PELO TRIBUNAL FACE ÀS PERÍCIAS DE PARTE

Um esclarecimento adicional se impõe ao retrato que traçamos. É que se é certo que no quadro geral assistimos a uma aceitação acrítica do contributo do perito, tal atitude mostra-se mais premente quando a perícia é de natureza pública/oficial ou realizada por perito escolhido pelo tribunal. Efetivamente, do estudo que encetamos sobre a prática judicial concluímos que o primeiro fator (e por vezes o único) que é considerado na valoração da prova pericial é precisamente a sua natureza. De facto, como já referimos no capítulo anterior, resultou para nós claro que quando os tribunais se deparam com perícias contraditórias ou com perícias de natureza pública ou realizadas por perito por si escolhido e perícias de parte sobre o mesmo objeto com conclusões divergentes, tem sido amplamente decidido que a divergência deve ser resolvida com recurso a critérios de índole formal.

Em síntese, a tese que perpassa é a de que o relatório maioritário e/ou o relatório elaborado pelos peritos nomeados pelo tribunal "quer pela competência técnica que lhes é reconhecida, quer pelas melhores garantias de imparcialidade que oferecem"[530] merece acolhimento em detrimento dos demais relatórios.

[530] Cf. ac. TRG. 25.01.2018. Proc. 2355/15.3T8VCT.G1 que expressou igual preferência, escrevendo «Constitui entendimento pacífico dos nossos Tribunais superiores, que, "ainda que a prova não seja vinculativa, mas tratando-se de um problema essencialmente técnico, o tribunal deve aderir, em princípio, ao parecer dos peritos, dando preferência ao valor resultante desses pareceres, desde que sejam coincidentes, e, por razões de imparcialidade e independência, optar pelo laudo dos peritos nomeados pelo tribunal quando haja unanimidade destes"». Em completo, ainda que não o tenha feito, esclarece que tal não significa uma irrestrita vinculação ao laudo maioritário, já que o tribunal pode introduzir-lhe ajustamentos, fazer correcções, colmatar falhas, ou seguir o laudo ou critérios diferentes, se os tiver por mais justos, de acordo com os elementos probatórios que possuir. Esta é posição muito vincada nos processos de expropriação. Localizamos várias decisões em que se afirma ser comum nestes processos a divergência de avaliação dos bens a expropriar entre os peritos nomeados pelo tribunal e os indicados pelas partes e que, invariavelmente, o relatório do perito indicado pelo expropriado indica o valor mais elevado; o relatório do perito da entidade expropriante indica e o valor mais baixo e o relatório dos peritos do tribunal fica-se por um valor intermédio. Nos acs. que analisamos notamos ser frequente expressarem os tribunais que «[...] o critério de "prudência, o seu bom senso" na aplicação da prova [...] deverá levar o julgador a valorizar mais o acórdão maioritário, não só por ser subscrito por uma maioria do colégio pericial (critério que, de *per se* já seria de considerar), mas por essa maioria estar mais afastada dos interesses em conflito (sem desprimor para os peritos que defendem a tese mais favorável a quem os indica)» - cf. acs. TRC. 31.05.2011. Proc. 1197/05.9TBGRD.C2; TRC. 06.12.2011. Proc. 445/09.0TBSEI.C1 e ainda TRL. 30.06.2005. Proc. 2076/2005-6. Também referindo a "presumida competência que se lhes reconhece" e as "maiores garantias de independência e imparcialidade" e consequente predileção pelo relatório apresentado pelo colégio de peritos nomeados pelo tribunal, os acs. TRL. 07.02.2012. Proc. 2722/03.5TCSNT.L1-7; TRP. 25.11.1996. Proc. 9650090. STJ. 23.11.1999. Proc. 681/9 e TRP. 29.11.2002. Proc. 0131326 que decidiu que "[e]m caso de divergência de laudos deve merecer preferência o laudo unânime dos peritos escolhidos pelo tribunal, não só pelas garantias de imparcialidade que oferecem, como pela competência técnica que o julgador, ao escolhê-los, lhes reconhece". Não é opção nova. Já referimos que em quadros legais

Assim é porque na ausência de ligação com as partes se presume que o perito atuará de forma imparcial e imbuído do dever de cooperar com o tribunal na descoberta da verdade, assegurando por isso uma atuação de acordo com elevados padrões de competência.

Esta estratégia coincide com as preocupações legislativas subjacentes à preferência pela perícia pública manifestada pelo legislador, cujo fundamento se prende sobretudo com a confiabilidade da perícia, que associou à (presumida) imparcialidade e à (presumida) competência do perito selecionado pelo tribunal ou do perito integrado no quadro administrativo das instituições públicas/oficiais de peritagem forense. Na perspetiva geral, tal como temos vindo a descrever, o perito integrando em estabelecimento, laboratório, ou serviço apropriado, ou selecionado de entre uma lista de peritos ou sendo pessoa de honorabilidade e reconhecida competência, reuniria em si mesmo todas as qualidades necessárias à confiança no seu trabalho - imparcialidade e competência.

Esta é uma ideia mais ou menos generalizada, seja em termos legislativos, como jurisprudenciais e doutrinais, e o estandarte máximo será o INMLCF, sobre o qual recai uma verdadeira "[...] presunção legal quanto às garantias de isenção e imparcialidade e à qualificação técnico-científica dos médicos que [aí] desempenham funções periciais"[531].

---

anteriormente vigentes, houve a preocupação para que o número de número de peritos fosse sempre ímpar; para que o número de peritos a realizar a segunda perícia fosse sempre superior ao número de peritos que realizou a primeira perícia; e para que o perito nomeado pelo juiz fosse conhecido por *perito de desempate* e que em caso de desacordo entre os peritos a nomear o juiz nomeasse primeiro e as partes depois, porque não podiam nomear um perito de categoria superior ao do perito nomeado pelo tribunal. Caso contrario a posição do perito do juiz seria desconfortável: ou exprimia parecer contrário ao seu superior hierárquico ou apresentava um laudo que estava em desacordo com a sua consciência.

Em complemento, dizemos que a doutrina também tem vindo a evidenciar esta prática. Pela relevância, citamos o que foi afirmado por alguns dos juízes ouvidos por Andreia Machado e Marlene Matos: "quando muitas vezes há um confronto entre a perícia privada e a pública, em regra, daria mais prevalência à segunda, aquela solicitada à entidade pública. A partir do momento em que eu peço uma perícia a uma entidade pública, obviamente que tenho que partir da presunção que é uma perícia fidedigna"; "é sempre menos credível uma perícia que é pedida particularmente por uma das partes. Não é tanto a idoneidade profissional da pessoa ou da própria perícia, que até pode ser um relatório muito bem feito e muito convincente, mas não tem o mesmo valor porque não nasce nas mesmas condições de imparcialidade" e ainda "os pareceres merecem-me credibilidade pela qualidade que têm, pela isenção que têm e pela ciência que eu acho que as pessoas têm, pelas rubricas de quem assina" - cf. MACHADO, Andreia; MATOS, Marlene - Regulação das responsabilidades parentais: discursos dos magistrados sobre a prática pericial, *op. cit.* pp. 21 e 22.

[531] Colhemos na doutrina esta citação em LOUPO, Amélia Puna - Avaliação do dano corporal em Direito Civil / A perícia médico-legal: algumas questões práticas, *op. cit.,* p. 8, mas também se encontram referências ao facto de o INMLCC se encontrar "numa posição de equidistância perante as partes, sendo que os seus peritos garantem um padrão de elevada qualidade científica" em GERALDES, António Santos Abrantes; PIMENTA, Paulo; SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Código de Processo Civil anotado: parte geral e processo de declaração - arts. 1.ª a 702.º, op. cit.,* p. 535. Também Guilherme Oliveira se referiu ao facto de a perícia oficial surgir "[...] sob a égide do tribunal, num organismo auxiliar, sem escopo lucrativo, que partilh[a] a isenção e prestígio das instâncias oficiais [...]" - cf. OLIVEIRA, Guilherme F. Falcão de - A lei e o laboratório: observações acerca das provas periciais da filiação, *op. cit.,* pp. 822 e 823) e Marques Ferreira referiu que preferência natureza pública da perícia é justificada pela maior imparcialidade e isenção na atuação do perito que atua sem qualquer vínculo às partes envolvidas no processo e pela máxima competência técnica e científica" na realização das tarefas de que é incumbido conquanto que a entidade que integra é dotada de independência técnica e científica e se compromete a respeitar os princípios gerais das ciências forenses, sujeitas aos processos e mecanismos de acreditação e controlo de qualidade (cf. FERREIRA, Marques - Meios de prova, *op. cit.,* p. 253). No mesmo sentido ainda João Gomes de Sousa afirmou que "a imparcialidade e credibilidade dos peritos intervenientes, que o sistema português pretende resolver por via administrativa, assenta na ideia de que quem perito num organismo oficial deve presumir-se imparcial e competente" - SOUSA, João Henrique Gomes de - A "perícia" técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, *op. cit.,* p. 34. Na jurisprudência, para além das referências que já apresentamos a respeito da preferência pela perícia oficial quando há divergência nos relatórios periciais, há outras decisões que tendem no mesmo sentido. Contactamos, p. ex., com uma decisão em que se refere que «[...] é indiscutível que, atenta a natural imparcialidade, idoneidade e competência técnica dos referidos peritos médicos, está "ab initio" garantido às partes que essa perícia, quer no que respeita à sua realização, quer no que concerne à elaboração do

Aliás, julgamos que esta associação entre imparcialidade e competência do perito-funcionário com a credibilidade da perícia encontra precisamente o seu fundamento na particular configuração das perícias médico-legais porque, conforme se concluiu pela análise histórica à prova pericial que fomos desenvolvendo nas partes anteriores, a história das perícias confunde-se com a história das perícias médico-legais. De facto, é incontornável o relevo específico que as perícias médico-forenses assumem no contexto judicial em geral e, mais especificamente, em matéria penal[532]. Se dúvidas houvesse bastaria atender ao facto de ter sido precisamente com o surgimento de um serviço de peritos médico-legais, muito por força da criação da carreira médico legal em 1836, que foi sendo reforçada a separação entre as funções judicial e pericial em Portugal[533]. Julgamos, por isso, que o quadro-legal das perícias médico-legais, que sempre

relatório final e respostas aos quesitos apresentados pelas partes, será, senão de excelente, pelo menos, de muito boa qualidade [...]" - cf. ac. TRP de 09.06.2009. Proc. 13492/05. Em termos legislativos são também estas presunções que parecem justificar que ainda hoje as perícias médico-legais conheçam um regime jurídico específico e distinto das demais perícias. De entre as particularidades o facto de serem realizadas por um único perito e de não ser possível a assistência por consultor (art. 3.º, n.º 1 da L n.º 45/2004, de 19.08). A discussão em torno da (in)constuticionalidade desta opção já mereceu atenção pelo TC que decidiu não ser inconstitucional o disposto no citado normativo na parte em que inviabiliza a participação de consultores técnicos nas perícias médico-legais realizadas em delegação do INMLCF por considerar que essa participação "*seria pôr em causa a autonomia e a independência técnico-científica do INML, que o legislador qualificou de instituição nacional de referência no âmbito das suas atribuições, sujeito à superintendência e tutela do Ministro da Justiça, intervindo no processo em execução de uma das suas atribuições, de cooperação com o tribunal, realizando perícia de medicina legal*" e que *"[a] autonomia e independência do INML, coloca-o numa posição de equidistância entre a defesa e a acusação, tomando desnecessário qualquer controlo ou fiscalização dos intervenientes processuais sobre a realização da perícia, como forma de assegurar os direitos de defesa*" - acs. TC. 27.02.2007. Proc. 847/05. Não podemos concordar com esta decisão porque defendemos que esta limitação fere os princípios constitucionais de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva por colocar em causa o processo equitativo (art. 20.º, n.º 4 da CRP) e por ferir ainda o direito ao contraditório - sobretudo quando em regra este tipo de perícia tem natureza singular - e, por conseguinte, as garantias de defesa (arts. 32.º, n.º 1 e 5 da CRP). No mesmo sentido já se pronunciou ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, op. cit.,* p. 446. Apesar disso, o TRC, lembrando as diferentes funções do assessor técnico e do consultor técnico, refere que quando a L n.º 45/2004 exclui nas perícias médico-legais solicitadas por autoridade judiciária ou judicial que sejam efetuadas nas delegações do Instituto ou nos gabinetes médico-legais, a possibilidade da parte se socorrer de consultor técnico, não exclui a possibilidade da parte se socorrer de assessor técnico nesses exames, "mesmo que realizados no âmbito penal, e muito menos quando realizados no âmbito civil, matéria em que resulta expressamente permitido às partes que se possam fazer assistir por assessor técnico, salvo se a perícia for susceptível de ofender o pudor ou implicar quebra de qualquer sigilo que o tribunal entenda merecer protecção" por ser manifestação do direito ao contraditório - ac. TRC. 28.10.2018. Proc. 1864/17.4T8LRA-A.C1. A mesma posição foi reforçada mais recentemente pelo mesmo tribunal no ac. 23.11.2021. Proc. 486/21.0T8VIS-B.C1 e ainda pelo TRP. 21.02.2019. Proc. 961/18.3T8VFR-A.P1. Posição distinta foi assumida pelo TRL que, não distinguindo as figuras, refere não ser possível a presença de consultor nem assessor técnico - ac. TRL. 22.09.2020. Proc. 164/17.4PTAMD-A.L1-5. Lembramos as diferenças das figuras já devidamente explanadas na secção 2.2.5 da parte III, em especial o facto de ao assessor estar vedada a possibilidade de interferir na diligência e se poder relacionar apenas com a parte que o indica e seu advogado, ao contrário do consultor a quem é possibilitado um papel mais ativo, já que pode intervir no ato a que assiste, relacionando-se no mesmo com os peritos, os advogados e até com o juiz, e inclusivamente podendo sugerir a realização de diligências e formular observações e objeções, que ficam a constar do auto.

Voltando ainda às particularidades das perícias médico-legais devemos ainda lembrar que as mesmas têm reflexos no âmbito da carreira médica de medicina legal. Em primeira linha porque, diferentemente das demais carreiras médicas, esta é uma carreira na dependência do Ministério da Justiça e não do Ministério da Saúde e, mais relevante para os objetivos desta investigação, porque se encontra sujeita um quadro formativo e de atuação específico - *vide* a este respeito TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica, op. cit.*, p. 229.

[532] Assim é afirmado por TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica, op. cit.*, passim e, em especial, p. 223. Para uma visão diacrónica, LOUPO, Amélia Puna - Avaliação do dano corporal em Direito Civil / A perícia médico-legal: algumas questões práticas. *Julgar* [Em linha]. (dez 2019). [20.02.2022]. Disponível em http://julgar.pt/avaliacao-do-dano-corporal-em-direito-civil-a-pericia-medico-legal-algumas-questoes-praticas/. ISSN 2183-3419, pp. 5 e ss.

[533] Neste sentido, TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica, op. cit.*, p. 226. A autora desenvolve breve percurso diacrónico do contexto europeu em que percorre diferentes diplomas que marcaram a medicina legal, com início no ano de 100 quando Godofredo de Bouillon publicou as regras a seguir nas peritagens de cirurgiões. Os dados estatísticos disponíveis também assim permitem concluir. Olhando para os dados de 2020, constatamos que foram realizadas 3.458 perícias em "Direito civil" e 27.620 em "Direito penal" - cf. DIREÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA - *Estatísticas da Justiça: Atividade do INMLCF CF, por área de atuação* [Em linha]. (2019). [20.02.2022]. Disponível em https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Atividade_INML_CF.aspx. A importância da medicina legal e ciências forenses no processo judicial é ainda comprovada pelo facto de Relatório da justiça 2015-2020, publicado em setembro de 2021, ter uma secção específica para "medicina legal e ciências forenses" - cf. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - *Relatório da Justiça 2015-2020* [Em

subordinou a atuação dos peritos ao dever de colaboração com a administração da justiça, tenha justificado a generalização da ideia de que um sistema público de perícias assegura maiores garantias de imparcialidade e competência e isso tenha justificado a preferência por perícias desse tipo[534].

É por isso que notamos na judicatura diferentes atitudes perante a prova pericial. Difundida a visão de que o perito público ou escolhido pelo tribunal é alguém imparcial, porque livre de compromisso com qualquer das partes, e se encontra imbuído no espírito de cooperar na administração da justiça, consciente de um dever de auxiliar o tribunal através da emissão de uma opinião, objetiva e imparcial, por contraponto ao perito designado pelas partes, cuja atuação será condicionada pelo respetivo compromisso com a parte, assim afastando o tribunal de uma visão verdadeiramente técnica e objetiva, compreende-se que, na ausência de critérios técnico-científicos que não estão ao seu alcance para desenvolver um juízo sobre a confiabilidade das informações prestadas, o tribunal, quando confrontado com perícias do tipo público ou por perito por si selecionado e perícias de parte, tenha tendência para dar mais valor à perícia pública ou realizada pelo perito por si escolhido.

Devemos ainda deixar aqui sublinhado que a principal caraterística do perito pública/oficial não residirá no mero facto de ter sido selecionado pelo juiz (ou pelo sistema), mas antes no facto de ser visto como epistemologicamente distinto do perito nomeado pelas partes. O perito oficial ou escolhido pelo tribunal será assim um "perito de confiança do juiz"[535]. E tal deriva não só do facto de ter sido nomeado como alguém imparcial (enquanto alguém que não tem relação com nenhuma das partes) mas porque o juiz acredita na confiabilidade das informações que prestará. E assim será porque no caso dos peritos públicos, oficiais ou selecionados pelo tribunal já estão desenvolvidos critérios para a sua nomeação, decorrentes de uma certa ideia de imparcialidade e

linha]. Lisboa: Ministério da Justiça, 2021. [20.02.2022]. Disponível em https://justica.gov.pt/Portals/0/Ficheiros/Organismos/JUSTICA/RelatorioJustica-2015-2020-final.pdf.

[534] Esta é, na verdade, uma presunção que conhece a sua razão de ser no facto de as perícias médico-legais serem realizadas em contexto institucional, em laboratório do Estado com cariz de instituto público de regime especial, integrado na administração indireta do Estado e dotado de autonomia administrativa e financeira e de património próprio, qualificado como instituição nacional de referência, que prossegue as atribuições do Ministério da Justiça, sob tutela e superintendência respetivo Ministro (art. 1.º e 2.º, n.º 1 do DL 166/2012, de 31.07) e que tem como particular objeto a realização sistematizada de perícias daquela natureza, em condições de particular apuro, coordenação e credibilidade científica e em cumprimento de específica missão que consiste precisamente em assegurar a prestação de serviços periciais médico-legais e forenses (art. 3.º n.º 1 do DL 166/2012, de 31.07). São estas caraterísticas que parecem colocar o INMLCF num plano de superioridade tal como por nós evidenciado anteriormente.

[535] Esta expressão é utilizada por VÁZQUEZ, Carmen - *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015. ISBN. 9788416402762 e da autora ainda El perito de confianza de los jueces. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*. [Em linha]. V IX, N 18 (2017). Pp. 170-200. [01.09.2021]. Disponível em https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/2060. ISSN 2145-6054. Constatamos isso mesmo na análise jurisprudencial que desenvolvemos, como já demonstramos.

competência. Por essa razão o afastamento ao seu juízo técnico, científico ou artístico aparenta exigir um especial dever de fundamentação, com recurso a juízos da mesma natureza.

Paralelamente a tudo isto, os estudos da Psicologia Social e Cognitiva também nos podem ajudar a compreender a confiança que é deposita no perito público/oficial através do que designa por viés de grupo (*ingroup bias*) [536]. Trata-se de um viés que resulta de um padrão de favoritismo intragrupal, que tem subjacente a ideia de que os indivíduos definem as suas identidades tendo em conta o grau de identificação com determinados grupos sociais. Este processo traduz-se, nomeadamente, na procura, pelos membros do grupo, de homogeneidade comportamental e decisional. Porque aqui o referimos? Porque este viés pode explicar que os magistrados, enquanto funcionários públicos, projetam a sua imagem de imparcialidade e competência partilhadas pela própria classe para os demais elementos desse grupo, onde se inserem os peritos públicos e oficiais, muitas vezes associados também eles a funcionários públicos. Tal sucede porque o ser humano tem uma tendência inata para favorecer o seu próprio grupo em detrimento de outros, por vezes até olhando-o com mais prestígio comparativamente aos demais.

O problema do nosso ponto de vista, consideradas as preocupações que nos motivam, prende-se com o facto de esta perspetiva da judicatura retratar o perito como uma *auctoritas* própria automaticamente reconhecida pelo facto de ser funcionário de uma entidade acreditada sem ligação com as partes. Julgamos, por isso necessário discutir se esta inferência da credibilidade da perícia pela sua natureza oficial se coaduna com as finalidades da prova ou se se mostra desligada das exigências gnosiológicas associadas à perícia. Deixamos assim em aberto se esta confiança que se atribui ao perito oficial ou escolhido pelo tribunal, sendo de índole institucional, torna irrelevantes os pressupostos gnosiológicos centrais da objetividade e competência pessoal do perito, permitindo que a credibilidade da perícia assente numa visão meramente "formalista" e "burocrática" da prova pericial[537].

[536] Ver, entre outros, AMÂNCIO, L. - Identidade social e relações intergrupais. In VALA, J.; MONTEIRO, M. B. - *Psicologia Social.* 5.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. Pp. 387-409.

[537] Cf. MESQUITA, Paulo Dá - A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano. Coimbra: Coimbra editora, 2011. ISBN 978-972-32-1951-7, p. 372.

4. INSATISFAÇÃO (NÃO) GENERALIZADA

Durante a investigação, para além dos diversos estudos empíricos a que nos fomos socorrendo para o conhecimento da realidade vivida nos nossos tribunais, tivemos conhecimento que a Fundação Francisco Manuel dos Santos havia desenvolvido um estudo econométrico que, versando sobre a "Justiça económica em Portugal", identificou a prova pericial como um dos pontos de maior insatisfação entre os diferentes atores e os agentes e económicos[538]. O descontentamento verificado nesse estudo é de várias ordens e, centrando-se nos aspetos que fomos focando, menciona uma insatisfação relativamente à forma de nomeação de peritos, à sua falta de participação na audiência de julgamento, mas também a morosidade processual implicada na sua produção, que resulta numa duração das ações declarativas superior em aproximadamente duzentos e vinte dias à de processos sem essa prova (justificada por falhas apresentadas nos relatórios e à necessidade de serem solicitados esclarecimentos complementares, mas também aos défices de recursos materiais e humanos). Neste ponto, vários advogados parecem ter concordado que a prova pericial é utilizada como manobra dilatória e que o recorte normativo devia ser revisto para o impedir[539]. Não será por isso de surpreender que o estudo, notando preocupações generalizadas, tenha proposto uma "[a]lteração integral do modo de produção da prova pericial"[540].

Produto de todos os vieses que têm vindo a ser descritos, vários profissionais forenses têm manifestado o seu desagrado na forma como é produzida e valorada a prova pericial.

---

[538] Cf. GOUVEIA, Mariana França *et al. - Justiça económica em Portugal: produção de prova*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012. ISBN: 978-989-8424-89-1. O estudo foi desenvolvido numa dimensão muito prática que aproximou os diferentes atores e os agentes económicos (não identificados no estudo), dando-lhes voz e permitindo que formulassem propostas e recomendações às autoridades, aos poderes públicos e à sociedade em geral. As conclusões foram apresentadas após análise dos dados recolhidos em seiscentas e sessenta e nove ações declarativas que correram em seis tribunais portugueses (Juízos de Competência Especializada Cível do Tribunal da Comarca de Almada, Varas Cíveis do Tribunal da Comarca de Lisboa, Tribunal do Comércio de Lisboa, Varas Cíveis do Tribunal da Comarca do Porto, Tribunal Judicial de Lamego e Tribunal Judicial de Évora). Ao longo da publicação são apresentados relatos na primeira voz dos intervenientes no estudo e que bem retratam a realidade e as dificuldades sentidas e que, revelando-se relevantes para os objetivos da presente investigação, serão por nós citados.

[539] Refere-se num dos relatos feitos por um advogado "[a] prova pericial, para mim, é um mistério da nossa legislação. Porque é, talvez, de tudo o que o Código de Processo Civil regula, aquilo que deveria já ter sido integralmente alterado. Só agora se mexeu, mas para deixar tudo na mesma! Eu acho que a prova pericial está no *top five* das razões do atraso na justiça: citação, não cumprimento dos prazos pelos juízes e pelas secretarias, prova pericial logo a seguir! Quando a gente quer atrasar um processo, perícias! Isso não há que ter dúvidas." Para além da "falta de cuidado por parte dos peritos na elaboração dos relatórios", que justificam depois novas diligências, também foi chamada atenção por um juiz para o facto de muitos de peritos exercerem a atividade pericial como segunda atividade profissional em regime de *part-time*. Esse mesmo juiz reclamou um quadro de peritos em exclusividade ou a exigência de "uma colaboração mais efetiva" porque senão vamos continuar sem saber se o processo vai demorar um ano, dois anos ou mais. É um facto que o processo esteve no tribunal, mas não anda porque o tribunal não é auto-suficiente." - cf. GOUVEIA, Mariana França *et al. - Justiça económica em Portugal: produção de prova, op. cit.,* pp. 29 e 30.

[540] Cf. GOUVEIA, Mariana França *et al. - Justiça económica em Portugal: produção de prova, op. cit.,* pp. 86 e ss.

Na literatura encontramos quem se sinta entristecido por constatar de entre os juristas uma atitude de certa maneira pejorativa, pré-concebida, de dúvida ou desconfiança sobre o desempenho dos profissionais, mormente a respeito da sua falta de honestidade[541], como encontramos quem se sinta surpreendido com as expectativas de certezas dogmáticas que neles são depositas[542].

De entre estes últimos é pertinente sublinhar que diversos são os peritos que reconhecem que, perante o quadro exposto, se sintam pressionados a tomar como certos conceitos, observações ou ideias que apenas seriam prováveis. É, aos nossos olhos, inquietante que os peritos, sentindo-se pressionados, apresentem uma imagem distorcida e provoquem aparências de certeza no sistema judicial ao apresentarem nos seus relatórios, como admitem, afirmações mais definitivas do que aquelas que os dados recolhidos lhes poderiam fornecer[543]. Como dissemos já, muitas das vezes esta tentação é fomentada pelo próprio julgador e pelas partes, que formulam quesitos e levantam questões esperando respostas conclusivas e claras, não permitindo a margem de liberdade para que os peritos expressem todas as preocupações e esclarecimentos tidos por convenientes. Isto poderá transparecer uma imagem completamente distorcida do caso concreto ou permitir que a sua opinião seja desvirtuada[544].

---

[541] Na referência que localizamos estava em causa a desconfiança da honestidade dos profissionais médicos a respeito da emissão dos atestados médicos e a autora a que nos referimos expressa abertamente que, quanto a estes, não terá dúvida "de que uma parte da crónica desconfiança face à veracidade é justificada" - cf. BELEZA, Teresa Pizarro - Julgamento na ausência, conferência parlamentar: a revisão do código de processo penal (7 de maio). *Código de Processo Penal*. Vol. II, Tomo II. Lisboa. Assembleia da República, 1999, pp. 53-61, pp. 54 a 58. Foi, porém a única referência que encontramos neste sentido.

[542] Refere José Luís Pio Abreu, médico psiquiatra, sobre a sua experiência nos processos crime em que se debate a inimputabilidade do arguido que "[para os juristas] as conclusões constantes dos relatórios periciais apresentam a certeza necessária que se exige para o convencimento do juiz, negando ou ignorando o caráter probabilístico dessas avaliações e que existem [...] poucas verdades científicas sobre doenças mentais" - cf. ABREU, José Luís Pio - *Como tornar-se doente mental.* 2.ª ed. Coimbra: Quarteto editora, 2001. ISBN 9789722031516, p. 13. Também expressiva é a admiração que Victor Mota, também ele médico psiquiatra, manifesta quando leu um acórdão do STJ que, apelando às considerações constantes de um seu relatório, as definiu como "juízos científicos de certeza, próprios das funções que lhes foram cometidas"[542] e o seu embaraço com as elevadas expectativas dos juristas quanto aos seus juízos periciais e a respetiva admiração daqueles com tamanha falta de fiabilidade quando, questionado sobre a margem de erro de um diagnóstico que apresentou, respondeu 5% - cf. MOTA, Victor - *Quase responsáveis: vinte anos de psiquiatra forense.* Porto: Hospital de Magalhães Lemos, 2012, p. 125.

[543] Esta confidência é feita por MORDLLER, Sara; MCLACHLAN, Kaitlyn; GAGNON, Nathalie; ROESCH, Ronald - Questões éticas em psicologia forense. In FONSECA, António Castro - *Psicologia e justiça.* Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 9789724037288. Pp. 475-50, p. 476 e também TELES, Isabel Maria Jesus - *Perícias psicológicas forenses: a perceção dos magistrados sobre a sua utilidade* [Em linha]. Braga: Universidade do Minho, 2013. Dissertação de Mestrado. [20.02.2022]. Disponível em http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/25422?mode=full, p. 8. Também o já citado Victor Mota, médico psiquiatra, a propósito da avaliação que realizou a um arguido, acusado de um crime de abuso sexual de menor, assume que, perante as análises e dados recolhidos, poderia ter-se decidido pela inimputabilidade. Contudo, afirma não o ter feito, optando pela defesa da atenuação da imputabilidade, provavelmente pelo conjunto de consequências, de natureza diversa que se colocam nos internamentos de inimputáveis - cf. MOTA, Victor - *Quase responsáveis: vinte anos de psiquiatra forense, op. cit.,* pp. 107-109. Julgamos que esta situação é reveladora do que dissemos a respeito da imparcialidade do perito e das dificuldades de comunicação, para lá de evidenciar também a usurpação de funções entre perito e juiz.

[544] Pela clareza com que é descrita, tomamos liberdade para apresentar a seguinte citação: "Os psiquiatras apelidam os juristas de rígidos ou omnipotentes, porque presos a um modelo reducionista e demasiado racional, que prejudica no seu entender o atingir do Ser Humano na sua essência ou sofrimento. Admiram-se ainda, pela incompreensão dos juristas, relativamente à impossibilidade de rigorosa medição da gravidade de determinados quadros psicopatológicos; sussurram que a capacidade real para o trabalho pode ser contextual e depende muitas vezes mais que da doença, da motivação dos interessados; ou ainda, espantam-se pela expectativa existente em alguns advogados, de que os psiquiatras possam, com rigor técnico-científico, determinar quem é uma boa ou má mãe [...]. Por outro lado, os juristas olham os psiquiatras/psicólogos como adivinhos de ciência, quais seres esotéricos que nada justificam, que por vezes apenas servem para baralhar e introduzir entropia na sala de audiências quando intervêm como peritos. Comentam secretamente que os psiquiatras muito falam e nada dizem, desconhecendo estes clínicos em absoluto

Preocupados, questionam os peritos "como comunicar (...) ao tribunal as nossas conclusões, quer por escrito quer oralmente, sem, por ingenuidade, por falta de confiança em si próprio ou até mesmo pelo gosto exibicionista do espectáculo, profanar o sagrado, que o mesmo é dizer, a intimidade oferecida? Como repertoriar sem correr o risco de interpretações que possam desvirtuar o sentido do que é dito? Como dar a compreender, humildemente que, num acto, há infinitamente mais do que aquilo que escrevemos?"[545]. Lembram não serem do "[...] tipo de pessoas que têm o hábito de produzir certezas"[546], já que os seus estudos se desenvolvem sob modelos do tipo experimental, nos quais a investigação empírica será usada para testar hipóteses, com vista à minimização dos erros ou enviesamentos das conclusões.

Muitas outras dificuldades poderíamos aqui apontar para justificar uma preocupação generalizada dos peritos com o atual sistema de perícias[547], mas a consequência inevitável de

---

que dois e dois nunca poderão deixar de ser quatro, não só porque isso é óbvio, mas porque está escrito na tabuada" - cf. VIEIRA, Fernando; BRISSOS, Sofia - Direito e Psiquiatria: um olhar sobre a cultura judiciária na sua intersecção com a psiquiatria, *op. cit.,* pp. 45 e 46. Para os autores, uma das maiores dificuldades que tem sido sentida pelos médicos psiquiatras quando colaboram em processos judiciais prende-se com o facto de os juristas encararem a inimputabilidade e a perigosidade como situações de "tudo ou nada". Enfatizando que, por um lado, ninguém tem risco zero e, por outro, não se pode afirmar com certeza que alguém venha a delinquir, tanto mais que a sua conclusão assentará em fatores estatísticos tidos pela literatura como relevantes, revelam sentirem-se como « [...] olhados como os "*pre-cogs"* do filme de Spielberg - "Relatório Minoritário" - a quem é pedido que sonhem sobre a inevitabilidade de um futuro, que mesmo não tendo ainda acontecido, é pelo Tribunal tido como certo, levando a detenções por uma brigada pré-crime" - *idem,* pp. 50 e 51.

[545] Cf. SILVA, José Pereira da - A propósito do exame psicológico no âmbito penal. Análise psicológimotaca. Lisboa: Instituto Superior de Psicologia Aplicada. Vol. 1 (1993), pp. 29-36, pp. 35 e 36. Conscientes da valoração da prova pericial que é feita pelos tribunais, os peritos têm vindo a refletir sobre a importância da sua intervenção no processo e os especiais cuidados que devem ter como auxiliares do juiz. Entre outros, e pala lá das referências que faremos de seguida, pode ler-se PAULINI, Mauro; CASIMIRO, Carlos - O psicólogo na justiça: notas preliminares sobre o perito, o seu depoimento e a perícia forense. In PAULINO, Mauro; ALMEIDA, Fátima Almeida - *Psicologia, justiça & ciências forenses: perspetivas atuais.* Lisboa: PACTOR, 2014. ISBN 978-989-693-042-4. Pp. 57-81.

[546] Cf. KOPPEN, Peter J. van - O mau uso da psicologia em tribunal, *op. cit.,* p. 124. Um exemplo paradigmático das dúvidas com que se deparam os profissionais na avaliação dos arguidos é apresentado por Victor Mota, médico psiquiatra, na análise que fez a um arguido, acusado de um crime de abuso sexual de menor, no qual assume que, perante as análises e dados recolhidos, poderia ter-se decidido pela inimputabilidade. Contudo, afirma não o ter feito, optando pela defesa da atenuação da imputabilidade, provavelmente pelo conjunto de consequências, de natureza diversa que se colocam nos internamentos de inimputáveis. Victor Mota, *Quase responsáveis: vinte anos de psiquiatra forense, op. cit.,* pp. 107-109.

É muito pertinente e reveladora desta situação a conclusão de Filipe Santos e a citação de um relato de um perito que apresenta na sua investigação e que aqui citamos: «[...] os peritos forenses entrevistados recusam categoricamente qualquer papel na interpretação casuística dos vestígios biológicos. No seu discurso fica patente a afirmação do distanciamento do perito forense face à lógica judiciária e às consequências legais da prova. Assim, o que também poderia ser interpretado como a assunção da "humildade" do contributo científico no contexto judicial sugere, de igual modo, a precaução face a inferências e interferências desproporcionadas da produção laboratorial: Conseguimos identificar um perfil genético e colocar um suspeito no local do crime. Agora, o que não conseguimos, nós nem ninguém, é dizer que foi ele que cometeu o crime. Ou seja, não obstante haver uma coincidência de perfis genéticos entre a amostra de referência colhida ao suspeito e a amostra problema colhida no local do crime ou no corpo da vítima, nós conseguimos dizer que ele esteve lá, mas não conseguimos dizer... portanto, isso depois vai ter que ser o juiz, com base na prova pericial de genética forense, com base na investigação criminal e de outros factos, dizer que foi ele. (Perito forense 2)» - cf. SANTOS, Filipe José da Silva Cardoso - *Genética forense, justiça e média em Portugal: elementos de co-produção num estudo de cinco casos criminais, op. cit.,* p. 223 e 224.

[547] De entre outras, a incompreensão já assumida pelos peritos entre o diferente tipo de avaliação médico-legal do dano corporal que os juristas esperam que se façam em função do tipo de processo. Tome-se, como exemplo, o direito laboral e o direito civil: para os juristas, enquanto no primeiro está em causa a avaliação da incapacidade de trabalho resultante de acidente ou de doença profissional e determinante da perda da capacidade de ganho, no segundo, em harmonia com o princípio da reparação integral do dano, deve valorizar-se a incapacidade permanente em geral, i.e., a incapacidade permanente para os atos e gestos correntes do dia-a-dia, assinalando posteriormente o seu reflexo em termos de atividade profissional específica do lesado. Ora, para os peritos é incompreensível que as mesmas sequelas tenham diferentes avaliações consoante os domínios do direito em que em que essa avaliação se processa e que as tabelas de incapacidades sejam desenhadas para mensurar incapacidades não por referência ao objetivo de dano sofrido, mas ao tipo de dano em função do domínio do direito em que é apreciado - pode ler-se BRAGA, Armando - *Reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual.* Almedina: Coimbra, 2005. ISBN 9789724026930, pp. 116 a 120 e 130; DIAS, João António Álvaro - *Dano corporal, quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios.* Coimbra: Almedina, 2001. ISBN 9789724015842, pp. 163 a 178.

O mesmo se diga quanto à possível obtenção de respostas diferentes quanto ao conteúdo dos conceitos de esclarecimento e consentimento na perspetiva do direito civil e penal. Para os peritos o desconhecimento da tramitação processual e dos princípios subjacentes a

todas, com perdas para o sistema judicial, é alguma apreensão sentida pelos especialistas para colaborarem com os processos judiciais, atentas as dificuldades com que se deparam, sentindo-se divididos perante a prestação de um serviço que satisfaça as necessidades de certeza dos tribunais sem ferir a fiabilidade da ciência[548].

Do nosso ponto de vista, é louvável que os peritos, mesmo sentindo-se lisonjeados com este reconhecimento dos tribunais, reconheçam ser seu dever questionar se estarão à altura das expectativas que neles se depositam em contexto judicial por vezes não terem capacidade para apresentar uma resposta cientificamente válida para ajudar ao esclarecimento dos factos juridicamente relevantes[549].

Julgamos ser menos louvável que de entre os juristas não se denote a mesma preocupação. E julgamos ainda menos louvável que os juízes não tenham expressado ainda insatisfação com o estado das coisas. Aliás, a falta de discussão sobre as preocupações que este debate encerra e a atitude deferencial identificada até parece permitir-nos concluir que os juízes não só não estão insatisfeitos como promovem o *status quo*. Assim será porque, como já dissemos, estando muito presente no discurso político, social e judicial o apelo à ciência e à especialização do conhecimento como potenciadoras da aproximação à verdade, é natural que os juízes se sintam tentados a invocar a credibilidade e autoridade sociais do perito como legitimadoras da sua tomada de decisão. Mas não é natural nem aceitável que esse apelo resulte num mero apelo formal sem consideração das exigências inerentes ao correto exercício da função jurisdicional e às finalidades epistémicas da prova. Não seixa de ser a nosso ver preocupante que os juristas não se manifestem contra esta que realidade rotineira e que tenham que ser os peritos a chamar atenção para esta

---

cada ramo do Direito perturba o seu trabalho, que deveria recair sobre normas de conduta comuns perante os mesmos factos, independentemente do campo jurídico em que se situassem - cf. ESSER, Albin - Perspectivas do direito (penal) da medicina. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal.* Coimbra. ISSN 9770871853012. Ano 14, N 1 e 2 (2004), pp. 11-63, p. 25.

Os peritos expressam ainda alguma insatisfação quanto à justeza da parametrização da avaliação dos danos corporais por recurso a tabelas - por vezes sem valor científico - que nem sempre permitem uma avaliação correta e adequada às circunstâncias de cada caso - por todos, MAGALHÃES, Teresa - *Estudo tridimensional do dano corporal: lesão função e situação (sua aplicação médico-legal).* Coimbra: Livraria Almedina, 1998. ISBN 9789724011301, p. 12. Mais recentemente a autora expressou um sentimento generalizado de rejeição pelos peritos de que a sua atividade se reduzisse a uma "resumida e acrítica descrição de lesões que olvide a unicidade e dignidade humanas subjacentes a uma correta avaliação do dano corporal" - MAGALHÃES, Teresa *et al.* - Avaliação do dano corporal em direito penal: breves reflexões médico-legais. *Revista de Direito Penal.* Ano II, N 1 (2003). Pp. 63-82, p. 63.

[548] Cf. GUTIMACHER, Manfred S. - The Psychiatrist As an Expert Witness, *op. cit.,* p. 327.

[549] Cf. GONÇALVES, Rui Abrunhosa - Psicologia Forense em Portugal: Uma história de responsabilidades e desafios, *op. cit.*, p. 113. No mesmo sentido, PAULINO, Mauro; CASIMIRO, Carlos - O psicólogo na justiça: notas preliminares sobre o perito, o seu depoimento e a perícia forense. In PAULINO, Mauro; ALMEIDA, Fátima - *Psicologia, justiça & ciências forenses: perspetivas atuais.* Lisboa, PACTOR, 2014. ISBN 978-989-693-042-4. Pp. 57-81. Por isso mesmo, no seio destes profissionais tem sido reiterada a necessidade de averiguar em que medida o seu trabalho dos peritos forenses será relevante, necessário, devidamente qualificado e competente e se não lhes impenderá a obrigação de alertar para as limitações dos seus conhecimentos, desde logo porque estas ciências podem apenas apresentar "verdades probabilísticas e não absolutas" - cf. GONÇALVES, Rui Abrunhosa - Psicologia Forense em Portugal: Uma história de responsabilidades e desafios, *op. cit.,* p. 112.

realidade. Pela pertinência e expressividade, permita-nos o leitor apresentar uma citação da descrição feita por um perito que bem expressa o que procurámos referir:

"Não pode condicionar o contributo científico, não pode querer uma certeza científica para se demitir da sua função de encontrar uma certeza jurídica. Não nos podemos substituir a ninguém. Esta função não deve pretender substituir-se a ninguém. E ninguém pode pretender que ela a substitua. Muitas vezes nota-se até nalguns magistrados mais... menos experientes, mais assustados perante determinado tipo de peso processual e de intervenientes, nota-se que às vezes o recurso a perguntas é um recurso que eu diria... um recurso... intelectualmente quase que desonesto"[550].

PONTO DE ORDEM

Terminada esta parte podemos afirmar que a prova pericial introduz no processo um elemento muitas vezes decisivo para a decisão.

Podemos também afirmar que assim sucede não porque a prova pericial foi objeto de um contraditório eficaz que permitiu convencer o juiz da sua confiabilidade, mas porque nem as partes nem o tribunal se sentem capazes ou epistemicamente legitimados para exercer esse contraditório.

Às dificuldades no exercício do contraditório somam-se ainda as dificuldades na formulação do objeto da perícia ou dos seus quesitos, mas também na compreensão dos seus resultados. Adicionalmente não podemos esquecer a ideia generalizada da infalibilidade do conhecimento científico e que a forma como habitualmente são comunicados os resultados periciais potenciam também uma reverência de advogados e juízes aos peritos. Por sua vez, estes fatores tendem a manter inalterado o paradigma da individualização e a prática rotineira de perguntar ao perito o que o juiz tem que decidir.

Tudo isto cria suporte para que a atividade do perito seja recebida acriticamente e as informações por si prestadas se assumam como dogmas.

Perante a atitude deferencial só podemos extrair duas consequências: a que que é sério o risco da transferência da função jurisdicional para o perito através de uma "delegação de competências", já denunciada na doutrina, e de que é também sério o risco de subvertermos a

[550] *Apud* SANTOS, Filipe José da Silva Cardoso - *Genética forense, justiça e média em Portugal: elementos de co-produção num estudo de cinco casos criminais, op. cit.,* p. 223 e 224. Não é relato único. Também Rui Abrunhosa Gonçalves o referiu quando escreveu «[e]ste âmbito mais restrito, parece colocar na Psicologia Forense quase que um papel "legitimador" da Justiça, já que é ao psicólogo forense que, muitas vezes, são pedidas respostas para elucidar os decisores judiciais» - cf. GONÇALVES, Rui Abrunhosa - Psicologia Forense em Portugal: Uma história de responsabilidades e desafios, *op. cit.,* p. 107.

lógica subjacente à prova judicial por ser de duvidosa legitimidade epistémica uma decisão que toma por certo afirmações considerando apenas "quem diz" e não propriamente "o que é dito"[551]. Em vez de atender à qualidade do conhecimento, o prestígio do perito é muitas vezes apresentado como se fosse o único endosso para emitir um julgamento adequado, enquanto a experiência privada é colocada sob suspeita. Uma realidade que também se afasta dos cuidados que defendemos na apreciação da prova pericial em face do seu caráter testemunhal (secção 3.3 da parte III).

Para além disso não devemos esquecer que não há, em geral, um diálogo interdisciplinar que permita aos juízes desenvolver uma solução adequada aos problemas destacados. Como consequência, funda-se o valor da prova pericial numa legitimação formal do perito, esquecendo que é tão importante o conhecimento da «"matéria da valoração" como a "valoração da matéria"»[552].

Procuraremos apontar caminhos para ultrapassar ou minimizar estes riscos. Mas não antes de refletirmos mais aprofundadamente sobre este "cenário sombrio"[553] precisamente a respeito destas preocupações com o modelo atual de administração da justiça.

[551] Cf. TARUFFO, MICHELE - *La prueba*, *op. cit.,* p. 94.

[552] Cf. ANDRADE, Manuel da Costa - *"Bruscamente no verão passado": a reforma do Código de Processo penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1726-1, pp. 43 e 44.

[553] Cf. MANZI, José Ernesto - O juiz e o perito: paralelos e intersecções, *op. cit.*

PARTE V

REFLETINDO CRÍTICA E EPISTEMOLOGICAMENTE SOBRE OS MODELOS DA PROVA PERICIAL: DESADEQUAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS JURÍDICOS E EPISTEMOLÓGICOS DA PROVA PERICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ANÁLISE E ORDEM METODOLÓGICA DA EXPOSIÇÃO

No início desta parte importa fazermos um ponto de situação para unirmos os pontos soltos das partes anteriores e delinearmos a base para as partes que se seguirão.

Dissemos na parte I que um dos problemas mais complexos que hoje se colocam na administração da justiça decorre da complexidade dos fenómenos que atualmente chegam às salas dos tribunais e que exigem novos e especiais conhecimentos que os juízes não detêm. Aí refletimos sobre as dificuldades e os riscos que esta complexidade coloca ao exercício da função jurisdicional por exigir a produção de um tipo de prova que normalmente se encontra subtraído aos conhecimentos e competências das autoridades processuais que as solicitam, avaliam e se pronunciam sobre os seus resultados e conclusões.

Procurando compreender como o legislador português abriu as portas do processo a esse meio de prova, analisamos na parte II o recorte da prova pericial no CPP e no CPC. Terminamos essa parte com uma síntese em que procuramos identificar as convergências e afastamentos do(s) regime(s). Procuramos depois completar essa análise com uma reflexão teórico-doutrinal, encerrada com um apontamento epistemológico no qual atribuímos, desse ponto de vista, pendor testemunhal à prova pericial.

Nestas duas partes procuramos delimitar, de duas perspetivas distintas, a prova pericial face aos demais meios de prova e concretizar o papel do perito no seio judicial. Considerando os respetivos propósitos, essas partes assumiram sobretudo cariz descritivo.

No capítulo antecedente assumimos já posição mais crítica por confronto entre recorte legal prova pericial e a prática judiciária. Aí identificamos algumas dificuldades e concluímos referindo que corremos o risco da transferência da função jurisdicional para o perito e de subvertermos a lógica da prova. Destacámos uma atitude deferencial do tribunal perante o perito e dificuldades na valoração adequada da prova pericial, muitas vezes ultrapassadas por critérios sobretudo de índole formal.

Em todas as partes fomos deixando em aberto se este cenário serviria ao modelo de administração da justiça.

Pois é o momento de avançarmos com a resposta às provocações que fomos lançando. Agora procuraremos desenvolver reflexão crítica do quadro que expusemos à luz do modelo cognoscitivo de prova e da configuração do processo judicial que explanamos nas partes I e IV.

Para esta reflexão temos por presente que aos nossos olhos o processo judicial está desenhado à luz de uma preocupação com a descoberta da verdade e que os tribunais são os titulares exclusivos da função jurisdicional. Já afloramos nas referidas partes I e IV implicações destes pilares que servem à investigação.

Estamos cientes de que as dificuldades que se colocam ao adequado exercício dessa função jurisdicional nos dias de hoje, em virtude da complexidade das matérias que são levadas aos tribunais, poderiam apontar para uma preferência por uma abordagem científica adequada a essa tarefa, que passaria por um ideal de juiz-perito, dotado dos especiais conhecimentos que pontualmente se revelassem necessários ao exercício da função jurisdicional. Pese embora essa solução se pudesse configurar como a solução mais adequada em termos epistemológicos, não foi essa a solução seguida pelo legislador nem nos parecesse que fosse verdadeiramente concretizável por implicar uma elevada afetação de recursos económicos, mas também um elevado grau de especialização por parte dos magistrados e profundas alterações na configuração do processo e da magistratura já que se afasta da noção jurisdição mais tradicional, associada à competência comum tanto do magistrado como dos tribunais, mas também da "competência cognitiva universal" legitimadora da função jurisdicional (*vide* partes I e IV).

Temos igualmente por presente o que dissemos no capítulo 3 da parte III. Num esforço de síntese, que em termos epistemológicos ser-se perito resulta de uma atitude cognitiva e motivacional que não é suficientemente aferida por critérios de índole formal, mas sobretudo pela autoridade epistémica que resulta do facto de a pessoa assim indicada ser alguém dotado de especiais conhecimentos e que seja capaz de gerar novos conhecimentos em resposta a questões que lhe são colocadas. E porque atribuímos à prova pericial um caráter testemunhal, dissemos também que o preenchimento de requisitos meramente formais não será suficiente para se considerar alguém como perito nem para se considerarem justificadas as informações por si prestadas. No fundo, procurámos clarificar que a *autorictas* decorre sobretudo da forma como alguém atua. E a confiabilidade é uma proposição das informações prestadas pelo perito e não um juízo relativamente às suas qualificações, experiência ou integração em listas ou entidades de profissionais. Devemos, pois, fazer uma destrinça entre o que é ser-se perito e a confiabilidade

das informações prestadas[554]. E a confiabilidade do conhecimento é, para nós, requisito indispensável aos propósitos da prova enquanto meio de demonstração da realidade dos factos.

E por isso também defendemos que, em consideração com as preocupações com a descoberta da verdade, para que sejam aceites como confiáveis as afirmações apresentadas por um perito é necessário que todas as partes envolvidas contribuam epistemicamente para a atribuição desse valor e nessa medida não só se deve exigir do perito que justifique essas informações, como também se exige que o tribunal, para as aceitar, procure uma justificação dessas informações através da determinação dos factos que aumentam a probabilidade epistémica de que as informações sejam verdadeiras, como pondere se a justificação apresentada pelo perito é suficiente para, em face das demais informações carreadas e provas produzidas, serem aceites. E por isso enfatizamos que a confiança depositada em alguém enquanto perito deverá ser sempre determinada relativamente a uma atividade específica e em função do seu desempenho e não de forma generalizada.

Feitos estes esclarecimentos pensamos estar prontos para a reflexão a que nos propusemos. Esta parte será dividida em três capítulos. Seguindo a metodologia adotada na parte II, dedicando-se o primeiro capítulo à admissibilidade, o segundo à produção e o terceiro à força probatória. Terminaremos com uma síntese dos aspetos que para nós serão os aspetos principais a reter e que nos permitem desfazer os mitos que têm sido difundidos na *práxis*. Cuidaremos de identificar boas práticas e áreas problemáticas, para, com base nestes dados, discutir possíveis soluções *de jure condendo*. Algo que faremos na última parte.

[554] Aqui é muito interessante fazer apelo aos autores de tradição anglo-saxónica que têm um cuidado especial em fazer uma distinção entre a competência e credibilidade de todos aqueles que intervêm nos processos judiciais, referindo que a utilização indistinta destes termos pode causar injustificadas inferências, pois que nem sempre pessoas competentes são pessoas credíveis, ou pessoas credíveis são pessoas competentes. Para competência apresentam sinónimos como qualificação, adequação e idoneidade, na medida em que alguém será competente se está em condições de fazer uma observação, se pode entender o que está a observar e pode recordar, coerentemente, os resultados da sua observação. Já a credibilidade será aferida pelo grau em que as suas observações e afirmações podem ser acreditadas e, por isso, mostra-se dependente da sua veracidade, objetividade e sensibilidade observacional. Como já fomos observando e ficará nesta parte mais evidente, na nossa prática parece existir uma confusão entre estas qualidades, que convida a uma catástrofe inferencial uma vez que não se assume *a priori* que competência e credibilidade sejam características independentes. Procuraremos desmontar, nesta parte, que não deve existir uma confusão ou aproximação entre as qualidades da pessoa que atua como perito e a qualidade do seu labor pericial. Cf. ANDERSON, Terence - Análisis de la Prueba. Madrid: Marcial Pons, 2015. ISBN 978-84-16402-63-2, pp. 106 e 107 e ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William – Analysis of Evidence. Cambridge: cambridge university press, 2005. ISBN 13 978-0-511-12725-0, pp. 70 e 71.

1. ADMISSIBILIDADE

Na parte II identificamos os diferentes regimes a respeito da admissibilidade da prova pericial como um dos aspetos que justificou a nossa conclusão pela bifurcação do modelo da prova pericial.

Na parte IV identificamos como problemática a aplicação desses regimes sobretudo pelos tribunais de 1.ª instância que, em caso de dúvida, tendem a indeferir a sua produção. Julgamos comprovado que tanto no domínio do CPP como no do CPC se reconhece alguma discricionariedade ao titular do processo para decidir sobre esta matéria. Apesar disso, não vislumbramos nenhuma razão que justifique o tratamento desigual da matéria, considerando que os propósitos da prova pericial se relevam pertinentes para os fins do processo judicial, independentemente da sua natureza.

Estamos cientes que, se por um lado, a utilização exaustiva da prova pericial mesmo nos processos judiciais para os quais não é necessária tende a gerar um processo de substituição do trabalho judicial pelo trabalho dos peritos, com o qual se ferem as bases que conferem legitimidade às decisões judiciais, por outro lado, o não recurso a estas provas quando se discutem factos que exigem especiais conhecimentos também coloca em causa essas mesmas bases, mas desta vez de um ponto de vista cognoscitivo.

Estamos, por outro lado, também cientes que o recurso à prova pericial, mesmo nestas situações em que se discutem factos cuja compreensão exige especiais conhecimentos e por isso de difícil compreensão para o julgador, dificulta o controlo judicial sobre a qualidade de informação apresentada pelos peritos e aumenta a probabilidade de resolução de casos com erro judicial[555].

[555] Devemos notar que se assim é na *praxis,* também a forma como se encontra redigido o art. 388.º do CC potencia essa tese porque nele expressamente se institui que "prova pericial tem por fim a percepção ou apreciação de factos por meio de peritos, quando sejam necessários

É um equilíbrio difícil de gerir sobretudo porque, como vimos, fator determinante parecem ser mais as necessidades epistémicas do julgador quando colocado perante um caso concreto do que propriamente um critério objetivo. A ser assim, o juízo sobre a necessidade aparenta resvalar em cada processo para uma "autocrítica cultural" realizada pelo próprio juiz para determinar se dever admitir a prova pericial ou se a decisão pode ser tomada com recurso exclusivo à sua cultura pessoal[556]. À luz desta perspetiva, a necessidade de produção de prova é determinada em função de como o juiz valora a sua própria ciência privada (da consciência de possuir conhecimentos suficientes) e da conceção que tem de ciência. E quando mais estrita for a conceção do juiz sobre o que é a *ciência*, maior é o seu campo de atuação.

Julgamos que este regime convoca alguns problemas.

Desde logo esta é uma solução que permite a vinculação da admissibilidade a crenças subjetivas e torna a decisão de (não) admissibilidade de prova pericial dificilmente sindicável.

Adicionalmente, esta solução condiciona o direito à prova e o exercício de um controlo do *iter decisório* da decisão.

Além disso, poderá afetar os fins extraprocessuais do processo, esquecendo que a jurisdição deve ser orientada por um caráter de sociabilidade como referimos na parte I.

Por isso julgamos necessário o estabelecimento de um critério mais objetivo e preocupado com o "auditório universal"[557], não podendo ficar exclusivamente dependente da linha divisória estabelecida pelo juiz entre aquilo que compete e pertence à ciência e aquilo que integra o senso comum.

É claro que isto não significa que o juiz não deva manter-se atualizado e ser competente em diversas áreas do saber, procurando desenvolver investigação a titulo pessoal sobre as matérias envoltas nas causas que lhe são colocadas a decidir. De resto, como já reconhecemos na parte I, é cada vez mais difícil estabelecer a linha que separa o conhecimento científico do senso comum e temas como critérios de validade científica, verificabilidade empírica, evolução das conceções de ciência e problemas de probabilidade. Estes são hoje mais ou menos comuns no horizonte cultural

---

conhecimentos especiais que os julgadores não possuem", assim fazendo depender a produção da prova pericial às necessidades cognoscitivas do julgador. Pelo contrário, no CPP a redação mostra-se mais abrangente e não limitada às necessidades do julgador. Sobre as dificuldades nesta articulação a que nos referimos, DUCE, Mauricio J. – La prueba pericial: aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2013. ISBN 978-987-28379-7-6. PP. 44 e 45.

[556] Cf. TARUFFO, Michele - A prova. São Paulo: Marcial Pons, 2008. ISBN 9788497686167. P. 321. E sublinhe-se que, quando mais estrita for a conceção do juiz sobre o que é a ciência, maior é o seu campo de atuação e a área dos argumentos que reconduzirá ao senso comum

[557] Cf. secção 1.1 da parte I. Sugerimos, ainda, PERELMAN Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA Lucie - *Tratado da argumentação: a nova retórica.* São Paulo: Martins Fontes, 2000. ISBN 85-336-0473-4.

dos juristas. Mas mesmo com esse nível superior de conhecimento, o juiz não pode reivindicar-se tornar-se num "cientista amador" ou "aprendiz de feiticeiro"[558]. O conhecimento que assim lhe chega será sempre insuficiente e a investigação que possa desenvolver não será suficiente para o dotar de especiais conhecimentos que cada vez mais se mostram necessários para a decisão das questões de facto levadas a juízo. A ser assim, seria supérfluo o recurso à prova pericial. A admitir-se essa possibilidade, então teríamos que admitir a possibilidade de o juiz apresentar considerações próprias, eventualmente totalmente novas e conflituantes com aquelas que fossem as seguidas pela comunidade, e sem possibilidade de sindicar ou controlar a sua decisão por meio de contraditório. Como consequência, subtrair-se-ia a garantia de objetividade e a análise da matéria de facto reduzir-se-ia a um contexto retórico[559].

Também por isso consideramos não se justificar a não previsão da necessidade de se fundamentar o despacho que (não) ordena a produção da prova pericial. Cremos que não se trata de um despacho de mero expediente porque afeta o direito à prova das partes e pode ter implicações no desfecho do processo[560]. E mesmo quando é ordenada a realização da perícia, os quesitos formulados podem restringir ou alargar o âmbito da perícia em prejuízo dos sujeitos processuais. De resto, essa fundamentação também se mostra necessária para efeitos de sindicância da própria decisão que é recorrível (arts. 48.º, 399.º, 406.º, n.º 2, 407.º, n.º 1 e 2, j) e 408.º, n.º 3 *in fine* CPP e art. 644.º, n.º 2, d), 645.º, n.º 2 e 647.º, n.º 1 do CPC).

A respeito da nomeação do perito, parece-nos igualmente relevante questionar se não seria pertinente prever como causa de escusa ou recusa pelo/do perito a falta de conhecimentos necessários à realização da perícia e se, quando a perícia é deferida e estabelecimento oficial ou entidade terceira e são estas a indicar o perito não deveria ser por estas entidades, previamente à realização da perícia, comunicado quem será o perito responsável pela sua realização e quais as razões pelas quais foi esse o perito selecionado e não outro.

Por iguais preocupações não concordamos com a impossibilidade de recurso da decisão de escusa/recusa tanto no domínio do CPP como do CPC.

Estas são preocupações que se interligam não só com o exercício da função jurisdicional mas também com as preocupações epistemológicas da prova. Julgamos, assim, que talvez seja

---

[558] *Vide* TARUFFO, Michele - Lê prove scientifiche nella recente esperienza statunitense. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.* Milano. ISSN 0391-1896. A L, N 1 (1996), pp. 219-249, p. 247.

[559] Cf. RIVELLO, Peir - *La prova scientifica.* Milano: Giufrè Editore, 2014. ISBN 9788814188480, p. 134.

[560] Este requisito também já foi referido pelas instâncias superiores tanto no domínio penal como civil. Por todos, acs. STJ. 15.06.2004. Proc. 04B4664; TRL. 30.10.2018. Proc. 881/18.

bem mais complexa, pertinente e necessária, uma discussão em torno desta problemática, que tem sido subvalorizada, já que não pode o julgador intervir em áreas que lhe podem estar já vedadas por falta de conhecimento técnico e científico[561]. Mas também não pode o julgador ordenar a produção de prova pericial numa tentativa de legitimar a sua decisão através de uma cedência de competências que são exclusivas do poder jurisdicional.

2. PRODUÇÃO

2.1. QUEM REALIZA A PERÍCIA

Neste ponto importará tecermos maiores considerações seja porque também aqui se evidencia um dos pontos de maior divergência entre os regimes civil e penal, seja porque, como referimos no capítulo 3 da parte IV, a natureza da prova pericial tem sido um dos critérios (ou por vezes o único) a ser ponderado aquando da sua valoração. Procuraremos discutir, por isso, se os pressupostos em que se funda a opção legislativa pela perícia do tipo público ou oficial e as inferências que dela retiram os tribunais são aceitáveis de um ponto de vista epistemológico. Por isso analisaremos os motivos dessa preferência, discutindo sobre as presunções de imparcialidade e competência que lhe são subjacentes.

2.1.1. PERÍCIA DE NATUREZA PÚBLICA/OFICIAL

Nesta reflexão devemos começar por notar que tanto no CPC como no CPP o legislador expressou uma clara preferência por um modelo público/oficial de perícias. Subjacente a esta opção estará uma preocupação com a credibilidade da perícia, que como já dissemos na secção 2.1 da parte V, o legislador associou, por um lado, a uma (presumida) imparcialidade e, por outro, a uma (presumida) competência do perito nomeado pelo tribunal ou do perito integrado no quadro

[561] Vide TARUFFO, Michele - A prova. São Paulo: Marcial Pons, 2008. ISBN 9788497686167, pp. 305 e 306.

administrativo das instituições oficiais de peritagem forense por atuarem "[...] sob a égide do tribunal, num organismo auxiliar, sem escopo lucrativo, que partilhe a isenção e prestígio das instâncias oficiais, e que seja permeável a uma tutela e fiscalização seguras"[562].

Considerando os riscos da exaltação da ciência (e que perpassam toda a prova pericial) identificados na secção 2.2 da parte I compreende-se que, atenta a especificidade e complexidade dos conhecimentos que serão aplicados na sua realização e a inerente complexidade do exercício do contraditório, o legislador tenha dado preferência à perícia de natureza pública/oficial porque esta natureza sugere maior imparcialidade e isenção na atuação do perito que atua sem qualquer vínculo às partes envolvidas no processo, como sugere também assegurar a "máxima competência técnica e científica"[563] na realização das tarefas de que é incumbido conquanto que a entidade que integra é dotada de independência técnica e científica e se compromete a respeitar os princípios gerais das ciências forenses, sujeitas aos processos e mecanismos de acreditação e controlo de qualidade.

Acontece que, como já apelamos na secção 3.1 da parte III e voltamos a lembrar nas considerações prévias desta parte, ser-se perito é uma qualidade que decorre de uma autoridade epistémica que não se compadece com critérios de índole formal e que só pode ser aferida casuisticamente.

2.1.1.1. DESCONSTRUINDO AS PRESUNÇÕES DE IMPARCIALIDADE E COMPETÊNCIA DA PERÍCIA PÚBLICA/OFICIAL

Se anteriormente estivemos a refletir sobre os critérios que concretizam a preferência pela perícia pública/oficial vamos agora refletir sobre a presunção de imparcialidade e competência que parece estar na base dessa preferência e que tem vindo a justificar a atitude deferencial sobre que nos pronunciamos na parte IV. A reflexão será perspetiva, como se depreenderá, de um ponto de vista epistemológico.

---

[562] Cf. OLIVEIRA, Guilherme F. Falcão de - A lei e o laboratório: observações acerca das provas periciais da filiação. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra. V 2. N especial: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia (1989). Pp. 807-826, pp. 822 e 823.

[563] Cf. FERREIRA, Marques - Meios de prova. In CEJ - *Jornadas de Direito Processual Penal: o Novo Código do Processo Penal*. Coimbra, Almedina, 1997. ISBN 9789724002576. Pp. 219-270, p. 253. Foi essa a principal razão pela qual se afastou a regra adotada no modelo da *common law* de perícias de cariz adversarial, de natureza marcadamente privada, assente na possibilidade de as partes no processo apresentarem as suas próprias perícias ou de serem outras entidades, que não as designadas pelo tribunal ou por estabelecimentos oficiais reconhecidos por lei, a realizar as perícias. Voltaremos mais tarde a esta discussão.

2.1.1.1.1. O MITO DA IMPARCIALIDADE[564]

A conceção de imparcialidade que subjaz ao modelo de prova pericial é uma conceção de equidistância do perito relativamente ao objeto do litígio. Em causa está uma perspetiva de imparcialidade de origem que faz alusão à ausência de relação do perito com as partes. Entendido desta forma, um perito de parte seria parcial - porque designado e contratado por uma das partes - e um perito nomeado pelo juiz seria imparcial.

Supomos ser inegável a existência de vantagens na nomeação de um perito sem ligação com as partes para a realização da perícia[565]. Invariavelmente, a ideia que se mostra subjacente à posição da jurisprudência é de que o perito, quando mantém relação com as partes, não terá em consideração ou não explicará tudo o que deveria ou poderia, mas apenas uma parte disso: o que se mostrar mais favorável à parte com a qual mantém uma relação. Ou seja, o perito omitirá parte da informação relevante ou correta para a tomada de decisão do caso e escolherá as técnicas e metodologias que se revelem mais adequadas à pretensão da parte que o contrata.

Acontece que, aos nossos olhos, extrair, como faz a jurisprudência e a dogmática processual, desta ausência de relação do perito com as partes um conjunto de consequências sobre o conteúdo ou resultado da prova pericial, sem explicar o fundamento dessa inferência, é imprudente. E assim entendemos porque este raciocínio não só desconsidera que é possível a existência de situações em que um perito é parcial independentemente da sua relação com a parte que o contratou[566], como desconsidera que a imparcialidade vai mais além dos procedimentos de designação dos peritos e da relação com as partes. É que mesmo que um perito não seja nomeado pelas partes e seja designado pelo tribunal, ele pode não se mostrar imparcial. Porque devemos

[564] Cf. Encontramos esta expressão na tese desenvolvida por Bernard Diamond de que a objetividade das *expert witnesses* é um mito (na sua formulação "There is no such thing as an impartial expert witness; the objectivity of the expert witness is largely a myth") e que foi por nós conhecida através de KATZ, Jay - "The Fallacy of the Impartial Expert" Revisited. *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* [Em linha]. V 20, N 2 (1992). Pp. 141-152. [01.05.2022]. Disponível em http://jaapl.org/content/20/2/141. ISSN 1943-3662.

[565] Cf. Foi essa a principal razão pela qual se afastou a regra adotada no modelo da *common law* de perícias de cariz adversarial, de natureza marcadamente privada, assente na possibilidade de as partes no processo apresentarem as suas próprias perícias ou de serem outras entidades, que não as designadas pelo tribunal ou por estabelecimentos oficiais reconhecidos por lei, a realizar as perícias. Voltaremos mais tarde a esta discussão e fundamentaremos na última parte esta nossa afirmação porque estaremos aí em melhores condições para apresentar essas vantagens, depois de conhecidas as vantagens e desvantagens do modelo oposto, que conheceremos na parte seguinte.

[566] É o caso de certos peritos de entidades periciais que têm interiorizados as finalidades ou objetivos das instituições para as quais trabalham e cujo acertamento da informação não é neutral, ou as situações em que a informação de que o perito dispõe para o exercício da função que lhe foi acometida não é completa e as suas conclusões são, por isso, parciais. Sobre o tema, sugerimos a leitura de HAACK, Susan - The integrity of science: what it means, why it matters. In CNECV - *Ética e Investigação nas Ciências da Vida: Actas do 10º Seminário do CNECV* [Em linha]. Lisboa: CNECV: 2007. [30.06.2021]. Pp. 8-29. Disponível em https://www.academia.edu/19430799/The_Integrity_of_Science_What_It_Means_Why_It_Matters_2006_?email_work_card=view-paper, pp. 14 e ss.

notar que quando referimos *imparcialidade*, este termo assume uma dimensão de objetividade e neutralidade. Uma dimensão que para os propósitos do processo será de especial importância.

Isto significa que, no nosso entender, a conceção da imparcialidade do perito largamente difundida como ausência de relação com as partes é uma conceção extremamente restritiva, porque decorre não propriamente de uma ideia de imparcialidade do próprio perito, mas sobretudo de imparcialidade do método de seleção do perito[567]. Uma conceção que desconsidera aspetos relevantes, como designadamente a imparcialidade do perito em si mesmo. Com efeito, se é verdade que tal se justificará porque associamos a ideia de perito a alguém que ostenta certas credenciais que lhe permitiriam chegar sempre a uma resposta correta, não é menos verdade que esta forma de ver as coisas desconsidera que o perito realiza inferências e que ao realizá-las é uma pessoa como qualquer outra. Uma pessoa que, precisamente como todas as outras, sofre de vieses resultantes de circunstâncias pessoais e insidiosas que podem afetar o seu processo de decisão, mesmo de forma inconsciente. E que essas circunstâncias afetam a sua imparcialidade.

Não é novo o que afirmamos. A condição de pessoa do perito é uma condição inarredável. Tal como a do juiz. E se relativamente ao juiz cremos já ninguém duvidar que a sua mundividência afeta o processo de tomada de decisão, não se compreende porque o mesmo não se reconheça relativamente ao perito.

De facto, operando a prova pericial num contexto de conhecimento, o seu objeto não será algo que seja exterior ao sujeito, que de alguma forma terá que o (re)construir com base no base no seu conhecimento vivencial, implícito e pré-predicativo. Porque o conhecimento é «[...] um fenómeno condicionado pelo "estar-no-mundo" do sujeito»[568] que não é alheio ao contexto de uma determinada situação, no contexto de um conjunto limitado de informação. Assim, o objeto só existe enquanto em relação com um dado sujeito que não se limita a apreender o seu sentido, mas que procura acrescentar-lhe sentido em face de uma pré-compreensão desse mesmo objeto, que é determinada, por um lado, pela sua experiência e valores, e, por outro lado, pelo primeiro contacto que teve com o mesmo objeto. E porque é impossível ao intérprete desligar-se da sua experiência passada e da sua personalidade, é-lhe impossível um conhecimento livre, não

[567] Esta conclusão é partilhada por VÁZQUEZ, Carmen - La im/parcialidad pericial y otras cuestiones afines: confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos, *op. cit.,* p. 71.

[568] Sobre o tema da imparcialidade nesta perspetiva de neutralidade leia-se PATRÍCIO, Rui - Imparcialidade e processo penal: três problemas. *Julgar.* Coimbra. ISSN 2183-3419. N 30 (2016). Pp. 43-61, p. 48.

condicionado pela sua mundividência. Este é mais um argumento que justifica o caráter testemunhal da prova pericial por nós defendido na secção 3.3 da parte III.

Os contributos da Psicologia Cognitiva e Social já o documentaram quando desenvolveram o estudo dos vieses cognitivos como obstáculos que nos impedem de fazer observações precisas e alcançar um conhecimento preciso e completo da natureza[569]. E na literatura que lemos comprovamos esses estudos no panorama em que desenrolamos a nossa investigação: lemos a confissão de Victor Mota, médico psiquiatra com regular participação como perito nomeado pelo tribunal em processos judiciais, a propósito da avaliação que realizou a um arguido, acusado de um crime de abuso sexual de menor, em que assume que, perante as análises e dados recolhidos, poderia ter-se decidido pela inimputabilidade, reconhecendo que não o fez, optando pela defesa da atenuação da imputabilidade, provavelmente pelo conjunto de consequências, de natureza diversa que se colocam nos internamentos de inimputáveis[570]. Esta confissão comprova que a atuação do perito não é isenta ou neutral mesmo que a sua nomeação o seja. Ou seja, a nomeação pelo tribunal não assegura por si a atuação imparcial do perito.

Além disto, voltamos a lembrar que do perito não se espera *apenas* uma descrição dos factos. Como deixamos claro na parte III, dele se espera a apreciação técnica dos factos observados com a emissão de juízos de valor assentes em critérios normativos, juízos científicos e máximas da experiência. Como refere Susan Haack seria mais adequado referirmo-nos ao trabalho do perito como sendo um trabalho de inferências precisamente porque o perito deve observar, interpretar ou inferir[571]. Esta proposta que a autora apresenta, para além do mérito de provocar o abandono do objetivismo ingénuo que, pelo menos no que diz respeito à perícia, continua a predominar não só no plano legislativo, mas também jurisprudencial e dogmático, teria ainda a vantagem de implicar o reconhecimento de discordâncias genuínas entre os peritos, como

---

[569] Na literatura não é novo o tema, sendo vasta a atenção dada aos vieses cognitivos e estando já hoje assente advindos de vários processos (que incluem atalhos no processamento de informação, de falta de clareza mental, de capacidade mental limitada ao processar informações ou até mesmo influência social) que levando à distorção percetiva, ao julgamento pouco acurado, à interpretação ilógica, ou ao que é amplamente chamado de irracionalidade. Será demasiado ambicioso ter a pretensão de fazer uma abordagem e uma análise global desta literatura, pelo que sugerimos a leitura de HASELTON, Martie G.; NETTLE, Daniel; ANDREWS, Paul W. - The Evolution of Cognitive Bias. In BUSS, David M. - *The handbook of evolutionary psychology* . United States of America: John Wiley & Sons, 2005. ISBN 978-0471264033. Pp. 724-746.

[570] Cf. MOTA, Victor - *Quase responsáveis: vinte anos de psiquiatra forense.* Porto: Hospital de Magalhães Lemos, 2012, pp. 107-109. Outra preocupação que daqui decorre e que já desenvolvemos prende-se com o facto de ser o perito a pronunciar-se sobre a "imputabilidade" do arguido.

[571] Susan Haack explica que a observação científica é uma atividade ativa, já que implica sempre uma deliberação/decisão, que não só exige talento, experiência e atenção, como por vezes até instrumentos complexos de observação que moldam a forma como o perito observa e extrai conclusões - cf. HAACK, Susan - Irreconcilable differences? The troubled marriage of Science and Law. *Law and Contemporary Problems* [Em linha]. V 72 (2009), pp. 1-23. [20.03.2018]. Disponível em https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1502&context=lcp. ISSN 1945-2322, p. 7; *Defending science within reason: between scientism and cynism*. New York: Prometheus Books, 2007. ISBN 9781591024583, pp. 137-141 e ainda da mesma autora Of Truth, in Science and in Law. *Brooklyn Law Review* [Em linha]. V 73 (2008). Pp. 985-1008. [30.06.2021]. Disponível em https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1315&context=blr. ISSN 0007-2362, p. 995.

uma questão independente da origem do perito e, por efeito, o abandono do recurso a critérios estritamente formais para resolver essas discordâncias.

Ora, estas inquietações assumem pertinência no nosso estudo precisamente pelas preocupações cognoscitivas que apontamos ao processo judicial e pelo caráter testemunhal que apontamos à prova pericial. Essa abordagem legialstiva e jurisprudencial restrita da imparcialidade afasta-se da credibilidade e confiabilidade que, para nós, atentas essas preocupações, serão de máxima importância. Para nós, como já dissemos, o relevante é que independentemente da origem, o perito seja alguém dotado de atitude cognitiva e motivacional, disposto a atuar de acordo com o interesse institucional da descoberta da verdade. E que seja capaz de o fazer.

Tal como tem sido entendida, a imparcialidade é um indicador epistémico relativamente débil. E por isso a ideia de imparcialidade atribuída ao perito público/oficial deverá ser repensada à luz do problema da confiabilidade e valoração da prova pericial sob diferentes prismas porque essa interpretação não afasta, na formulação de Carmen Vázquez, a "parcialidade cognitiva" e a "parcialidade motivacional"[572].

2.1.1.1.1.1. A imparcialidade de origem: desadequação dos critérios de seleção do perito

O que dissemos a respeito de a imparcialidade ser um mito não olvida que determinadas pessoas sejam mais imparciais do que outras ou, dito de outro modo, que sejam menos tendenciosas[573]. No caso da prova pericial, como dissemos já, tal mostra-se evidente se pensarmos nas vantagens que apontamos ao perito nomeado pelo tribunal por comparação ao perito designado pelas partes. Em causa está uma perspetiva de imparcialidade de origem que faz alusão à ausência de relação do perito com as partes. Sucede que, como avançamos, essa é uma perspetiva que reputamos muito redutora de imparcialidade.

Para o comprovar, vamos de seguida analisar se os diferentes critérios para designação do perito oficial e público satisfazem as nossas preocupações. Teremos o cuidado de verificar de que forma a práxis tem vindo a empregar esses critérios porque só assim poderemos dar uma resposta adequada e consciente à questão. Lembramos que estamos a analisar os critérios de seleção do

[572] Cf. VÁZQUEZ, Carmen - La im/parcialidad pericial y otras cuestiones afines: confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos, *op. cit.,* pp. 72 e ss. A autora recorre neste artigo recorre à expressão "parcialidad disposicional" que nós traduzimos por "parcialidade motivacional" - *ibidem,* pp. 72 e ss

[573] Cf. MNOOKING, Jennifer L. - Idealizing science and demonizing experts: an intellectual history of expert evidence. *Villanova Law Review* [Em linha]. V 52, N 101 (2007), pp. 763-802. [24.11.2019]. Disponível em https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol52/iss4/3/. ISSN 0042-6229, p. 801.

perito nomeado pelo tribunal e por isso concentrar-nos-emos nos casos em que, de alguma forma, o juiz participa na seleção do perito. Considerando os diferentes critérios a adotar para essa seleção pelo juiz, seguiremos a ordem preferencial do legislador: perícia ordenada a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado ou por entidade por este contratada; pessoas constantes das listas de peritos; pessoas de reconhecida idoneidade e competência[574].

2.1.1.1.1.1.1. Perícia ordenada a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado

Este é o tipo preferencial de perícias: o juiz designa o estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado para realização da perícia e estas entidades designam, direta e internamente, o perito responsável pela respetiva realização.

É naturalmente evidente que para além de garantir uma ausência de ligação do perito às partes, este modelo tem ainda a vantagem de o perito ser escolhido por uma comunidade de especialistas que estará em melhores condições para identificar a pessoa mais idónea e competente em determinado assunto. Mas para que assim seja é importante assegurar-se o cumprimento de medidas para que esta escolha seja feita em consideração pelo conhecimento das pessoas que integram essas entidades e não na sequência de um procedimento meramente administrativo. Aqui reside o problema desta forma de designação do perito porque se desconhece a forma pela qual esta escolha é realizada de entre estas entidades: se se tratam de critérios de índole meramente administrativa ou de caráter substancial, e com nível de desconhecimento acrescido quando as perícias são delegadas por estas entidades a entidades terceiras.

Mas outros problemas são notados. É que esta forma de designação - ou "distribuição"[575] - impede o tribunal de, no despacho que ordena a perícia, identificar quem é o perito responsável pela realização da perícia. Um impedimento que não é pormenor, visto que não subsistem dúvidas de que a indiciação antecipada do nome do perito que realizará a perícia é uma «importantíssima garantia»[576] para um adequado exercício do contraditório, já que só o conhecimento de quem

[574] Vamos seguindo, nesta nossa análise, VÁZQUEZ, Carmen - El perito de confianza de los jueces. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo.* [Em linha]. V IX, N 18 (2017). Pp. 170-200. [01.09.2021]. Disponível em https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/2060. ISSN 2145-6054, pp. 188 e ss.

[575] Assim designado por RODRIGO, Santiago - Sobre a prova pericial no Código de Processo penal de 1987. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal.* Coimbra. ISSN 0871-856 3. A 11. N 3 (2001), pp. 379-412, pp. 392 e 393.

[576] Impedimento que afronta inclusivamente a exigência de identificação os nomes "dos peritos" no despacho que ordena a sua realização, contida no n.º 1 do art. 154.º do CPP. Sobre o tema, e de onde retiramos a citação, SANTIAGO, Rodrigo - Sobre a prova pericial no código de processo penal de 1987, *op. cit.,* p. 394. De facto, se tivermos em consideração o princípio da imparcialidade que através deste modelo o legislador pretende garantir, temos que concluir que o mesmo pode ficar afetado. É que as partes apenas podem aferir da existência de qualquer causa de impedimento ou recusa no momento da sua realização ou já depois de ter sido junto aos autos o respetivo relatório. Nestas situações, poder-se-á

desempenhará as funções periciais permite às partes apreciar a autoridade epistémica do perito. E mesmo que se objete que esse controlo seja possível em momento posterior, cremos que não se mostra fácil. Para lá dos inconvenientes da discussão dessa qualidade só depois de ser conhecido o relatório pericial, a nossa experiência diz-nos que, mesmo assinando o relatório pericial, o perito designado pela entidade oficial não indica as suas habilitações, qualificações, experiência ou área de especialização.

A tudo, soma-se o facto de se desconhecer como é feita a avaliação dos profissionais que integram as entidades contratadas para realização das perícias e de essas informações não se mostrarem sequer disponíveis para consulta pelos interessados.

Isto significa então que a confiança que depositamos nos peritos que integram as entidades, serviços e estabelecimentos oficiais decorre precisamente - ou somente - do facto de integrarem uma entidade credenciada. E, por efeito, se presumirem serem eles pessoas certificadas. Mas a creditação de uma entidade de peritagens ou a certificação dos seus profissionais pouco diz sobre a sua competência ou sobre o cumprimento dos procedimentos estabelecidos para a realização de cada tipo de perícia[577]. É que a imparcialidade e qualidade do trabalho só pode ser aferida casuisticamente e não pela sua integração nos quadros de uma entidade oficial. Algumas situações em concreto assim nos permitem assim concluir.

Mais uma vez lançando um olhar sobre a jurisprudência que tivemos oportunidade de consultar, verificamos terem sido realizadas autópsias no INMLCF por médicos com especialidade nas áreas de urologia e ortopedia e não de medicina legal ou forense, sendo que um dos médicos que realizou uma dessas perícias tem vindo a reprovar sucessivamente no exame prático de especialidade de medicina legal[578]. E tivemos também conhecimento da realização de uma perícia

---

gerar um sério problema porque o juiz lê o relatório de um perito que depois pode ver a ser substituído. Saber o nome seria uma importante garantia, desde logo para habilitar as partes a deduzir os impedimentos de escusas ou recusas. Já em tempos se discutiu se se deveria conhecer a identidade do perito que elaborou cada um dos relatórios autos. Contra, argumentos de que o importante são os argumentos e razões justificativas do relatório e não a qualidade da pessoa que o elaborou porque, caso contrário, o juiz poderia ser levado a sobrepor ao mérito dos fundamentos a autoridade das pessoas. O nosso legislador optou por conhecer o perito ou entidade pericial. Compreendemos porque na decorrência do que vimos de dizer, se peritos são chamados pelos seus conhecimentos especiais, é importante saber a quem pertence cada um dos relatórios: o mérito e crédito de cada um deve ser considerado um fator de convencimento e pode ser útil - *vide* REIS, Alberto dos Reis - *Código de Processo civil anotado.* Coimbra: Coimbra Editora, 1981. V IV, p. 253. O autor acrescenta ainda a importância de se conhecer a "*posição* processual em que se encontra o perito: ser perito do auto, do réu ou do juiz é circunstância que não pode deixar de ser tomada em conta na avaliação conscienciosa do laudo emitido".

[577] Assim concluímos para as conclusões já por nós expostas na secção 2.2 da parte I constantes de COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY; NATIONAL RESEARCH COUNCIL - *Strengthening forensic science in the united states: a path forward* [Em linha]. Washington: The National Academies Press, 2009. [21.06.2021]. Disponível em https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf. ISBN 0-309-13131-6.

[578] Cf. VIDAL, Camila - Médico que fez autópsia de Ihor chumbou no exame de especialidade de medicina legal. *Observador* [Em linha]. [01.10.2021]. Disponivel em https://observador.pt/2021/10/01/medico-que-fez-autopsia-de-ihor-chumbou-no-exame-de-especialidade-de-medicina-legal [03.03.2022].

médico-legal para averiguação de danos decorrentes de acidente de viação por uma perita de nacionalidade espanhola que, pelas dificuldades em compreender a língua portuguesa, realizou uma perícia sem perceber as respostas apresentadas pelo periciando às questões que pela mesma foram colocadas[579]. Mas podemos também abranger nestas considerações as perícias para avaliação do dano corporal. Duarte Nuno Vieira, médico forense, já avisou para o facto de muitos médicos atuarem como peritos nessa área mas não disporem de formação adequada[580]. Preocupações que reputamos acrescidas no quadro das perícias realizadas no âmbito dos processos que correm termos ao abrigo da Lei de Saúde Mental: é escasso o número de psiquiatras com formação médico-legal que as realizam, porque atuam na psiquiatria forense como recurso e não como atuação principal, desconhecendo a especialização própria da área e até o próprio processo penal em que atuam. Como consequência e «[...] indubitavelmente sem exagero, as perícias são normalmente de "qualidade" verdadeiramente lastimável e raras vezes respondem adequadamente ao que se tem em vista»[581].

Adiantando um assunto que será mais à frente explorado, é também de reter a escassez de recurso técnicos e humanos e a falta de especialização dos profissionais, incluindo no INMLCF. Uma situação que não tem tendência a melhorar porque ao longo dos últimos anos várias vozes alertaram para as más condições de trabalho dos funcionários do INMLCF e para a inevitabilidade de os profissionais mais qualificados e competentes não se sentirem atraídos para integrar os quados do instituto[582]. A consequência é que cada vez haverá menos peritos a integrar os quadros das entidades oficiais de peritagem, com maior primazia por peritos em regime de prestação de serviços e de entidades terceiras a realizar perícias, olhadas como se integrassem os estabelecimentos, laboratórios ou serviços oficiais quando são entidades privadas.

---

[579] Cf. ac. STJ. 03.04.22019. Proc. 38/17.9JAFAR.E1.S1.

[580] No seu entender para isso contribuirá ser única exigência para realizar perícias deste tipo a conclusão do curso de medicina, quando tal não se mostra suficiente. Lembra o autor que a especialização nessa área já foi inclusivamente assumida pela Comissão europeia, que num projeto de Diretiva comunitária estabelecia que "todos os peritos avaliadores devem ser titulares de um diploma universitário de estudos especializados em avaliação do dano corporal [...] os países que não os possuam, devem criar uma formação específica, de nível universitário, que proporcione médicos avaliadores aptos para peritar em todos os domínios do direito, aplicando metodologia correta para cada um deles, conduzindo a uma avaliação o mais justa possível e permitindo uma indemnização também o mais justa possível" - cf. VIEIRA, Duarte Nuno - *A peritagem médica em Direito do trabalho* [conferência online]. [19.02.2021]. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=-gNo5SJOd2U [03.03.2022].

[581] Conclusão apresentada por RODRIGO, Santiago - Sobre a prova pericial no Código de Processo penal de 1987, *op. cit.,* pp. 490 e 491.

[582] Já em 1989 José Pinto da Costa chamava atenção para as dificuldades da "profissão difícil" que exerciam os médicos-legistas no IML, referindo que nunca havia sido realizado um levantamento nacional dos funcionários do instituto que tivessem sofrido de depressões nervosas, admitindo que por muito equilibrados emocionalmente que sejam os mesmos, sempre ficarão perturbados com as inúmeras situações com as quais se deparam e com a impossibilidade de as resolver a todas - seja por falta de meios, de pessoal e até de compreensão de quem dirige - cf. COSTA, J. Pinto - Profissão difícil. In COSTA, J. Pinto - *Ao sabor do tempo: crónicas médico-legais.* Porto: Edição IMLP, 2000. ISBN 0469000147181. V I. Pp. 13-25. *Vide* secção 2.1.1.1.1 desta parte.

Assim, o critério subjacente à confiabilidade do perito que integra as entidades oficiais periciais - o da sua "institucionalização" - não se releva nem adequado nem suficiente para aferir da imparcialidade do perito nem da sua competência.

2.1.1.1.1.1.2. Perito designado de entre as pessoas que integram as listas oficiais

Além dos processos de expropriação - em que se prevê que quando haja lugar a prova pericial devem ser designados cinco peritos, dos quais três nomeados pelo tribunal de entre os que constam da lista de peritos avaliadores e os outros indicados pelas partes - não existe outra lista nem registo oficial de peritos em Portugal[583].

Considerando os interesses da investigação, é para nós de sublinhar que, em síntese, a lista é elaborada após um processo de recrutamento, realizado através de concurso ou procedimento simplificado promovidos pelo Diretor-Geral da Administração da Justiça, ao qual se poderão candidatar indivíduos que sejam titulares de algum dos cursos superiores considerados adequados pelos ministros responsáveis pelas áreas da justiça, das obras públicas e do ensino superior e não estejam inibidos do exercício de funções públicas ou interditos. Serão selecionados os candidatos que forem aprovados na prova escrita de conhecimentos e num curso de formação organizado pelo CEJ. Os peritos que integram as listas estão sujeitos a juramento e serão dela excluídos se deixarem de cumprir os seus deveres funcionais, designadamente se deixarem de observar os critérios de avaliação decorrentes da lei; se no decurso do ano judicial deixarem de comparecer mais de três vezes, sem justificação, a diligências para que tenham sido regularmente convocados; se, sem motivo justificado, não entregarem os relatórios ou os acórdãos nos prazos fixados; se não comparecerem injustificadamente às ações de formação e/ou se não realizarem prova de aptidão física. Diga-se, ainda, que está legalmente prevista a obrigatoriedade de estes peritos que integram as listas oficiais frequentarem ações de formação e a sua sujeição a situações de inibição, impedimentos e suspeição.

[583] Esta lista de pertos avaliadores é periodicamente atualizada e elaborada pela Direção-Geral da Administração da Justiça, estando disponível no respetivo *site*. Nessa lista, os peritos são agrupados por distritos judiciais e relativamente a cada um deles indica-se a licenciatura, morada, *email* pessoal e *email* do Ministério da Justiça, telemóvel e entidade empregadora ou equiparada. A seleção dos peitos que integram a referida lista é feita ao abrigo do DL n.º 125/2002, de 10.05 que regula as condições de exercício das funções de perito e árbitro no âmbito dos procedimentos anteriores à declaração de utilidade pública e no âmbito de processos de expropriação previstos no Código das Expropriações.

A priori seríamos levados a concluir que a nomeação de algum dos nomes que integre esta lista permitiria assegurar que o perito selecionado seria alguém com autoridade epistémica. Mas assim não é.

E não é desde logo porque a integração na lista, mesmo sendo feita à luz de critérios de natureza formal e substancial, é necessariamente realizada com total independência das necessidades epistémicas do caso concreto e que justificam precisamente a intervenção de um perito. E, a ser assim, como já vimos, fica prejudicada a avaliação da qualidade do perito que só pode ser feita casuisticamente.

E também não é assim porque o juiz, quando confrontado com a lista e a necessidade de nomear três peritos, nenhuma outra informação tem para lá do nome dos peritos, sua respetiva habilitação académica e contacto. Na verdade, nada consta na lista, p. ex., a respeito da área de especialização de cada um dos peritos; quais deles têm disponibilidade para a aceitar o cargo; qual a respetiva experiência no exercício de funções periciais; se no exercício dessas funções cumpriram de forma idónea e competente o cargo que lhes foi confiado; se se mostraram disponíveis para prestar esclarecimentos em audiência; se respeitaram os prazos fixados pelo tribunal; se contribuíram para o esclarecimento dos factos, etc.

Perante uma situação deste tipo, questionamos: qual o critério que deve seguir o juiz para selecionar, de entre vários, a pessoa que melhor poderá contribuir para a perceção e valoração dos factos relevantes? Procurando responder, Carmen Vázquez adianta que a escolha, não sendo feita por sorteio, residirá em algum nome que o julgador já conheça[584].

Mas novamente dizemos: não se compreende que assim seja porque se é a especialidade o requisito para que alguém seja reconhecido como pessoa idónea e competente, não deverá ser a sorte que dita a escolha do perito. É que a habilitação académica é distinta da área de especialização, habitualmente mais circunscrita. E a habilitação nada diz sobre a imparcialidade e competência, sendo sobretudo um critério de índole formal. E isto mesmo que se diga que o perito para integrar a lista frequentou e foi aprovado num curso de formação, retorquimos novamente: uma coisa é a aprovação num curso e outra bem distinta é a idoneidade e competência para o exercício de funções periciais. O importante seria assegurar uma avaliação

[584] O sistema apenas garante que a seleção entre um grupo de pessoas seja imparcial, mas não permite garantir que o perito selecionado seja de facto imparcial ou se comporte com imparcialidade no curso do processo judicial. Numa visão crítica, concluiu a autora "[e]ntre ello y tirar una moneda al aire parece que hay poca diferencia" - cf. VÁZQUEZ, Carmen - La im/parcialidad pericial y otras cuestiones afines: confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos. *Isonomía* [Em linha]. N 48 (2018). ISSN 1405-0218. Pp. 69-71. [01.02.2022]. Disponível em https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182018000100069. ISSN 1405-0218, p. 76.

pontual do exercício dessas funções. Porque uma coisa é o exercício regular da sua profissão e outra é o exercício da sua função vestido de perito[585]. Desta forma, não existindo essa avaliação nem sendo a mesma disponibilizada a quem seleciona o perito, o juiz só se poderá servir da (parca) informação das listas que não permite tomar uma decisão consciente das competências e qualidades do perito.

Para além disso, este será também um sistema de nomeação que não incentiva os peritos a atuar movidos pelos mais elevados padrões de exigência.

A confiança depositada no perito, também nestas situações, resulta mais de critérios de índole formal do que substancial[586]. E por isso julgamos que esta opção de nomeação de alguém que integre uma lista não seja suficiente para permitir ao juiz uma seleção do perito baseada na autoridade epistémica.

2.1.1.1.1.1.3. Pessoas de reconhecida idoneidade e competência

Não se mostrando adequado nenhum modelo de seleção do perito anteriormente mencionado, então o juiz poderá designar um perito de entre pessoas de reconhecida idoneidade e competência. Diríamos que à primeira vista este até pareceria o critério de seleção que mais se adequaria às inquietações por nós manifestadas.

Mas a prática rapidamente afasta esta visão mais cândida. O que constatamos é que o juiz se demite dessa função, ordenando rotineiramente que seja a secretaria judicial a indicar o perito ou bastando-se com a mera apresentação do nome do perito e com a menção de que é pessoa conhecida em juízo e que é idóneo e competente para a realização da perícia, sem que as partes tenham oportunidade de criticar a seleção do perito pelo tribunal[587].

---

[585] As mesmas preocupações já foram evidenciadas num outro contexto e noutro país, mas tal facto não deixa ser relevante para verificarmos que elas são transversais. Em França e relativamente aos peritos que figuram nas listas oficias como peritos em psiquiatria e psicologia defendia Jean-Pierre Bouchard, que escolha deveria centrar-se na especialização e experiência profissional, e para isso tanto a especialização como a experiência "deveriam constar de um registo oficial e serem tidas em consideração, oficialmente, na altura da inscrição desses especialistas nas listas e peritos e aquando da renovação da sua licença" - cf. BOUCHARD, Jean-Pierre - Para uma reforma da perícia psiquiátrica e da perícia psicológica em França (e na União Europeia). In FONSECA, António Castro - *Psicologia e justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 9789724037288. Pp. 155-174, pp. 163 e ss.

[586] E se dúvidas houvesse desta nossa visão, bastaria atendar na nossa jurisprudência que já firmou expressamente que "[s]endo essa pertença à lista oficial um verdadeiro requisito positivo de habilitação, ele não interessa somente o acto de nomeação, devendo continuar a verificar-se durante todo o exercício das funções para que o perito foi designado, salvo indicação legal em contrario nesse sentido natural. [...] Tendo um perito sido excluído da lista oficial, tal perda de qualificação funciona automaticamente, implicando uma caducidade da sua nomeação" - cf. ac. STJ. 23.11.1999. Proc. 681/99. Se compreendemos que a pertença é lista seja condição necessária para sua nomeação quando assim é legalmente exigido, não concordamos que essa seja condição única: a pertença do perito a uma lista formal não serve as preocupações com a competência e seriedade no desempenho das funções que lhe são cometidas.

[587] Veja-se, a título exemplificativo, a tramitação descrita nos acs. TRE. 28.05.2014. Proc. 333/05.0TBLGS-C.E1; TRG. 08.05.2014. Proc. 362-E/2002.G1 e TRG. 17.12.2019. Proc. 21/16.1T8VPC-B.G1. Esta é também a nossa experiência e a experiência relatada por Armando Oliveira, Presidente do Conselho Profissional de Agentes de Execução - cf. OLIVEIRA, Armando - *A (livre) escolha dos oficiais de justiça: agentes de execução,*

Ora, tal prática não se coaduna com as preocupações epistémicas que temos vindo a evidenciar. Poderá ser objetado a este nosso raciocínio que não é difícil averiguar a honorabilidade de uma pessoa, bastando para tanto perceber se a mesma será séria, honesta e competente na sua vida profissional. Respondemos dizendo que no caso da nomeação do perito tal não bastará porque é necessário aferir-se da "reconhecida idoneidade e competência" e, diríamos nós ainda, da sua autoridade epistémica.

Consideramos que esta nossa posição é reforçada por aquela que é a (má) *práxis.* Muito recentemente o Presidente do Conselho Profissional de Agentes de Execução, Armando Oliveira, referia que a prática demonstra uma concentração de nomeação nos mesmo peritos, já conhecidos pelos tribunais, e que isso causará uma dependência económica e redundará num circulo vicioso com possível desprestígio para administração da justiça, mas também com prejuízo para a qualidade das perícias.

Além disso, este tipo de práticas pode implicar favorecimento de determinas pessoas que muito dificilmente pode ser percecionado pelas partes, sem que haja dados para análise destas nomeações e da competência e idoneidade[588].

E então verificamos que neste caso nem sequer há boas razões para se crer que a designação do perito seja imparcial e decorrente da verificação da idoneidade e competência. Tudo isto num quadro em que se aceita que a nomeação do perito está na disponibilidade do juiz e o tribunal não considera relevante a apresentação de motivos para justificar a idoneidade de competência do perito que designa[589].

Não aplaudimos, por isso, que o legislador, tendo previsto uma "ordem de seleção imperativa dos peritos"[590], que se mostra complexa e detalhada, não tenha previsto a necessidade de a autoridade judiciária no CPP e o juiz no CPC, ao selecionar o perito de entre os nomes que constam das listas oficiais ou de entre pessoas de honorabilidade e reconhecidas competências na matéria em causa, tenha o dever de justificar o motivo pelo qual a sua escolha recai sobre uma pessoa determinada. É que, ao não se prever expressamente esse dever, a aferição da idoneidade

---

administradores de insolvência, peritos, encarregados de venda, devem ser escolhidos livremente pela parte ou pelo tribunal?. [conferência online]. [19.02.2021]. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=j_QV1t0_aOU&feature=youtu.be. Mas também parece ser prática corrente em Itália - ANSANELLI, Vincenzo - El modelo italiano de la *consulenza tecnica d'ufficio.* Falta de caracterización probatória de los instrumentos de la adquisición del conocimiento científico en el proceso civil, *op. cit.,* p. 250.

[588] Cf. OLIVEIRA, Armando - *A (livre) escolha dos oficiais de justiça: agentes de execução, administradores de insolvência, peritos, encarregados de venda, devem ser escolhidos livremente pela parte ou pelo tribunal?*, *op. cit.*

[589] Cf. ac. TRG. 17.12.2019. Proc. 21/16.1T8VPC-B. G1.

[590] Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 4ª ed. act. Lisboa: Universidade Católica, 2018. ISBN 978-972-54-0228-3, p. 436.

e da competência de perito, quando a lei não a pré-defina de forma imperativa fica na disponibilidade da entidade que o designa[591]. E se tal não se compreende em face das preocupações de imparcialidade e competência que subjazem ao regime geral, menos se compreende que assim seja no CPP porquanto não se reconhece às partes a faculdade de afastar o perito nomeado pelo tribunal. Diferentemente, no CPC, o perito indicado pelo juiz pode ser afastado se as partes acordarem na nomeação de um outro perito, que apenas pode ser rejeitado pelo juiz caso haja dúvidas sobre a sua idoneidade ou competência. Há aqui uma clara adaptação do modelo ao processo de partes, mas que parece desconsiderar as razões epistemológicas inerentes à prova pericial.

Também será de salientar uma discrepância na designação de perito entre CPC e CPP que não parece justificar-se. Nos casos em que, por impossibilidade ou inconveniência, a perícia não é ordenada a estabelecimentos, laboratórios ou serviços oficiais, o legislador prevê, no CPP que, nessas situações, a autoridade judiciária competente deve nomear o perito, preferencialmente, de entre pessoas constantes de listas de peritos existentes na respetiva comarca e só na sua falta ou impossibilidade de resposta em tempo útil pode nomear pessoa de honorabilidade e de reconhecida competência; mas no CPC não se prevê a preferência pela nomeação de peritos de entre as pessoas constantes das listas de peritos, admitindo-se que o juiz nomeie em primeira linha pessoa de reconhecida idoneidade e competência na matéria em causa. Não se compreende este regime distinto. Se as preocupações com a designação são idênticas, e se a nomeação recai sobre a autoridade judiciária no CPP e o juiz no CPC, parece não se justificar este regime divergente que introduz, pelo menos teoricamente, diferentes graus de exigência no processo de nomeação de perito. Algo que também não deve deixar-se de estranhar porque atualmente só existe uma lista de peritos, que é a lista de peritos avaliadores.

A questão que suscitamos é se este sentido de imparcialidade se poderá revelar relevante epistémica e epistemologicamente porque, como vimos, esta conceção prende-se mais com uma designação imparcial do perito do que propriamente com a sua atuação imparcial. Julgamos que o que dissemos na secção anterior já nos permitiria responder, mas o que será referido nos pontos seguintes permitirá uma resposta mais completa.

[591] Neste sentido se pronunciou já o TRG. 17.12.2009. Proc. 21/16.1T8VPC-B. G1. Deve, todavia, esclarecer-se que já será sindicável a decisão do juiz quando a sua nomeação de perito de entre a lista oficial ou de entre pessoas de reconhecida honorabilidade e competência for justificada por uma "impossibilidade" de nomeação do estabelecimento oficial - neste sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, op. cit.,* p. 423.

2.1.1.1.1.2. A (im)parcialidade cognitiva

Do que temos vindo a dizer resulta que à luz das inquietações epistémicas que nos norteiam, mais do que a forma imparcial como o perito é nomeado seria aferir da sua imparcialidade cognitiva. Nesta conceção de imparcialidade fazemos alusão a uma linha cognitiva porque só esta permitirá aferir da legitimidade epistémica do perito e da confiabilidade do conhecimento que produz no processo.

Como já dissemos o perito não se mostra um ser desenraizado e atua sempre com um conhecimento vivencial, implícito e limitado. E por isso nesta perspetiva somos levados a questionar se o perito atuará de forma imparcial quando na sua atividade atua tendo por base informações incompletas e parciais. Tal pode suceder tanto porque as informações fornecidas sobre o caso em que atua são incompletas, quanto porque o perito parte de certas predisposições teóricas questionáveis na sua área de conhecimento.

Se no primeiro poderá haver solução mais ou menos simples[592], tudo se complica na segunda situação, que nos faz refletir novamente sobre o que significa ser-se perito, considerando que todo o especialista possui um arcabouço teórico-conceitual prévio e adere conceções técnicas e científicas[593]. Ora, como já dissemos, entendemos que ser-se especialista é uma propriedade motivacional, i. e., é saber e estar disposto realizar determinados tipos de atividades e não apenas possuir um conjunto de conhecimentos. Portanto, ser um especialista não se reduz a nenhum

[592] Seria o caso, p. ex., de uma partilha transparente da informação que foi pelas partes e pelo tribunal cedida ao perito e por este da especificação, no seu relatório, de toda a informação que teve em consideração na formulação das conclusões que apresenta.

[593] Pensemos, p. ex., nas divergências genuínas entre qual seja o método mais adequado às tarefas que lhe são cometidas. Como se sabe, mesmo dentro de cada área de especialização podem existir diversos métodos e variadas possibilidades de conhecimento. Os métodos serão um meio de se alcançar a objetividade, mas não são garantia de objetividade e tal como o paradigma legal o paradigma científico é assente numa construção social através de um processo de discussão e de consenso, tendente à criação de teorias, métodos, erros e validação. E por isso, o modo como o perito exerce as suas funções, pese embora possa ser objetivo, não assegura neutralidade. Procurando sintetizar razões de divergência entre especialistas, Déirdre Dwyer apontou: discordância sobre que factos são relevantes para fornecer uma resposta; discordância quanto ao quadro metodológico que deve ser aplicado a um conjunto desses factos relevantes à resolução da questão; discordância sobre que razões justificam a opção por uma de entre várias respostas divergentes; e finalmente divergência quanto ao modo como o conjunto de generalizações selecionado (quadro metodológico) deve ser aplicado ao conjunto dos factos relevantes selecionados - cf. DWYER, DÉIRDRE - *The judicial assessment of expert evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. ISBN 978-0-511-46363-1, p. 137. Pode ainda ler-se sobre o tema BEECHER-MONAS, Erica - *Evaluating scientificc evidence: an interdiscipliary framework for intellectual due process*. New York: Cambridge University Press, 2007. ISBN 978-521-67655-7, pp. 36 e ss. E como lembra, "[t]he only essential ingredient for good science - and, hence, the only overarching method - is that science must be open to critique and revision" - *ibidem,* p. 37.

Pensemos, p. ex., no que de alguma forma já fomos referindo na parte I a respeito da falta de validade científica para muitas das técnicas aplicadas nas ciências forenses. Será o caso da técnica utilizada nas perícias à letra e assinaturas, mas também nas perícias dactiloscópicas que para além de não conhecer um método cientificamente validado comunica os seus resultados mediante uma declaração de correspondência entre dois padrões visuais por "semelhança" suficiente, quando a semelhança é um *quantum* não especificado e determinado com base na própria experiência do examinador. Também sobre este problema, DUCE, Mauricio - Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate. *Ius et Praxis* [Em linha]. V 24, N 2 (2018). *[01.09.2021]. Disponível em* https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v24n2/0718-0012-iusetp-24-02-00223.pdf. ISSN 0717 – 2877.Pp. 223-262. Também não podemos esquecer que muitas vezes o que é percecionado tem que ser manipulado para produzir resultados percetíveis e informativos. E essa manipulação tem uma influência epistemológica significativa nos resultados obtidos. Por isso, em muitos casos, para que seja possível a apresentação de resultados, é necessário que os factos sobre que trabalha o perito sejam de alguma forma objeto de (des/re)construção. É que no despenho das suas tarefas periciais, os peritos utilizam métodos não sensoriais e tão complexos que chega a ser difícil saber se algo foi observado em sentido estrito.

critério formal que consista em qualificações, credenciais ou acreditações, ou sequer na disposição de informações: é antes ter a capacidade para utilizá-las adequadamente quando necessário.

Uma constatação que ganha outra dimensão se lembramos que as tarefas periciais não se reduzem à *mera* observação como temos vindo a sublinhar. Num esforço que julgamos bem-sucedido, Samuel Gross e Jennifer Mnookin procuraram sistematizar as diferentes tarefas habitualmente desempenhadas pelos peritos em contexto judicial. Agrupando-as entre observação, tradução e cálculo, concluíram que todas essas tarefas implicam, ainda que em grau diferente, deduções e induções e que, em última instância, sendo impossível uma atuação totalmente neutra e imparcial, a atenção para aferir da qualidade das informações que os peritos prestam deverá residir nas respetivas competências para realizar as tarefas que lhe foram cometidas[594].

E tudo se volta a complicar se pensarmos que o mesmo sucede com cada pessoa que, de alguma forma, participa nos factos percecionados pelo perito[595]. E mais ainda se tivermos em consideração que, no campo probatório no contexto judicial, os factos constituem um misto de questões de diferente *status* ontológico e com um grau de acessibilidade cognitiva também diferente: alguns factos existem como um fenómeno natural, enquanto outros são o produto de convenções sociais de complexidade muito variada e por isso uma prova pericial pode consistir

[594] Como descrevem os autores, se pensarmos sobre a tarefa de observação (p. ex., se pedirmos ao perito para descrever um cadáver ou lesões corporais), parece inegável que se trate de uma tarefa ativa, que exige a seleção pelo perito do que é mais ou menos relevante, num ato que incorpora uma série de suposições não declaradas sobre os motivos que o levaram a assim decidir. Mas se pensarmos na tarefa de tradução como reafirmação num sistema de comunicação simbólica de uma mensagem que foi transmitida num diferente sistema de comunicação, também só podemos concluir que se exige do perito proficiência nos dois sistemas de comunicação que precisam ser mutuamente inteligíveis e que tal implicará sempre uma interpretação com conotação própria, sendo irrazoável pensar que possa ser exercida de forma totalmente neutral. E por fim, mesmo quando pedimos ao perito para realizar cálculos, não raras vezes devemos reconhecer que essa tarefa não passará pela aplicação de fórmulas matemáticas, exigindo antes uma avaliação, designadamente "do que calcular". Ora, se a aplicação de fórmulas não deixa espaço para a ambiguidade, a resposta a essas questões antecedentes nem sempre conhece igual solução. Pensemos, p. ex., quando se pede ao perito que calcule os lucos cessantes e, mais concretamente, os ganhos da vida de uma pessoa se tivesse sobrevivido a um acidente de viação. Neste tipo de tarefa, exige-se não apenas a aplicação de fórmulas matemáticas, mas a ponderação e integração de informações e suposições sobre questões muito díspares, como sejam o tempo de vida produtivo, os possíveis planos de carreira, as tendências futuras de emprego e salários, a produtividade e inflação na economia, e assim por diante. Destes exemplos simples julgamos que a conclusão que daí extraem os autores é difícil de abalar: a distinção entre as várias tarefas que podem ser atribuídas aos peritos é sobretudo de grau e não de natureza da tarefa em si mesmo. Como dizem, mais importante do que estabelecer esta distinção, será determinar que tipo de conhecimento é que é empregue pelo perito - cf. GROSS, Samuel; MNOOKIN, Jennifer L. - Expert information and expert evidence: a preliminary taxonomy. *Seton Hall Law Review* [Em linha]. V 34, N 1 (2003), pp. 141-189. [09.10.2019]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=477202. ISSN 0586-5964, pp. 154 a 163.

Esta, de resto, não é conclusão solitária. Já vimos que também Susan Haack se pronunciou sobre a observação científica como uma atividade ativa - cf. HAACK, Susan - Irreconcilable differences? The troubled marriage of Science and Law. *Law and Contemporary Problems* [Em linha]. V 72 (2009), pp. 1-23. [20.03.2018]. Disponível em https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1502&context=lcp. ISSN 1945-2322, p. 7; *Defending science within reason: between scientism and cynism*. New York: Prometheus Books, 2007. ISBN 9781591024583, pp. 137-141 e ainda Of Truth, in Science and in Law. *Brooklyn Law Review* [Em linha]. V 73 (2008). Pp. 985-1008. [30.06.2021]. Disponível em https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1315&context=blr. ISSN 0007-2362, p. 995.

[595] Em Portugal, Susana Costa também chamou já atenção para estas questões quanto ao processamento do local do crime pelos OPC. A respeito, evidencia que nem todo o trabalho de cientifização da atividade policial decorre de uma "objetividade mecânica", decorrente da aplicação de protocolos, mas reveste em certa medida uma "objetividade administrativa", dependente das idiossincrasias pessoais e individuais de cada agente policial que se confronta com um cenário criminal. Tal "objetividade administrativa" por relevar-se, a título de exemplo, na seleção que o agente do OPC faz na descrição da cena nos autos de inspeção ocular; ou na seleção daquilo que constar ou que omite dos autos de notícia; ou como faz o registo fotográfico da cena do crime (o que fotografa, de que perspetiva fotografa), etc. Estas serão decisões que se reconduzem mais ao conhecimento tácito do que ao rigor da ciência e seus protocolos - cf. COSTA, Susana - O aparato forense e os entendimentos socioculturais na investigação criminal em Portugal. In MACHADO, Helena - *Genética e Cidadania*. Porto: Afrontamento, 2017. ISBN. 9789723615739. Pp. 87-109, pp. 89 e 90.

parcialmente em inferências que o perito retira dos factos e outra parte em factos aos quais a lei concede consequências jurídicas que foram oferecidas por não especialistas[596].

O que aqui dissemos sugere então que a função cognoscitiva da prova exigirá mais do que apenas uma seleção imparcial de um perito que ofereça uma atividade supostamente imparcial. A aferição desta imparcialidade cognitiva exigirá não só que o perito especifique, de forma clara, todas as informações que considerou na sua atuação, mas também que as partes façam um controlo dessas informações.

2.1.1.1.1.3. A (im)parcialidade motivacional

A par da imparcialidade de origem e da (im)parcialidade cognitiva há uma outra conceção de (im)parcialidade que pode assumir relevância para o nosso estudo. Uma conceção muito próxima aos juízos que fomos adiantando quando nos referimos ao mito da imparcialidade associado à disposição de o perito, consciente ou inconscientemente, agir favorecendo uma das partes devido a circunstâncias pessoais relacionadas com o seu caráter pessoal, as suas vivências e até emoções ou razões de ordem moral[597]. Estas preocupações decorrem da personalização da

---

[596] Neste sentido, JARDIM, Maria Amélia Vera - A investigação pré-sentencial sobre a pessoa. *Cadernos do CEJ: Criminalidade e cultura.* Lisboa. ISBN 972-9122-11-3. N 1/91. V II (1992). Pp. 181-212, p. 205. A autora vai mais longe e refere-se à inevitabilidade de o perito formar a sua convicção sobre os factos em discussão por ter acesso a elementos do processo, por ouvir as partes e apreciar os factos. Exemplifica com as perícias para compreender a personalidade, questionando como ser possível auxiliar o juiz a compreender a personalidade revelada no facto sem se partir de um qualquer princípio, designadamente se o arguido é ou não o autor dos factos, quais os factos que lhe são imputados e em que circunstâncias foram imputados. Diz que é natural que o perito, para auxiliar o juiz, tenha também ele que criar uma íntima convicção sobre a culpa do arguido, já que a perícia não pode ser elaborada em abstrato. Seguindo as palavras da autora "a personalidade do perito é também um factor que se projectará no juízo pericial. Daí que a neutralidade deva ser entendida como manifestação do controlo possível, uma atitude que também se aprende, se treina e afeiçoa. Ser neutral significa para alguns autores não assumir o papel de acusador ou defensor do arguido; não se envolver numa relação de confiança, de ajuda ou de cariz terapêutico; acautelar uma eventual instrumentalização pelo periciando sem que se envolva na rigidez e no temor de estar a ser instrumentalizado; enfim reconhecer com precisão as consequências jurídicas do trabalho pericial". O mesmo é reconhecido por Carlota Pizarro de Almeida quando afirma que ao tentar relacionar os factos de que o arguido vem acusado com a sua personalidade e estado mental, é natural que o perito se sirva de revelações feitas num clima supostamente de confiança, arriscando-se a postular a culpa do agente sem que a mesma tenha sido sequer juridicamente estabelecida em face das provas carreadas para o processo porque "o juízo de inimputabilidade só poderá repousar sobre a constatação prévia de um determinado condicionalismo" - cf. ALMEIDA, Carlota Pizarro - *Modelos de inimputabilidade: da teoria à prática.* Coimbra: Edições Almedina, 2000. ISBN 9789724012674, p. 53. Sobre estas preocupações, leia-se FERNANDES, Henrique Barahona - Imputabilidade penal dos doentes e anormais mentais. In AAVV - *Psiquiatria forense.* Lisboa, edição da Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. Pp.5-33, p. 9 e SILVA, José Pereira da - A propósito do exame psicológico no âmbito penal. *Análise Psicológica.* Lisboa. ISSN 0870-8231. N 1, XI (1993). Pp. 29-36, p. 35.

De resto, já identificámos na parte IV situações que evidenciam o que aqui dissemos, e que não se prendem com a falta de confiabilidade da disciplina, mas com o facto de os peritos terem tendência para realizar declarações e formularem conclusões que não têm suporte empírico na respetiva disciplina. Ou seja, o problema está na maneira como os especialistas relatam e interpretam os resultados obtidos no momento em que formulam as conclusões nos relatórios periciais. Exemplo paradigmático e que já apresentamos é o de Victor Mota que assumiu que, perante as análises e dados recolhidos, poderia ter-se decidido pela inimputabilidade. Contudo, afirma não o ter feito, optando pela defesa da atenuação da imputabilidade, provavelmente pelo conjunto de consequências, de natureza diversa que se colocam nos internamentos de inimputáveis - cf. MOTA, Victor - *Quase responsáveis: vinte anos de psiquiatra forense, op. cit.,* pp. 107-109.

[597] Dada a multiplicidade de causas possíveis, mais relevante do que desenvolver listas de fatores que podem afetar a imparcialidade motivacional será pensar nos mecanismos para reagir a este tipo de situações, como os pedidos de escusa e recusa. Seguimos VÁZQUEZ, Carmen - La im/parcialidad pericial y otras cuestiones afines: confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos, *op. cit.* e a respeito dos vieses cognitivos DROR, Itiel E. - How can Francis Bacon help forensic science? The four idols of human biases. *Jurimetrics Journal* [Em linha]. V 50, N 1 (2009), pp. 93-110. [09.06.2022]. Diponível em https://www.jstor.org/stable/41550028. ISSN 0897-1277. Neste artigo, lembrando as constatações do relatório da National Academy os Sciences, conlui que todos os vieses identificados por Francis Bancon (*idola tribus, idola specus, idola fori e idola theatri*) se podem verificar na atuação pericial. Veremos, na próxima parte, existirem casos documentados de mau comportamento extremamente

prova pericial, i.e., do reconhecimento de que um sujeito com seu o caráter, as suas emoções e as suas circunstâncias está envolvido nos atos que pratica. Tratam-se novamente de vieses que impedem uma atuação verdadeiramente isenta e neutral da atividade pericial e que variam de uma pessoa para outra e resultam das experiências do indivíduo, da sua educação, da sua formação e de outras características pessoais. São, pois, vieses que já não derivam da própria natureza, mas do seu contexto que implicará uma própria disposição peculiar e singular.

A propósito, o National Research Center dos EUA já reconheceu serem significativas as potencialidades de erro ou preconceito na atuação dos peritos forenses e por isso recomendou que o National Institute of Forensic Science incentivasse a investigação empírica sobre os vieses de erro e fontes de erro humano nas ciências forenses[598].

Ora, mais uma vez se aplica aqui o que dissemos a respeito da (im)parcialidade cognitiva e do caráter testemunhal da prova pericial: a aferição da atuação imparcial do perito exige que tanto o perito como as partes e o tribunal procurem uma justificação das afirmações por si prestadas.

Tudo isto nos permite concluir que a perspetiva de imparcialidade atribuída ao perito público/oficial é infundada quando equacionada epistemologicamente.

2.1.1.2.2. O mito da competência

Ilidida que está a presunção de imparcialidade do perito público/oficial ou escolhido pelo tribunal, debatemo-nos agora com a sua presumida competência. Afinal, como dissemos, a presunção de competência do perito público/oficial ou selecionado pelo tribunal é outro dos fatores que justifica a atribuição de valor reforçado à prova pericial desta natureza. E é assim não apenas em termos legislativos, mas também na prática judicial, em que frequentemente se refere estar legitimada a preferência pela nomeação de peritos públicos/oficiais e pelos seus relatórios por se poder "[...] parti[r] do princípio de que tudo o que é oficial é melhor, pelo seu padrão de qualidade e competência"[599].

---

sérios em países como os Estados Unidos. Para já, sugerimos a leitura de DUCE, Mauricio - Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate, *op. cit.*

[598] Cf. COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY; NATIONAL RESEARCH COUNCIL - *Strengthening forensic science in the united states: a path forward, op. cit.,* pp. 1-33. P. ex., estudos para determinar se e para até que ponto os resultados das análises forenses são influenciados pelo conhecimento sobre os antecedentes do suspeito e a teoria do investigador sobre o caso

[599] Cf. ac. TRL. 06.02.2019. Proc. 264/13.0TELSB.L1-3. De resto, parece que este adágio é também partilhado pelo legislador quando o legislador prevê a necessidade de o perito prestar compromisso perante a autoridade judiciária competente (art. 156.º, n.º 1, 1.ª parte do CPP), apenas estando dispensados desse compromisso funcionários públicos que atuem como peritos (art. art. 91.º, n.º 5 do CPP). Também se evidencia daqui uma certa confusão entre o que é "oficial" e o que é "público".

Assim será porque não só o perito do tipo público/oficial foi acreditado para prestar a sua atividade numa entidade pública/oficial, como essa entidade que integra foi objeto de homologação de acordo com as normas de qualidade correspondentes e está sujeita a controlos periódicos de qualidade. Ora, o facto de um perito ter sido acreditado pelas normas de qualidade correspondentes faz-nos crer que um terceiro independente tenha certificado o cumprimento de um elevado grau de preparação por parte do profissional em causa, o que implica não só o reconhecimento formal da qualificação e competências, mas a avaliação da aptidão para aplicá-los na sua atuação profissional. Da mesma forma, a exigência de homologação do laboratório científico constitui um mecanismo de controle da qualidade científica e técnica dos ensaios que nele se realizam.

Acontece que se assim é, não podemos deixar de notar que tanto a acreditação como a homologação se mostram avaliações gerais e não atendem a casos particulares nem à atuação pontual dos peritos. E, como vimos, a autoridade epistémica pressupõe a aferição casuística das qualidades que compõem o que é ser-se perito.

É por isso importante tomarmos consciência de que para avaliarmos a qualidade de uma prova pericial não é suficiente uma análise do especialista no sentido genérico, mas é sobretudo necessário ter em consideração como atua no caso concreto, quais as informações que utiliza e as inferências que realiza a partir delas.

E tal como constatamos na análise da presunção de imparcialidade do perito oficial, a presunção de competência destes peritos também pode ser ilidida. Com isto - e com o título deste capítulo - não pretendemos afirmar ou insinuar que estes peritos são incompetentes. Só pretendemos chamar atenção para a inevitável conclusão do que temos vindo a dizer: a atribuição de um valor maior a um perito por pertencer a uma instituição pública ou por não ter relação com as partes, sem fazer um juízo concreto sobre a sua autoridade epistémica (a sua atitude cognitiva e motivacional) e a forma como atua, constitui um exercício errado da lógica processual[600].

Os aspetos que consideramos para o afirmar resultam dos que mais recorrentemente foram apontados na análise doutrinal e jurisprudencial que desenvolvemos. Não que aí fossem (sempre) apontados para afastar a presunção de competência - esforço esse que agora desenvolveremos - mas sobretudo como críticas ao modelo da prova pericial que conhecemos, predominantemente

[600] Assim refere DUCE, Mauricio J. - DUCE, Mauricio J. - *La prueba pericial: aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina*, *op. cit.,* p. 41.

público/oficial. Apesar disso, julgamos que essas críticas redundam no nosso propósito neste ponto. Assim, consideraremos as reiteradas preocupações quanto à falta de meios técnicos e humanos e ao não cumprimento dos procedimentos adequados.

2.1.1.2.2.1. Falta de meios técnicos e humanos

Um dos maiores problemas da preferência por perícias oficiais prende-se com o facto de nem sempre os laboratórios disporem de meios técnicos e humanos necessários e adequados à realização das tarefas perícias.

Assim sucedeu, por exemplo, até 2019, data em foi criada a Unidade de Perícia Tecnológica Informática. Na falta dessa unidade e de peritos com competência para efetuar as perícias de natureza informática, os serviços e instâncias portuguesas estavam em larga medida dependentes de laboratórios internacionais. Para além da perda de eficácia e das dificuldades de controlo na forma como decorriam tais perícias, assistíamos a um "verdadeiro paraíso da delinquência informático-digital" e uma ineficácia da perícia informático-digital[601].

Uma realidade não diferente é vivida com a falta de peritos em criminalidade económica e financeira, sendo por força disso as *perícias* realizadas pelos próprios investigadores. O alerta é sério e grave: "[c]onfundem-se investigadores com peritos e porque o laudo pericial tem força probatória acrescida acabam por ser os investigadores a decidir sobre a culpabilidade! É a subversão total da garantia jurisdicional"[602].

Também no INMLCF se sente a falta de profissionais. Neste caso, a falta de pessoal parece dever-se, entre outros motivos, à inexistência de médicos disponíveis para aí desempenharem funções periciais porque as condições oferecidas na Administração Pública, designadamente remuneratórias, são piores do que as oferecidas por entidades privadas. Um relatório promovido

[601] Cf. RODRIGUES, Benjamim Silva - *Da prova penal: a prova científica - exames, análises ou perícias de DNA? Controlo de velocidade, álcool e substâncias psicotrópicas.* 3ª ed. rev. com., atual. S.l.: Rei dos livros, 2010. ISBN 978-989-8305-09-1, p. 580. Ainda que não rejeitasse a falta de especialistas, Maria Cândida Almeida lembrava que o combate ao crime organizado passaria tanto pela especialização dos OPC quando pelo empenho do MP no desempenho da ação penal e pela racionalização das perícias que sempre exigiriam "[...] conhecimento de causa, isto é o que importa saber e como perguntar" - cf. ALMEIDA, Maria Cândida - Das perícias e do crime organizado. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *III Congresso de Processo Penal.* Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 9789724028149. Pp. 219-229, p. 229.

[602] Esta realidade é assim descrita por SILVA, Germano Marques da - A criminalidade organizada e a investigação criminal (nem pactos com o "diabo" nem utilização de meios diabólicos no seu combate). In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *III Congresso de Processo Penal.* Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 9789724028149. Pp. 397-414, p. 412. Preocupado com esta situação, também Benjamim Silva Rodrigues referiu que "em circunstância alguma" pode ser aceite que o investigador realize perícias: seja porque foi ele a recolher a prova, seja porque não dispõe de conhecimentos para o efeito. Faz o autor uma anologia entre a necessária separação de funções entre o investigador e o perito e as competências atribuídas ao JIC e ao juiz do julgamento, manifestando estarem em causa iguais preocupações com imparcialidade e objetividade científica – cf. RODRIGUES, Benjamim Silva - *Da prova penal: a prova científica - exames, análises ou perícias de ADN? Controlo de velocidade, álcool e substâncias psicotrópicas, op. cit.,* p. 581.

pelo Provedor de Justiça em 2012 para conhecimento da situação no INMLCF denunciou não apenas atrasos na realização de perícias médico-legais neste instituto, mas também na realização dos exames complementares de diagnóstico e no tratamento dos pedidos complementares de informação clínica feitos aos estabelecimentos do SNS, também por restrições orçamentais e atrasos nos pagamentos[603].

Procurando ultrapassar esta situação, o legislador, muito recentemente, no DL n.º 53/2021, 16.06, veio a introduzir algumas alterações à L n.º 45/2004, de entre as quais a possibilidade de nomeação de perito por despacho judicial mesmo nas áreas de atuação do GML, sempre que estes não disponham de peritos em número suficiente ou de peritos especialistas e a urgência do caso seja incompatível com a demora provocada pela insuficiência de recursos humanos (art. 5.º) e a preferência, no reforço de meios humanos, pela celebração de contratos de trabalho por tempo indeterminado a afetar ao mapa de pessoal do INMLCF, ao invés de assumirem a natureza de prestação de serviços. Esta última não é de todo desprezível, considerando que desde 2017 se verifica um maior número de prestadores de serviços do que de peritos que integram o quadro dos trabalhadores do INMLCF e que entre 2015 e 2019 a atividade do instituto teve um aumento quer no número de perícias, quer no número de exames realizados[604].

Por isso se compreende a abertura a entidades terceiras para realização de perícias e também recentemente as diversas alterações introduzidas no estatuto do INMLCF para assegurar maior celeridade na realização de perícias[605]. Também pela mesma razão se percebe que de entre os objetivos estratégicos definidos pelo instituto para 2021 se encontrem o aumento da eficácia na emissão de pareceres e realização de perícias, o reforço formação da vertente técnico-científica através da formação, mediante realização de cursos sobre normas procedimentais nas áreas

---

[603] De acordo com as informações prestadas pelo Conselho Diretivo do INMLCF, alguns hospitais (sobretudo entidades públicas empresariais) têm-se recusado a colaborar na realização das perícias porque pretendem que os mesmos sejam faturados não aos tribunais, mas à entidade que diretamente os requisita, por razões que derivam da maior celeridade do pagamento. Por isso mesmo o Provedor de Justiça recomendou o estabelecimento de protocolos entre Ministérios da Justiça e da Saúde de molde a atribuir de prioridade à realização das perícias e pedidos complementares de informação clínica solicitados pelo INMLCF aos estabelecimentos do SNS, que são indispensáveis à conclusão dos relatórios periciais, quando pedidos pelos serviços do INMLCF e quando esgotados os prazos máximos de entrega dos relatórios, e a capacitar as autoridades judiciárias para a intervenção direta junto dos serviços da administração da saúde - cf. PROVEDOR DE JUSTIÇA - *Relatório - atrasos na realização das perícias médico-legais: implicações sobre a celeridade processual* [Em linha]. 2012. [06.01.2022]. Disponível em https://www.provedor-jus.pt/documentos/Relatorio_INMLCF.pdf, p. 47.

[604] Do relatório da justiça 2015-2020, publicado em setembro de 2021, resulta que a atividade do INMLCF na realização de exames e respetivos relatórios conheceu até 2016 uma situação de congestionamento, que tem vindo a ser regularizada, atingindo um mínimo em 2020 - cf. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - *Relatório da Justiça 2015-2020*, *op. cit.* Contudo, do relatório de atividades publicado pelo INMLCF relativo às atividades realizadas no ano de 2020, consta que foram deixados pendentes 782 relatórios de perícias de tanatologia forense, 333 relatórios de perícias de clínica médico-legal, 31 relatórios de perícias de genética e biologia forense, 36 relatórios de perícias de anatomia patológica forense e 263 relatórios de perícias de psiquiatria e psicologia forense - cf. INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL E CIÊNCIAS FORENSES, I.P. - *Relatório de Atividades 2010, op. cit.,* pp. 102-104.

[605] Tais alterações contemplaram a possibilidade de a consulta pelos peritos da informação clínica existente nos autos e nos processos hospitalares ser realizada por via eletrónica e a realização de autópsias em dias não úteis e em feriados - cf. DL n.º 53/2021, de 16.06.

estruturantes da Medicina Legal e Ciências Forenses, a modernização tecnológica através da aquisição de equipamentos para os serviços laboratoriais e o desenvolvimento de estratégias para atrair melhores profissionais[606].

E se pensarmos em peritos externos, a situação não tende a melhorar, porque a baixa remuneração é um fator que desmotiva a sua colaboração com as instâncias judiciais e pode afastar os profissionais mais qualificados[607].

Esta falta de meios há-de necessariamente repercutir-se num atraso considerável na realização das perícias e/ou na remessa dos relatórios para os tribunais. Veja-se, p. ex., o caso das perícias de escritas manuais realizadas pelo LPC, que demoram em média dois anos[608] ou a remessa de relatórios de autópsia pelo INML cuja demora pode variar entre oito meses e dois anos[609]. Por sua vez, estes atrasos são fonte de uma maior morosidade processual que já motivou inclusivamente a condenação do estado português, ao abrigo do instituto da responsabilidade civil extracontratual, no pagamento de várias indemnizações por danos morais decorrentes de demoras excessivas de processos judiciais resultantes de atrasos sucessivos na realização de perícias pelo INMLCF, em violação do direito a uma decisão em prazo razoável[610]. Se é certo que a morosidade decorrerá da falta de pessoal, não será de excluir que a forma como se encontram estruturados os serviços e são distribuídas as competências também concorrerá para esta situação.

Porque mencionamos tudo isto? Porque tudo isto se repercute na (falta de) qualidade das perícias (quando chegam a ser ordenadas). É que face ao receio de atrasos nos processos

---

[606] Cf. INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL E CIÊNCIAS FORENSES, I.P. - *Plano de atividades 2021, op. cit.*

[607] Não podemos deixar de esclarecer que até à sua declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, vigorava um impedimento de remuneração de perito em montante superior ao limite de 10 UC (art. 17.°, n.°s 2 e 4 do Regulamento das Custas Processuais em conjugação com a sua tabela IV). O Tribunal Constitucional viria a decidir que a fixação legal de um limite inultrapassável «[...] constitui uma imposição tão absoluta na fixação do valor da remuneração devida pela atividade pericial desenvolvida que, em abstrato, pode conduzir a situações em que o sacrifício imposto ao perito, designadamente no seu direito patrimonial de retribuição pela atividade desenvolvida, não seja devidamente compensado [...]» pois «[...] dado o montante do valor máximo previsto (€1020), não será difícil imaginar atividade pericial cujo valor, pela complexidade, dimensão ou mesmo duração do esforço exigido ao seu autor possa exceder - e exceder consideravelmente - aquele 'teto' [...]», fazendo prevalecer estas preocupações sobre o direito à prova ou a um processo justo ou equitativo ou sequer à retribuição do trabalho segundo quantidade, natureza e qualidade - cf. ac. TC. 01.02.2017. Proc. 682/16.

Estas preocupações também são espelhadas na realidade estrangeira. É o caso da França, em que os juízes já notaram ser difícil encontrar psiquiatras em determinadas regiões, apontando como razão o número reduzido de psiquiatras em formação e de muitos dos que se encontravam a exercer funções estarem a aproximar-se da idade da reforma. Como consequência, antevia o estudo onde localizamos esta informação, que a perícia psiquiátrica não pudesse realizar-se com garantias de qualidade e sem que se mostrasse suficiente a revalorização monetária - cf. BOUCHARD, Jean-Pierre - Para uma reforma da perícia psiquiátrica e da perícia psicológica em França (e na União Europeia), *op. cit.,* pp. 163 e ss

[608] Cf. ac. TRL. 18.03.2005. Proc. 344/12.9GBCLD.L1-3. O mesmo se verifica em sede de perícias informáticas, cujos atrasos já foram divulgados na comunicação social por responsáveis do MP - cf. OLIVEIRA, Mariana - Nova unidade na PJ para responder à demora das perícias informáticas. *Público* [Em linha]. [12.09.2019]. Disponível em https://www.publico.pt/2019/09/12/sociedade/noticia/nova-unidade-pj-responder-demora-pericias-informaticas-1886315.

[609] Situações denunciadas no PROVEDOR DE JUSTIÇA - *Relatório - atrasos na realização das perícias médico-legais: implicações sobre a celeridade processual*, *op. cit.,* p. 47.

[610] *Vide*, a título certamente exemplificativo, os acs. TCAS. 04.04.2019. Proc. 1045/16.4BEALM e do STA. 18.02.2021. Proc. 02386/16.6BEPRT. Neste último verificamos que entre cada ato pericial e realização de exames complementares o hiato temporal foi em média de seis meses, num total de quatro anos entre a realização do primeiro ato e o último.

judiciais, os magistrados já revelaram não ordenar a sua realização mesmo quando seriam necessárias à boa decisão da causa[611] e os profissionais que integram o quadro do INMLCF, reconhecendo estes atrasos e a impossibilidade de responderem em tempo útil a todos os pedidos que lhes são endereçados pelos tribunais, já apelaram à possibilidade de as perícias requeridas pelo MP em ações que então seriam de interdição/inabilitação poderem ser substituídas "[...] por outras diligências mais céleres, acessíveis e consentâneas à realidade pragmática nacional"[612].

Para além disso, esta falta de recursos pode envolver outras consequências, de igual ou maior gravidade, por existir necessidade de as perícias serem delegadas a outras entidades privadas ou a "peritos ocasionais", relativamente aos quais não se coloca em causa a sua honorabilidade, mas cuja competência na matéria em causa, como exige o legislador, é por poucos reconhecida. Por exemplo, muito recentemente foi denunciado pelo Sindicato dos Técnicos da Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais que há ex-funcionários de câmaras municipais e técnicos superiores de reeducação e reinserção social a realizar *perícias* de personalidade e avaliações psicológicas sem terem formação adequada e sem qualquer orientação técnica[613].

Não deixa de ser curiosamente paradoxal o facto de a preferência por uma perícia oficial acabar por fomentar o recurso a perícias do tipo privado, por subcontratação das entidades públicas/oficiais. Daqui somos levados a constatar que, apesar de apresentada na década de 80 do séc. passado, se mantém perfeitamente válida nos tempos atuais a observação de José António Barreiros da existência de uma "significativa desproporção" entre o modelo previsto quanto à

---

[611] Num estudo desenvolvido sobre violência doméstica realizado em 2016 ficou claro que a prova pericial de dano corporal apenas é realizada em metade dos processos em que há lugar a acusação e que a perícia de avaliação de dano psicológico é ainda menos frequente e isso não é porque não tenha relevância, mas por receio da morosidade desse tipo de perícias. Nesse mesmo estudo foi ouvida uma magistrada que referiu ter conhecimento de perícias que, solicitadas em fase de inquérito demoram 9 e 10 meses por "[...] incapacidade de resposta do sistema para avaliar estas situações" e confessou ter uma "cunhazinha" para acelerar as perícias que solicita - cf. GOMES, Conceição *et al. - Violência doméstica: estudo avaliativo das decisões judiciais* [Em linha]. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2016. [10.02.2022]. Disponível em https://popdesenvolvimento.org/images/noticias/ViolenciaDomestica_EstudoAvaliativoDecisoesJudiciais.pdf. ISBN 978-972-597-411-7, p. 195. Recentemente pelo Diretor do DIAP do MP do Porto, João Rato, na 17.ª Conferência Europeia de Associação Internacional de Procuradores, foi notado que o MP "não tem orçamento próprio" e que sempre que não é possível que a perícia seja realizada em organismo público e que o valor dos honorários ultrapasse a verba prevista na lei, tem que pedir autorização ao Governo para efetuar perícias - cf. ALVES, Tiago Rodrigues - Ministério Público obrigado a pedir autorização para perícias. *Jornal de notícias* [16.05.2019]. P. 17. Uma situação deste género faz-nos questionar se, de facto, as perícias são realizadas sempre que necessário e quais as implicações da morosidade de tal procedimento tanto na sua realização - que pode condicionar, evidentemente, o sucesso do seu resultado - como no tempo de curso do processo.

[612] Esta situação é relatada por VIEIRA, Fernando; BRISSOS, Sofia - Direito e Psiquiatria: um olhar sobre a cultura judiciária na sua intersecção com a psiquiatria. *Julgar.* Coimbra. ISSN 9781646685400. N 3 (2007). Pp. 45-60, p. 59. Também o CSM já se pronunciou sobre esta questão no parecer sobre a Proposta de Lei de alteração à L n.º 45/2004, e salientando a demora dos serviços do INMLCF na satisfação dos pedidos dos tribunais - especialmente aqueles que têm a ver com os processos de interdição por anomalia psíquica, para os quais os GMLF não têm peritos em número suficiente para atender às necessidades processuais e em particular na área dos acidentes de trabalho, cujos processos têm natureza urgente - reconhece ser frequente o recurso a estabelecimentos do SNS, que nem sempre se mostram disponíveis para a realização das perícias, nomeadamente em razão dos entraves quanto à remuneração que fica na disponibilidade do estabelecimento a que é requisitada a perícia.

[613] Cf. MOREIRA, Roberto Bessa - Sindicato denuncia que há ex-funcionários de câmaras a elaborar propostas de penas de prisão, perícias da personalidade e avaliações psicológicas. *Jornal de Notícias.* [Em linha]. [05.08.2022]. Disponível em https://www.jn.pt/justica/relatorios-sociais-de-tecnicos-sem-formacao-ameacam-julgamentos-15072214.html [12.08.2022]. Uma situação que, de acordo com a informação veiculada, estará a suscitar, por parte de reclusos, a repetição do julgamento e a sua libertação imediata.

prova pericial e os meios institucionais mobilizados para a sua implantação, qualificando a opção do legislador como "esperançosa" que depois se depara com uma perícia "[...] deferida a meios humanos e técnicos remediados [...]"[614]. E, pois, sem as qualidades que presumidamente lhe são apontadas por serem realizadas sem meios e por pessoas sem as qualificações necessárias.

2.1.1.2.2.2. Não cumprimento de procedimentos e outras más práticas

Temos vindo a mencionar a falta de recursos humanos nos estabelecimentos, laboratórios e institutos púbicos a quem compete, em primeira linha, a realização das perícias. Mencionamos que essa falta se repercute em delongas nos processos judiciais ou até na privação da prova pericial. Agora veremos como a falta de meios - humanos e técnicos - pode ter outras implicações que reputamos como igualmente sérias. E constataremos que nem sempre, na realização da prova pericial, são seguidos procedimentos adequados. Não estamos aqui a referirmo-nos à utilização do tipo de metodologia que melhor se adeque ao tipo de perícias realizadas, que sempre estará na esfera da liberdade técnica e que apenas casuisticamente poderá ser aferida: estamos mesmo a referir-nos à ligeireza com que por vezes são realizadas as perícias, mesmo por peritos públicos/oficiais, em quem se confia. Tudo com repercussões, naturalmente, na (falta de) qualidade da perícia.

Deve notar-se que o quadro que desenvolveremos de seguida foi construído sobretudo a partir dos relatos apresentados por quem, sendo perito, já constatou a falta de cumprimento dos procedimentos adequados no exercício da atividade pericial pelos seus pares ou até a falta de competência de quem, sendo nomeado como perito, não detém especiais conhecimentos no campo da sua atuação pericial. São eles quem, compreensivelmente, estão melhor posicionados para alertar para o incumprimento dessas normas e procedimentos e chamar atenção para a falibilidade das perícias. E se não fossem eles a denunciar estas más práticas, seria muito difícil

[614] Cf. BARREIROS, José António - Do juiz como perito dos peritos ao perito como juiz dos juízes: a perícia no novo Código de processo penal. In CEJ - *Cadernos do CEJ: Criminalidade e cultura.* Lisboa: CEJ, 1992. ISBN 972-9122-11-3. V II, N 1/91. Pp. 51-57. Apresentando um quadro geral, Luísa Proença, Diretora Nacional Adjunta da PJ, refere quem em 2018, quando tomou posse do cargo, se dizia que "a PJ não ia sobreviver mais três ou quatro meses, estava quase no ponto de ter de encerrar" - cf. SANTOS, Carlos Diogo - Diretora adjunta: "quando chegámos dizia-se que a PJ não ia sobreviver mais três ou quatro meses, estava quase no ponto de ter de encerrar". *Observador* [Em linha]. [09.05.2021]. Disponível em https://observador.pt/especiais/luisa-proenca-quando-chegamos-dizia-se-que-a-pj-nao-ia-sobreviver-mais-tres-ou-quatro-meses-estava-quase-no-ponto-de-ter-de-encerrar/ [06.01.2022]. Reconhecendo este quadro, o Provedor de Justiça recomendava, já em 2012, que entre outras medidas, e para além do reforço de pessoal, se uniformizassem os prazos máximos fixados para a entrega nos tribunais dos relatórios periciais que se encontram dispersamente previstos e que findo esse prazo os peritos pudessem ser convidados a prestar as informações em falta que se mostrassem indispensáveis à boa decisão da causa - cf. PROVEDOR DE JUSTIÇA - *Relatório - atrasos na realização das perícias médico-legais: implicações sobre a celeridade processual, op. cit.,* pp. 49 e ss e ainda PROVEDOR DE JUSTIÇA - *Recomendações n.º 9-B/2012 e n.º 11-A/2012* [Em linha]. 2012. Disponível em https://www.provedor-jus.pt/documentos/Rec_9B_11A_2012.pdf.

tomarmos conhecimento de que são reiteradamente verificadas, porque - como se depreenderá - não resultam traduzidas nos relatórios periciais e não chegam a ser do conhecimento dos intervenientes processuais.

Por isso mesmo julgamos ser importante fazer-lhes aqui uma breve referência para afastar a visão cândida de que a natureza pública/oficial das perícias assegura a sua qualidade. Estamos em crer que só a consciência daquela que é a realidade da atividade pericial e os seus constrangimentos nos deixará em alerta para realizarmos um controlo mais atento aquando do momento da apreciação e valoração do juízo pericial. Até porque o que verificamos na *práxis* é preocupante: mesmo quando é questionada a falta de qualidade da perícia, por incumprimento de procedimentos ou de boas práticas, há uma tendência jurisprudencial para desconsiderar essas críticas, remetendo-se ao argumento de que o perito, sendo funcionário de uma entidade pública/oficial de peritagens, será pessoa imparcial e competente para decidir como atuar.

Por ser muito revelador do que afirmamos, começamos pelo alerta lançado na comunicação social por duas psicólogas que frequentemente colaboram como peritas em Psicologia forense nos processos judiciais. As duas afirmam conhecer a existência de perícias realizadas no âmbito de processos de Direito da família e menores elaborados após uma única entrevista com o examinando, de curta duração (quinze ou vinte minutos), durante a qual "[se] pergunta o nome e pouco mais, aplicam-se uns testes de avaliação psicológica (rápidos) e está feito. Por vezes entrevistam-se outras pessoas... pelo telefone. E quando as crianças fazem desenhos, são muitas vezes alvo de interpretações... selvagens. A consulta do processo judicial fará depois o resto, dali se retirando o que se considera mais relevante. Não há tempo para estabelecer uma relação com o examinando, para explicar os procedimentos nem as limitações à confidencialidade. Não há tempo para uma recolha aprofundada de informação, dos seus antecedentes e história de vida. Não há tempo para um relato dos factos que permita, ainda, o confronto com as versões dos outros elementos da família, identificando e questionando eventuais incoerências. Não há tempo para observar as interacções entre pais e filhos"[615]. Avançam assim ser porque "[o]s casos são muitos, os timings apertados e, por isso mesmo, há que despachar processos". E se começam por traçar este retrato no âmbito das perícias elaboradas em sede dos processos de família e menores, rapidamente referem ser este um fenómeno transversal, verificando-se também em Direito penal, nas perícias solicitadas às vítimas e aos agressores, e em Direito civil, para avaliação do dano. Considerando o "enorme impacto"

[615] Cf. AGULHAS, Rute; ANCIÃES, Alexandra - Como fazer uma perícia psicológica em 15 minutos. *Público* [Em linha]. [23.10.2019]. Disponível em https://www.publico.pt/2019/10/23/sociedade/opiniao/pericia-psicologica-15-minutos-1891022 [03.03.2022]. Confrontando esta realidade com as boas práticas da literatura referem, p. ex., que em média, (apenas) a entrevista com a criança dura cerca de 2,7 horas e, com os pais, 10,5 horas. Apelam aos peritos para que respeitem os princípios éticos que orientam o exercício da profissão e para que cumpram as boas práticas sobre os protocolos.

deste tipo de avaliações periciais, reclamam para os diferentes atores judiciários e toda a comunidade deveria ter conhecimento destas "más práticas".

Não é a única chamada de atenção. Duarte Nuno Vieira, médico especialista em Medicina Legal, reconhece que muitos profissionais que participam nas perícias - e concretamente refere as perícias de avaliação do dano em Direito civil - não terem experiência profissional para assegurarem funções que lhe são acometidas e que exigiriam especialização em Medicina Legal ou noutras áreas com competência específica no âmbito da avaliação médico-legal do dano corporal no domínio do Direito civil. Da sua experiência, conclui que a falta de conhecimento especializado e dos procedimentos adequados a adotar aquando da realização da perícia retira a qualidade que seria exigível às perícias. Para além da falta de especialização, revela outras insuficiências e deficiências com que se depara no exercício das funções periciais, destacando de entre elas a falta de condições materiais (como instalações, equipamento, tempo,...), a ausência de planeamento adequado por parte dos profissionais e entidades onde são realizadas as perícias e ainda as dificuldades no cumprimento das normas deontológicas e de civilidade social[616].

Uma realidade que nós também constatamos na análise jurisprudencial que desenvolvemos e que de seguida daremos a conhecer.

Um dos exemplos que já mencionamos é o da realização de autópsias no IMLCF por médicos com especialidade nas áreas de urologia e ortopedia e não de medicina legal ou forense. Inclusivamente, tivemos conhecimento que um dos médicos ortopedistas que tem realizado perícias de tanatologia desde 2019 tem prestado provas para obter equivalência ao grau de especialista junto da Ordem dos Médicos, mas tem vindo a reprovar sucessivamente no exame de especialidade de Medicina Legal e, no último ano, na componente prática do exame[617].

Aferimos também que há perícias realizadas nesse mesmo instituto por profissionais de nacionalidade estrangeira, que não são proficientes na língua portuguesa e na realização da perícia comunicam no seu idioma, ainda que não compreendido pelos visados Além das dificuldades de

[616] O profissional refere uma necessidade de alteração do paradigma, de acordo com o qual se deve exigir "competência (e não improvisão); rigor (e não severidade); objectividade (e não inflexibilidade)" - cf. VIEIRA, Duarte Nuno - *A peritagem médica em Direito do trabalho* [conferência online]. [19.02.2021]. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=-gNo5SJOd2U [03.03.2022].

[617] Tivemos conhecimento de um médico ortopedista a realizar autópsias pela leitura do ac. STJ. 03.04.22019. Proc. 38/17.9JAFAR.E1.S1. O tribunal, confrontado por uma das partes com a incompetência em razão da área de especialização do perito, firmou que integrando o profissional o quadro do INMLCF seria sempre pessoa idónea e competente, independentemente da sua área de formação. Voltaremos a esta decisão mais tarde. Tivemos conhecimento de um médico urologista a realizar autópsias e a reprovar nos exames de especialidade pela comunicação social - cf. VIDAL, Camila - Médico que fez autópsia de Ihor chumbou no exame de especialidade de medicina legal. *Observador* [Em linha]. [01.10.2021]. Disponivel em https://observador.pt/2021/10/01/medico-que-fez-autopsia-de-ihor-chumbou-no-exame-de-especialidade-de-medicina-legal [03.03.2022].

comunicação denunciadas, foi ainda pelo examinando referido que a perita não terá realizado qualquer exame, tendo assente o seu relatório na informação que por si foi fornecida - ainda que sem compreender bem o que lhe era questionado - e pela análise de documentação clínica que lhe foi facultada. Mais foi invocado não ter sido relevada a circunstância, também mencionada no relatório, de se encontrar a aguardar pela realização de exames complementares cuja realização foi solicitada pelos clínicos que o acompanhavam. Mais uma vez, apesar da desconsideração destes elementos que seriam tanto mais relevantes porquanto a perícia tinha por objeto a fixação de défice funcional permanente da integridade físico psíquica, o tribunal indeferiu inclusivamente uma segunda perícia por considerar que na base do seu pedido estaria um "mero inconformismo com um resultado que não serve as pretensões do apelante", julgando que as dificuldades de comunicação não seriam relevantes em face da (presumida) imparcialidade e competência da perita por integrar os quados do INMLC[618].

Constatamos ainda outras situações em que nos relatórios periciais não há descrição dos atos praticados. Um caso típico será dos relatórios de perícia lofoscópica sem demonstração gráfica da identidade do vestígio[619].

E lemos a confissão de Victor Mota a que já nos referimos e da qual se evidencia que a atuação do perito não é isenta nem neutral[620].

Fomos também confrontados com outras situações em que é clara uma incoerência entre a factualidade descrita no relatório e as conclusões apresentadas pelo perito[621].

---

[618] Para além deste motivo, o visado alegou que a perícia não tinha passado de uma conversa, sem realização de atos periciais, assentando o relatório na informação que ele próprio tinha prestado, com desconsideração das demais informações que havia sido solicitado, e sem realização de exames complementares de diagnóstico pelos médicos da especialidade de que era acompanhado. O tribunal de primeira instância indeferiu o pedido de realização tendo em vista a correção da inexatidão dos resultados a que chegou aquela perita por considerar que "[...] não haviam sido invocadas pelo agora recorrente *fundadas razões de discordância do relatório"*. Esta decisão seria objeto de recurso, sede em que viria a ser revogada - cf. ac. TRC. 28.04.2015. Proc. 408/13.1TBBBR-A.C1.

[619] Cf. ac. TRP. 10.04.2013. Proc. 430/09.2GDSTS.P1. Nesta situação foi entendimento jurisprudencial que estamos perante um relatório sem fundamentação. Particularmente nos processos de natureza penal, essa irregularidade, não sendo sanada, impede que valha como prova pericial e com a força probatória especial decorrente art. 163.º CPP, valendo como prova documental sujeita a livre apreciação. Compreende-se que assim seja porque nestes casos não é possível determinar se estaremos perante um juízo técnico, científico ou artístico ou uma mera opinião, sujeita às regras gerais de valoração.

[620] Cf. MOTA, Victor - *Quase responsáveis: vinte anos de psiquiatra forense*, *op. cit.,* pp. 107-109. Outra preocupação que daqui decorre e que já desenvolvemos prende-se com o facto de ser o perito a pronunciar-se sobre a "imputabilidade" do arguido.

[621] Verificamos num dos processos lidos que no relatório se apresenta a conclusão de que a sinistrada teria tido perda do rim, do baço e ainda de uma parte do fígado; em simultâneo, refere-se no relatório que a perda do rim conferiria uma IPP de 3%; na conclusão quanto ao grau de IPP da sinistrada foi atribuída IPP de 3%. Chamado a prestar esclarecimentos, o perito manteve a taxa de IPP em 3%. O tribunal sublinhou que o relatório assentava numa contradição e que por isso deveria ser livremente apreciado, sendo que o grau de incapacidade da sinistrada se mantinha questão controversa. Mais se lê nessa decisão que «"o juiz é o perito dos peritos" e à convicção de que, não obstante os conhecimentos especiais dos peritos, o julgador está apto a efectuar o controlo do raciocínio do perito. E esse controlo há-de assentar na análise e escalpelização dos dados de facto que serviram de base ao parecer científico exarado pelo perito, ficando o juiz em posição de sindicar o juízo pericial"». E foi o próprio tribunal a apurar incapacidade que fixou em 12% - cf. ac. TRL. 15.02.2007. Proc. 272/06-6.

Num outro acórdão que lemos, verificamos a denúncia, feita por um perito que participou em perícia médica colegial de avaliação de dano em processo de trabalho realizada no INMLCF, que a perícia em que participou desconsiderou a existência documentada nos autos de sintomatologia, já expressa e admitida em anterior exame de otorrinolaringologia determinado pelo tribunal. E nesse mesmo processo constatamos ter sido realizada uma segunda perícia por duas peritas, mas o respetivo relatório surgir assinado por três peritas, sendo que a terceira teria estado em representação da sinistrada sem que se apurasse se a mesma esteve presente e se concordou com o relatório[622].

Idêntica situação ocorreu num outro processo, em que a examinanda denunciou a falta de fundamentação do relatório avaliação médico-legal do dano corporal elaborado por perito de um GML por não ter sido sujeita a qualquer exame e a sua fundamentação resultar exclusivamente das informações por si prestadas, sem que tivesse sido feita qualquer menção à documentação clínica que foi facultada, designadamente relatório elaborado por médico psiquiatra oferecido com a petição inicial[623].

Mas aqueles desfasamentos entre quem realiza a perícia e quem assina o relatório pericial ou o número de peritos que deveriam realizar a perícia e o número de peritos que realmente a realiza será mais frequente. Com efeito, fomos confrontados com um outro processo em que os esclarecimentos prestados a uma perícia do tipo colegial, apesar se alegadamente terem sido prestados pelos dois peritos, foram assinados por apenas um dos peritos e ficamos assim sem saber se teriam sido ambos a prestar os esclarecimentos ou apenas um deles e em que circunstâncias e condições e se o outro concordaria com os esclarecimentos prestados. Notamos

[622] Suscitadas dúvidas sobre as perícias realizadas, o tribunal de 1.ª instância desconsiderou-as, aderindo ao relatório pericial maioritário. Melhor esteve o TR que, valorando as dúvidas, anulou essa decisão, ordenando que fossem requeridos esclarecimentos quanto a tais aspetos. O TRL reforça que compete ao "[...] julgador exercer sobre elas [asserções e conclusões dos senhores peritos] um juízo crítico, segundo a sua experiência, a sua prudência e o seu bom senso, podendo delas divergir desde que o faça fundamentadamente [...]", recorrendo aos demais elementos de prova "[...] designadamente exames ou pareceres complementares ou pareceres técnicos que tenham sido carreados para o processo e que se mostrem relevantes na decisão da causa, ainda que possa dar natural prevalência à prova recolhida através de exames periciais feitos por junta médica atendendo à colegialidade da sua composição e consequentemente à solidez das opiniões ou pareceres emitidos pelos senhores peritos sobre as questões relativamente às quais foram chamados a pronunciar-se" - cf. ac. TRL. 06.07.2017. Proc. 4361/10.5TTLSB.L1-4.

[623] Mais uma vez o tribunal considerou não fundamentado o pedido de realização de segunda perícia, julgando que em causa estaria apenas uma discordância relativamente à metodologia utilizada pelo perito - cf. ac. TRC. 24.04.2012. Proc. 4857/07.6TBVIS.C1. por sua vez, o tribunal de segunda instância viria a considerar devidamente fundamentado o pedido de realização de segunda perícia, que ordenou. Será aqui ainda de mencionar ter sido desconsiderado, numa perícia realizada também num GML, em que se discutia um certo grau de incapacidade, um relatório clínico elaborado por um médico psiquiatra, oferecido na petição inicial, e um relatório elaborado pelo mesmo GML. Muito apesar de ter sido referido pelo arguido a desconsideração desses relatórios e requerida a segunda perícia, o tribunal valorou o relatório e indeferiu a segunda perícia requerida. Mais uma vez essa decisão viria a ser alterada na segunda instância, por considerar que os factos não relevados na primeira perícia seriam pertinentes à boa decisão da causa - cf. ac. TRC. 24.04.2012. Proc. 4857/07.6TBVIS.C1.

ainda no mesmo processo que, ordenada a realização de uma segunda perícia, essa perícia deveria ter sido realizada por quatro peritos mas foi apenas por três[624].

A par de tudo isto, aferimos que outras vezes há ingerências pelo tribunal na atuação dos peritos. Exemplo decorre da experiência relatada por dois peritos quando, nomeados para realização de uma perícia, foram confrontados com um despacho em que se referia que "o exame directo deveria forçosamente demorar no máximo 30 minutos, já que o Tribunal tinha a agenda sobrecarregada com vários processos" ou outra vez em que no despacho se afirmava expressamente que "quaisquer exames complementares à perícia seriam sempre desnecessários, já que a lei não os prevê" [625].

Acrescem as dificuldades na formulação dos quesitos e na repetição de competências entre os diferentes profissionais, a que já nos referimos.

A estas, como apuramos também, somam-se ainda algumas dificuldades na determinação daquilo em que consiste a prova pericial, valorando-se pareceres e documentos como se se tratassem de verdadeiros relatórios periciais. Exemplificamos trazendo uma situação com que nos deparamos: em causa, processo crime instaurado contra dois médicos, um acusado da prática de dois crimes de homicídio por negligência e o outro de um crime de igual natureza. A questão central era a de saber se, no exercício das suas funções, teriam atuado de acordo com as *leges artis.* Aos autos foram juntas duas autópsias e um relatório elaborado por médicos da Inspeção Geral da Saúde. O tribunal de 1.ª instância seguiu este relatório como se de uma verdadeira perícia se tratasse. Para o TRE esta é uma situação grave porque "esquecendo que não é uma entidade pública a quem o instituto da perícia processual penal reconheça competência para nomear peritos em substituição do Ministério Público ou do Tribunal. Os peritos por si nomeados apenas desempenharam as suas funções para o inquérito levado a cabo por tal entidade e a qualidade de peritos que tinham nesses autos não se transmitiu ao processo penal sub judicio. Esgotou-se naquele processo." Com efeito, os médicos que participaram no relatório não foram nomeados pelo tribunal, não prestaram o seu compromisso, a perícia não seguiu as formalidades previstas no CPP e por isso não lhes podia ser reconhecida a especial qualidade que é inerente à figura do perito em processo penal. Mas mais: na audiência ouviram-se outros médicos que não emitiram parecer para a Inspeção Geral da Saúde, mas que foram

[624] Cf. ac. TRC. 05.07.2006. Proc. 1785/06. E muito apesar de o tribunal ter evidenciado estas incoerências, referindo ferir as perícias de nulidade, considerou sanados os vícios por não terem sido arguidos atempadamente pelas partes.

[625] Cf. VIEIRA, Fernando; BRISSOS, Sofia - Direito e Psiquiatria: um olhar sobre a cultura judiciária na sua intersecção com a psiquiatria, *op. cit.,* p. 57.

ouvidos nos autos como peritos, quando não seriam mais do que testemunhas. E mais ainda: o tribunal valorou também como se se tratasse de prova pericial um parecer - afinal não era mais do que isso - elaborado pelo CML, após remissão a essa entidade de uma série de documentos - inclusivamente com vários meios de prova, como defesas administrativas, depoimentos e declarações da arguida.

Também verificamos aqui existirem dificuldades em saber que tipo de informação pode ser utilizada para a atividade pericial. P. ex., numa crítica forte, o TRE fez notar que o CML se serviu um conjunto de elementos processuais probatórios que seriam da sua análise judicial exclusiva, partindo desses elementos como sendo perícias e limitando-se, por essa razão, a emitir "parecer genérico e conclusivo" crivado de vícios: ao atribuir valor que não deveria a essa prova documental, não se preocupou em fazer análise detalhada de factos e metodologias que "supunha adquirida nos autos", referindo factos que não foram dados por provados e "factos cuja aceitabilidade é discutível ou cuja certeza é contrariada por elementares princípios de apreciação da prova". Para o TRE nem o tribunal de 1.ª instância esteve bem, nem o CML poderia ter realizado a perícia com base nos documentos que lhe foram remetidos. Lê-se no aresto que proferiu:

"[...] o CML comportou-se como um órgão judicial antecipando-se ao juízo do Tribunal apreciando prova pessoal, quando se deveria ter limitado às perícias e à documentação clínica, não emitindo parecer se entendesse que as mesmas eram insuficientes.

Assim, é um conjunto de opiniões não assentes em factos e explicitação cabal de todas as circunstâncias atendíveis e *leges artis*.

Como tal não é um juízo científico. E, assim sendo, as suas conclusões não são atendíveis. Embora livremente apreciável, as premissas insuficientes não permitem basear qualquer convicção [...]

Assim, temos as conclusões, apenas. Melhor, nem isso! Temos as opiniões!

Porque um juízo emitido sem o cabal esclarecimento de todos os factos e causas, não é um juízo científico, é uma mera opinião. E uma opinião é aquilo que, de intermédio, fica entre a ignorância e a ciência, no dizer de Platão uma faculdade diferente da ciência - capaz de fazer juízos sobre a aparência"[626].

Aferimos outro relatório pericial que, concluindo pela inimputabilidade do arguido por ter praticado os factos "no decurso de uma crise psicótica aguda", justificou esse facto pela afirmação feita pelo próprio arguido de que "ultimamente era violento e há 15 dias (antes do ocorrido) que

[626] Cf. ac. TRE. 21.10.2010. Proc. 281/04.0TALGS.E2. De forma que consideramos exemplar, o tribunal referiu que "[...] a qualificação de uma testemunha como perito e a inexistência daqueles factos e metodologia afectam, sobremaneira, o valor dos actos praticados pela atribuição abusiva de uma qualidade científica a pareceres que não têm essa qualidade e pela atribuição a uma testemunha de uma qualidade que não têm: a de perito", concluindo pela verificação de uma irregularidade com implicações na apreciação da prova. De sublinhar que o juiz relator deste acórdão foi o autor por nós já citado João Gomes de Sousa.

não tomava a medicação" e pela observação do exame psicológico e TAC e EEG realizados. Sem nos voltarmos a repetir quanto ao problema aqui evidente de usurpação da função jurisdicional pelo perito, gostaríamos de louvar a crítica endereçada pelo TRE à decisão de 1.ª instância que acatou acriticamente aquela conclusão pericial - ou opinativa diríamos - clarificando que «[...] TAC e o EEG foram realizados após a prática dos factos e não podem demonstrar tal "crise psicótica aguda" reportada ao momento dos factos, e visto que o exame psicológico a ele não se refere, nem pode, restam-nos as declarações do arguido para basear tal conclusão [...]». Bem esteve por isso o tribunal a evidenciar que o "suporte factual" é parco "[...] [deixando] ao arguido a possibilidade de definir o resultado da perícia, sem contraditório e sem uma análise conjunta de todos os elementos de facto existentes no processo"[627].

Estas situações demonstram bem as dificuldades dos tribunais em identificarem quais os elementos constantes do processo que devem - ou podem - ser remetidos ao perito para que desempenhe, com zelo e o mais objetivamente possível a sua função; mas demonstram também bem o desconhecimento e incompreensão dos peritos da tramitação do processo legal e a articulação dos limites processuais com as diligências mais adequadas à sua atividade pericial; e ainda ajudaram a desconstruir a ideia de imparcialidade imputada ao perito público/oficial.

Mas se nestas situações este juízo de controlo foi possível porque nos relatórios se descreveram os dados de facto que sustentavam as conclusões periciais, não podemos desconsiderar a existência de situações em que nos relatórios se omitem tais informações. E nesses casos o controlo mostra-se particularmente mais difícil.

Esta afirmação obriga-nos a ir mais longe. Até aqui centramo-nos na realização da perícia e na elaboração do relatório pericial. Agora lançamos um olhar nos procedimentos e práticas anteriores a esses momentos. Tal é relevante porque muitas vezes o perito só intervém num estádio já avançado do processo ou de diligências probatórias e até atuar o objeto da perícia já foi processado anteriormente. Pensemos, p. ex., no trabalho desenvolvido pelos peritos na identificação por perfis de ADN: o perito na maioria das vezes só atua depois de recolhidos os

[627] Ainda nas palavras do tribunal o «[...] juízo técnico e científico" que foi emitido pelo perito baseia-se, unicamente, num dado meio de prova processual penal - as declarações de arguido - e não no conhecimento científico assente em dados de facto com igual cientificidade, objectividade, ou, caso se prefira, em dados de facto que possam basear o juízo científico sem a parcialidade das declarações de alguém interessado no resultado da perícia». E completa "[m]esmo que tal fundamento possa ser, e será, elemento a ter em conta numa análise técnica, a circunstância ser o único elemento com relevo nessa análise e conclusão retira-lhe credibilidade técnica ou científica". Bem esteve o tribunal ao esclarecer que o facto em causa seria de "cariz marcadamente judicial" e que por isso as conclusões do relatório «[...] revestidas embora de cientificidade "subjectiva" (o autor é um perito na área científica respectiva), não apresentam centificidade "objectiva" e mais não são do que um pré-juízo judicial, realizado por entidade sem competência para tal e conduzindo ao incumprimento das regras de processo respectivas, designadamente, a imediação, a oralidade e, maxime, o contraditório» - cf. ac. TRE. 05.06.2007. Proc. 648/07-1. Novamente teve como juiz relator João Gomes de Sousa.

vestígios de ADN, sendo alheio à forma como é realizada essa recolha e posterior armazenamento[628]. Ora, não dizemos nada de novo se dissermos que é a aplicação de procedimentos harmonizados e padronizados de recolha, armazenamento e análise de vestígios biológicos que confere confiabilidade à prova por ADN. E por isso, se a prova pericial se verifica já depois de recolhidos e armazenados esses vestígios, não se mostra independente da forma como tal procedimento é realizado. Importa, pois, lançarmos um olhar sobre aquelas que são as práticas recorrentes. Para isso, servir-nos-emos do trabalho de campo desenvolvido aos longos dos últimos anos por Susana Costa, cuja linha de investigação se mostra centrada nos "entendimentos socioculturais da polícia" sobre a tecnologia de ADN na cena do crime[629].

Preocupada em compreender esses "entendimentos" e as suas implicações na "trajetória dos vestígios da cena do crime para a esquadra e daqui para o laboratório e para o tribunal", a autora tem demonstrado, mediante análise de campo do trabalho junto de diversos agentes dos vários dos OPC, que os procedimentos de recolha e armazenamento de vestígios são conduzidos sobretudo por "práticas improvisadas, assentes no conhecimento tácito, mais do que no conhecimento técnico e em procedimentos legais"[630]. Tendo desenvolvido várias investigações junto dessas entidades, constatou dificuldades não só na determinação da entidade competente

[628] Aqui entramos num aspeto também relevante, embora não nos seja possível desenvolver grandes considerações sobre o mesmo por se afastar do objeto da investigação: a cadeia de custódia da prova enquanto garantia de identidade e integridade das amostras recolhidas e de idoneidade dos atos praticados com vista à preservação do valor probatório da prova pericial, já que passa pela documentação da história cronológica das provas recolhidas para rastrear a sua posse e manuseio desde a sua recolha até ao ser transporte, recebimento, armazenamento e análise, aqui incluídos os procedimentos técnico-científicos usados pelo perito forense no momento em que realiza a perícia. É nestes momentos cruciais para a integridade da prova que reside a potencialidade para o erro, com maiores riscos quando as entidades responsáveis carecem da formação técnica especializada ou dos instrumentos adequados ao fim que prosseguem. Estes dois fatores propendem a falhas na cadeia de custódia graves, tais como o deficiente embalamento, selagem e rotulagem das amostras, que por mais insignificantes que possam parecer podem determinar a contaminação de provas obtidas e comprometer a confiabilidade da prova pericial. E esta contaminação pode resultar, como sucede com alguma frequência nos laboratórios forenses, do incumprimento dos protocolos de segurança e de más práticas laboratoriais. Fatores como o constante trânsito de pessoas na área de trabalho, o não uso de luvas de látex ou o reaproveitamento de material, o desleixo na manutenção da higiene do ambiente de trabalho e dos utensílios auxiliares a este (maçanetas, pipetas, caixas de lenços, candeeiros de exame) incrementam o risco de contaminação e são apontados como sendo dos principais erros na fase de manuseamento e tratamento das amostras biológicas - cf. Joana Paula Correia Lopes julho de 2020 Os (novos) métodos científicos de investigação criminal e os direitos fundamentais do arguido: reflexões críticas. Sugerimos a leitura de BENNER, Jennifer - Establish a Transparent Chain-of-Custody to Mitigate Risk and Ensure Quality of Specialized Samples. *Biopreserv Biobank* [Em linha]. V 7, N 3 (2009). Pp. 151-153. [15.08.2022]. Disponível em https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/24835881/. ISSN 1947-5543;TOMLINSON, J. J.; ELLIOTT-SMITH, W.; RADOSTA, T. - Laboratory information management system chain of custody: reliability and security. *Journal of Automated Methods and Management in Chemistry* [Em linha]. (2006). Pp. 1-4. [15.08.2022]. Disponível emhttps://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1903459/pdf/S1463924606749070.pdf. ISSN 1464-5068; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Cadeia de Custódia da Prova*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2020. ISBN 978-972-40-8552-4 e ainda PRADO, Geraldo - *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custórdia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. ISBN 978-85-66722-18-5.

[629] De entre os vários contributos com que a investigadora foi enriquecendo o conhecimento da comunidade científica sobre a realidade vivida, sugerimos em particular COSTA, Susana - Os constrangimentos práticos da investigação criminal em Portugal e suas repercussões na aplicabilidade da base de dados de ADN. In MACHADO, Helena; MONIZ, Helena - *Bases de dados genéticos forenses: tecnologias de controlo e ordem social.* Coimbra: Coimbra Editores, 2014. ISBN 978-972-32-2225-8. Pp. 93-124; Reconhecimento, registo e recolha: a política dos 3Rs da investigação criminal a partir de uma análise sociológica do contexto português. *Revista de Investigação Criminal.* Lisboa. ISSN 1647-9300. N 6 (2013). Pp. 9-24 e O aparato forense e os entendimentos socioculturais na investigação criminal em Portugal. In MACHADO, Helena - *Genética e Cidadania*. Porto: Afrontamento, 2017. ISBN 9789723615739. Pp. 87-109.

[630] Cf. COSTA, Susana - O aparato forense e os entendimentos socioculturais na investigação criminal em Portugal, *op. cit.*, p. 89.

para processar a cena do crime, como uma discrepância entre os procedimentos que deveriam ser adotados na recolha, armazenamento e análise de vestígios encontrados na cena do crime e aqueles que se verificam na prática policial. Pela relevância que assumem, procuramos sintetizar os aspetos mais relevantes.

Comecemos pelas dificuldades sentidas a propósito da repartição de competências para processar a cena do crime. Refere a autora que muito apesar de expressamente prevista em matéria de investigação criminal a repartição de competências entre a PJ e as polícias de proximidade (PSP e GNR), a interpretação dessa distribuição de competências prevista da Lei de Organização e Investigação Criminal (arts. 4.º a 8.º da L 49/2008, de 27.08) não raras vezes causa uma certa tensão porque quando os OPC chegam à cena do crime o cenário pode criar dúvidas, numa primeira avaliação, sobre a competência de atuação. Assim, pode suceder que seja a PSP ou a GNR a recolher os vestígios do crime e só no decurso dessa recolha se aperceba que a competência para tais atos seria da PJ, que entra em ação numa fase já mais avançada da investigação[631].

Mas a investigadora também refere ser frequente os agentes da PSP e da GNR extravasarem conscientemente a sua competência com a intenção de tomarem as medidas cautelares necessárias para preservar a cena do crime. Será assim porque as polícias de proximidade são as primeiras a abordar o local e muito embora seja da competência exclusiva da PJ a investigação, é a própria lei a determinar que os OPC devem proceder aos primeiros atos cautelares, aqui se incluindo a realização de exames dos vestígios do crime (artigo 2.º, n.º 3 da L 49/2008, de 27.08 e art. 249.º CPP). Sucede que esta previsão tem por pressuposto que todos os OPC estão preparados para uma intervenção célere e eficiente no local do crime e isso não acontece: na realidade é evidente a falta de conhecimentos, de recursos humanos e meios técnicos. Como se tal não fosse por si suficiente para comprometer as etapas seguintes da investigação, a atuação destes OPC não se limita às medidas cautelares e à salvaguarda dos vestígios encontrados, procurando também preservá-los e atéacondicioná-los. O que pretendem é salvaguardar a prova e auxiliar o órgão competente, mas ao fazê-lo esquecem as implicações e encadeamentos sucessivos na investigação criminal porque, como nota, os agentes da PSP e da GNR muitas vezes

[631] Cf. COSTA, Susana - Os constrangimentos práticos da investigação criminal em Portugal e suas repercussões na aplicabilidade da base de dados de ADN, *op. cit.,* p. 245. Menciona neste estudo o desagradado de agentes da PJ quando chegam ao local do crime e se deparam com inúmeros agentes de outros OPC a circular no local, a aproximarem-se, recolherem e manusearem os vestígios e inclusivamente a mexer no cadáver. Não têm dúvidas que nestas situações há uma introdução de alterações e contaminação dos locais e só depois, quando concluem que se tratou de crime, chamam a PJ.

não têm competência nem estão sensibilizados para os cuidados a adotar e assim podem estar a contaminar o local do crime: chegados ao local, não só praticam atos para os quais não têm competência, como adotam procedimentos para os quais não têm formação ou sequer recursos materiais adequados[632].

É talvez aqui que residem as maiores preocupações com a já sinalizada falta de recursos técnicos e humanos especializados - mais evidenciada quando atuam os OPC de proximidade do que a PJ, ainda que existam algumas falhas nos procedimentos adotados pelos seus funcionários[633]. Com particular relevância para os nossos objetivos, a investigadora denuncia ser frequente a não utilização de luvas ou de fato adequado (seja porque nem sempre são disponibilizado esses equipamentos, seja porque simplesmente não são utilizados), mas também a falta de coincidência entre as descrições em auto de inspeção e os registos fotográficos juntos aos mesmos ou a ausência de menção nos relatórios da forma como são recolhidos os vestígios ou dos cuidados tidos para não danificar os vestígios com valor identificativo. Igualmente relevante será o facto de ter constatado, por assim assumirem os OPC entrevistados, uma tendência generalizada de preferência pelos vestígios biológicos e, na sua existência, a desconsideração de outros vestígios ou outros meios de prova que não chegam a ser recolhidos ou incluídos nos autos (impedindo que depois esses outros vestígios e meios de prova sejam conhecidos pelas demais entidades de investigação)[634].

---

[632] Cf. COSTA, Susana - Os constrangimentos práticos da investigação criminal em Portugal e suas repercussões na aplicabilidade da base de dados de ADN, *op. cit.,* pp. 240 e 245. Prática que parece já comum é a da recolha de vestígios biológicos por parte de agentes da PSP e da GNR quando essa recolha é de competência exclusiva da PJ, ao contrário dos vestígios lofoscópicos, que se insere no quadro da competência da PSP e da GNR. Isso sucede porque há uma clara primazia pelos OPC pela recolha destes vestígios em detrimento dos vestígios lofoscópicos. Para a autora tal opção colhe fundamento no pensamento de que a prova por ADN é uma prova infalível e que, por conseguinte, a recolha de vestígios biológicos será determinante na descoberta da verdade. Esta sobrevalorização, decorrente de uma ingénua crença nas potencialidades da técnica de ADN, acaba mesmo por condicionar a atividade destas forças policias, p. ex., desconsiderando outros vestígios ou elementos probatórios que poderiam ser igualmente ou mais importantes do que os vestígios biológicos.

[633] Cf. COSTA, Susana - O aparato forense e os entendimentos socioculturais na investigação criminal em Portugal, *op. cit.*, p. 92 e ss. No estudo de Filipe Santos resulta também evidente esta situação que é relatada na primeira pessoa por dois peritos forenses: "Há trinta anos ia-se para o local do crime se calhar até sem bata, ou até sem luvas, e seguramente sem máscara. Porque aquilo que se trazia do local do crime não era suscetível de ser contaminado por nós, desde que trouxéssemos com alguma cautela, nem é suscetível - supunha-se - de nos contaminar a nós. (Perito forense 1)" e "Porque, no princípio não havia normas. Por exemplo, nós em 2001 fizemos umas normas para a colheita de amostras biológicas, acondicionamento e remessa aos serviços, para os gabinetes médico-legais - porque os nossos peritos também não sabiam recolher - fizemos umas normas. Depois a Polícia Judiciária também, a PSP, a GNR inclusivamente, que também começaram a ter ações de formação, e não tem nada a ver. A evolução foi enorme em termos de qualidade das amostras colhidas, acondicionadas e enviadas. E recordo-me que no princípio, mesmo o acondicionamento e o envio era feito assim muito... [descuidado] Agora não! (Perito forense 2)" - cf. SANTOS, Filipe José da Silva Cardoso - *Genética forense, justiça e média em Portugal: elementos de co-produção num estudo de cinco casos criminais* [Em linha]. Braga: Instituto de Ciências Sociais, 2015. Tese de Doutoramento. [04.06.2022]. Disponível em http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/36678, p. 213.

[634] Cf. COSTA, Susana - Os constrangimentos práticos da investigação criminal em Portugal e suas repercussões na aplicabilidade da base de dados de ADN, *op. cit.,* p. 242. Além dos alarmantes problemas que já mencionámos, a investigadora refere ainda, não sendo da sua competência, os agentes da GNR e PSP recolhem muitas vezes vestígios biológicos e enviam-nos para o LPC sem amostra-referência para comparação. Ora, esse facto de enviarem ao laboratório vestígios recolhidos sem nada para comparar, como reflete a autora, pode levar a concluir que, ou desconhecem que de nada serve o vestígio biológico recolhido se não houver com o que comparar, ou que acreditam que em algum momento da investigação novos elementos irão surgir que permitam a comparação biológica de uma amostra-problema com uma amostra-referência. Para além disso, relata ainda uma atitude errática na recolha desses vestígios, mais concretamente nos procedimentos associados à

Para finalizar, será pertinente dizer ainda que a investigadora notou que quando os OPC que realizam estas diligências têm consciência de que poderão ter realizado procedimentos que extravasam as suas competências e/ou que realizaram procedimentos incorretos acabam por ocultar essa informação[635]. Comportamentos erráticos que podem contaminar vestígios, mas que não serão conhecidos por quem trabalhará posteriormente com a informação recolhida, que partirá do pressuposto de que foram recolhidos de acordo com as boas práticas e em respeito por todos os procedimentos.

E não podemos desconsiderar a pertinência destas observações porque quando se suscitam dúvidas quanto aos procedimentos adotados na recolha e tratamento de vestígios, os tribunais tendem a afirmar que essas dúvidas decorrem apenas de discordâncias quanto ao resultado da perícia e que o perito tem liberdade técnica para atuar da forma que tiver por mais conveniente.

Foi exatamente isso o que constatamos numa decisão que lemos atentamente. Num dos poucos processos em que foi questionado o procedimento adotado na realização da perícia (em causa o incumprimento de regras de procedimento para recolha de vestígios para servir a prova pericial por não haver correspondência entre as zaragatoas utilizadas e as recolhas submetidas a exame) decidiu o TRC, reforçando a presunção e confiança na competência das entidades públicas às quais são confiadas as perícias:

"Claro que sempre poderá o recorrente perguntar, como Sócrates, primeiro, ou Juvenal, depois, ainda que a propósito dos limites do exercício do poder, **quis custodiet ipsos custodes** - mas se assim for, teríamos sempre que ir até ao limite do absurdo e não confiar em nenhuma instituição.

Sim, porque mesmo que fosse indiscutida a adequada preservação técnica dos vestígios, quem nos garantiria que o tanatologista que os colheu [75] das zonas sub-unguiais da vítima para os remeter a exame laboratorial agiu com seriedade ou que o técnico que os efectuou [76] cumpriu as respectivas exigências técnicas, ou que quem os redigiu passou a escrito o verdadeiro resultado ou, porque não, na verdade o pedido de realização dos exames foi simplesmente ignorado e alguém que se não quis dar a esse trabalho apenas redigiu o resultado carreado para o

colheita de zaragatoa bucal (constatou, p. ex., situações de inexistência de declaração de consentimento ou o seu preenchimento incompleto) - cf. COSTA, Susana - O aparato forense e os entendimentos socioculturais na investigação criminal em Portugal, *op. cit.*, pp. 88 e ss.

[635] Tal pode indiciar que, ou é assumido que as boas regras são sempre acionadas, ou que a forma como os vestígios são acondicionados não é relevante. Sobre o tema, COSTA, Susana - Os constrangimentos práticos da investigação criminal em Portugal e suas repercussões na aplicabilidade da base de dados de ADN, *op. cit.,* pp. 243 e 244. A propósito da falta de recolha e documentação de todos os vestígios, esclarece que por vezes se tem conhecimento destas situações porque da reportagem fotográfica constam vestígios que não são recolhidos pela entidade que se desloca ao local, que faz uma seleção do que acha mais relevante - p. ex., vestígios biológicos em detrimento de objetos e marcas, e testemunhas. Isso acontece, segundo explicaram os OPC ouvidos, pelo facto de reputarem a tecnologia de ADN como mais fiável que demais e a recolha de um vestígio contendo ADN como prova suficiente e bastante para apurar o responsável pela prática do crime - cf. COSTA, Susana - O aparato forense e os entendimentos socioculturais na investigação criminal em Portugal, *op. cit.,* pp. 88 e ss. Filipe Santos notou o mesmo quando referiu que os relatórios periciais do INML relativos ao afamado "caso Madeleine McCann" não apresentavam uma descrição exaustiva dos materiais recebidos - cf. SANTOS, Filipe José da Silva Cardoso - *Genética forense, justiça e média em Portugal: elementos de co-produção num estudo de cinco casos criminais, op. cit.,* p. 152.

processo. Em rigor, ninguém. Mas as coisas não podem funcionar assim mas de acordo com princípios de normalidade"[636].

A decisão não foi inédita. Num processo ao qual foi junto uma perícia de tanatologia realizada no INMLCF por médico ortopedista em alegado incumprimento dos procedimentos desenhados pelo instituto, o tribunal não só desvalorizou a falta de especialização adequada do médico, como desvalorizou ainda a forma como atuou à revelia dos padrões aos quais estava sujeito, dizendo que "[...] a sua especialidade de origem é indiferente e as perícias por ele elaboradas têm o mesmo poder vinculativo" e por essa razão decidiu também serem despropositadas as acusações de não cumprimento de numerosos procedimentos recomendados pelo INMLCF para a boa realização dessas diligências[637].

Ora o que aqui dissemos legitima a conclusão de que a ideia idealizada de como trabalham os peritos contrasta com aquela que é a realidade, fortemente marcada por um "[...] «pragmatismo evidenciário» da atividade policial"[638] com implicações numa certa discricionariedade de atuação que fragiliza a atividade pericial. Cremos mais uma vez demonstrado um certo "sofisma de autoridade"[639], reconduzindo a autoridade a um critério mais formal do que material porque materialmente o que sucede é que nem sempre os juízos que se assumem como técnico-científicos o são verdadeiramente: nem sempre emitidos por quem tenha sido nomeado como perito, nem sempre proferidos por pessoas dotadas de autoridade epistémica, nem sempre emitidos ao abrigo das disposições legais aplicáveis, nem sempre obtidos pela aplicação da

[636] Cf. ac. TRP. 08.07.2015. Proc. 119/14.0JAPRT.P1. No acórdão, refere-se, contudo, que sempre seria possível às partes levantar a dúvida quanto à "seriedade das instituições e das pessoas que as servem", produzindo prova nesse sentido no momento processualmente adequado. Este acórdão já tinha sido por nós citado a respeito do entendimento nele perpassado de que não será possível às partes discutir a adequação do método e procedimento adotado na realização da perícia, por tal se encontrar na margem de liberdade de atuação em razão das suas qualificações e conhecimentos. Igualmente merece destaque o facto de tanto o tribunal de 1.ª instancia como da relação considerarem irrelevante que no relatório pericial de ADN existissem descrições não correspondentes com as fotografias tiradas no local onde foram recolhidos vestígios hemáticos.

[637] Ac. STJ. 03.04.22019. Proc. 38/17.9JAFAR.E1.S1. Justificou essa decisão o STJ pelo facto de o perito integrar os quadros do INMLCF e como tal se reputar como idóneo e competente.

[638] Cf. COSTA, Susana - O aparato forense e os entendimentos socioculturais na investigação criminal em Portugal, *op. cit.*, p. 92. A autora refere que tal tem reflexo na decisão judicial, assente numa "[...] cientifização do trabalho policial frágil" mas que parece surgir no contexto judicial legitimada pelo "[...] uso acrítico das tecnologias de ADN (Wyatt, 2014), assente na euforia e crença por parte dos OPC na infalibilidade das tecnologias de identificação por perfis de ADN. Na ânsia (legítima) de encontrar respostas inequívocas para os crimes sob investigação, parecem, porém, ter descurado outras questões importantes nas suas práticas quotidianas, com implicações para a própria robustez da prova alcançada e para os direitos dos cidadãos." - cf. COSTA, Susana - O aparato forense e os entendimentos socioculturais na investigação criminal em Portugal, *op. cit.*, p. 104.

[639] *Apud* TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica*. S.l.: Eudito, 2017. ISBN 978-989-8856-60-9, p. 274. Para Jeremy Bentham, o sofisma será um instrumento de erro baseado na persuasão, em que um argumento falso é apresentado de forma subtil, sendo preferido pelo sofista por falhas a nível de sinceridade ou inteligência, em alternativa a uma análise mais exigente de provas, por via do raciocínio, optando-se por um juízo antecipado ao raciocínio. Aplicado ao nosso objeto de estudo, o sofisma poder-se-á reconduzir a uma opinião de alguém a quem se reconhece autoridade como sendo decisiva na matéria em questão, dispensando-se uma análise racional da mesma. Se este tipo de argumento de autoridade pode ser admitido em certas situações - por ex., quando não é possível recorrer a argumentos diretos a favor de uma ou outra posição - pode também por vezes resultar num meio enganoso de persuasão, representando a autoridade uma opinião independentemente de qualquer prova, que é tida por si só como suficiente para servir de base a uma decisão.

metodologia adequada, nem sempre devidamente fundamentados, nem sempre obtidos após seleção adequada da matéria de facto e por vezes versando até sobre matéria exclusiva da competência do juiz. Julgamos que nestes casos, como defende João Gomes de Sousa, o que temos não serão "juízos científicos", mas apenas "opiniões" porque, como refere "[...] um juízo emitido sem o cabal conhecimento e esclarecimento de todos os factos, causas e metodologias não é um juízo científico ou um parecer, é uma mera opinião. E uma opinião é aquilo que, de intermédio, fica entre a ignorância e a ciência, no dizer de Platão uma faculdade - diferente da ciência - capaz de fazer juízos sobre a aparência"[640]. E, como meras opiniões, não lhes deve ser reconhecido valor probatório acrescido nem se mostra adequada a atitude reverencial que deixa "porta aberta" para situações de erro.

Importa, pois, antes de mais, que todos tomemos consciência disto.

Importa depois que os tribunais procurem sempre conhecer duas diferentes fontes de incerteza: a incerteza sobre a interpretação dos resultados periciais e a incerteza quanto a erros de procedimento na realização da perícia. Um conhecimento que não se mostra fácil. Sendo irrefutável a possibilidade de ocorrência de erros na realização das perícias, certo é que tem havido muito pouca investigação estatística sobre as taxas de erros nos laboratórios.

Alguns investigadores já reclamaram por um programa rigoroso de determinação de taxas de erro e pela realização de inspeções frequentes, independentes e de surpresa às entidades públicas de peritagem[641]. Reconhecem-se, apesar disso, sérias dificuldades porque a probabilidade de um erro varia de caso para caso e os testes de confiabilidade não refletem necessariamente a situação concreta que carece de decisão. Meios técnicos, formação e protocolos parecem ser, para já, as apostas. Procura-se sobretudo alcançar maior uniformidade de resultados e de métodos entre os diferentes laboratórios[642]. Contudo, deve frisar-se que os testes de confiabilidade deste tipo foram projetados para estimar uma taxa de erro de laboratório e uma taxa de erro que descreve situações passadas e por isso podem não descrever situações atuais. Apesar disso, são uma importante fonte de conhecimento. Mas supondo que as taxas de erro relevantes possam ser

[640] Cf. SOUSA, João Henrique Gomes de - A "perícia" técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, *op. cit.,* p. 40. Esclarece ainda que o autor que utiliza o termo "opinião" com o sentido de « [...] "*uso espúrio de opinião*", de afirmação carregada de subjectivismo, sem "pretensão objectiva de verdade" e com ausência de fundamentação racional [...]». Não deixa de ser curioso que a maior parte dos processos que nos referimos e em que tribunal denunciou estas más praticas (pelo TRE) tenham tido como relator precisamente este autor. Já o tínhamos referido. Agora ganha novo relevo a sua afirmação.

[641] *Vide* apelos do European DNA Profiling Group - EDNAP (https://www.isfg.org/EDNAP/Activities).

[642] Com efeito, em Portugal as diferenças de métodos utilizados nos diferentes IML de Lisboa, Porto e Coimbra, por força da autonomia técnica que lhes é reconhecida, geraram diferentes escolas doutrinárias, com reflexos na administração da justiça, que se revelaram, como reconhecido no preambulo DL n.º 96/2001 de 26.03, entretanto revogado, "prejudiciais a uma correcta e precisa interpretação da prova pericial, nomeadamente com valorizações distintas para situações similares em função da circunscrição médico-legal em causa". Por isso se pretendeu, com a promulgação do citado diploma, instituir metodologias periciais uniformes em todo o país. Aliás, diga-se que foi essa preocupação que justificou precisamente a extinção dos três IML existentes à data e a sua fusão num só: o INML.

estimadas com suficiente precisão, os problemas não se findam: como devem ser apresentadas essas taxas de erro em tribunal e como o tribunal as deve relevar, considerando que não reflete a taxa de erro particular no caso é a questão que se seguiria[643].

Por tudo, julgamos que crer na imparcialidade e competência do perito público/oficial ou selecionado pelo tribunal sem controlo adequado da sua atuação pode revelar-se "de acerto muito duvidoso"[644]. Verificamos que passamos de um perito público/oficial ou nomeado pelo tribunal para um perito de confiança como sendo epistemologicamente distinto. Uma passagem automática da oficialidade à confiabilidade com saltos lógicos, epistemológicos ou, para usarmos a expressão a que já fizemos alusão na parte I mas noutro contexto, com "salto de fé"[645]. Diríamos até, uma passagem que assenta em pressupostos muito discutíveis.

Mas esta nossa conclusão decorre de uma presunção sistematicamente perpassada nas decisões: uma conclusão que é repetida e esta repetição indevida faz ganhar força (apenas retórica) um dogma não fundamentado e que contribui para distinta valoração da prova pericial consoante decorra de perícia pública/oficial/por perito nomeado pelo tribunal ou de parte. Mas na verdade essa distinção funda-se em premissas ilusórias que redunda numa abordagem que parece deixar de lado as preocupações gnosiológicas do conhecimento transmitido pelo perito.

Lembramos que as razões para que o juiz nomeie um perito devem ser razões para acreditar na sua autoridade epistémica e não meramente condições para determinar se um indivíduo atende a certos requisitos formais para atuar como um perito.

2.1.2. PERITO DESIGNADO PELAS PARTES

Quanto à possibilidade de as partes nomearem os peritos outras considerações devem ser tecidas.

A primeira para salientar que os problemas descritos poderiam revelar-se mais graves neste contexto porque não se espera destes peritos uma atuação isenta. Apesar disso, devemos notar que nestas situações ninguém parte dos pressupostos de imparcialidade e competência dos

[643] Neste sentido, TARONI, Franco; AITKEN, Colin - Forensic science at trial. *Jurimetrics* [Em linha]. N 37 (1997). Pp. 327-337. [04.03.2022]. Disponível em https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/juraba37&div=37&id=&page=. ISSN 00226793, p. 332ss.

[644] Cf. RODRIGO, Santiago - Sobre a prova pericial no Código de Processo penal de 1987, *op. cit.*, p. 398. Reconhece, apesar disso, que a opção pode colher justificação no princípio de igualdade de armas.

[645] Cf SAKS, Michael J.; KOEHLER, Jonathan J. - The individualization fallacy in forensic science evidence, *op. cit.,* p. 266. *Vide* secção 2.1.2 da parte I.

peritos de parte e por essa razão será mais natural que se encetem esforços para assegurar a imparcialidade cognitiva e motivacional do perito mediante o conhecimento dos critérios que adota na sua atuação.

Por isso, julgamos que que estes receios da falta de imparcialidade e competência do perito ditam uma atitude distinta e mais acertada na valoração da prova pericial, já que se deixa de lado a imparcialidade como critério de valoração e centra-se já na autoridade epistémica do perito e na qualidade do seu trabalho. Cremos que esta seja a atitude correta porque só essa atitude se centra em aspetos substanciais para efeitos de valoração da prova pericial: a sua confiabilidade.

Mas mais do que isso: cremos que esta desconfiança da parcialidade de origem pode funcionar como incentivo ao perito para atuar de acordo com os mais elevados padrões de exigência. É que o perito de parte sabe que pode assumir no processo um papel muito importante também como auxiliar do juiz na decisão da causa e na compreensão dos factos em discussão: ele será uma fonte de informação. Uma fonte de informação que a nosso ver pode ser particularmente relevante não só porque, sabendo de antemão que o tribunal será mais critico na aceitação do seu relatório, tende a ter maiores cuidados na realização da perícia e na fundamentação do relatório, estando ainda disponível para prestar esclarecimentos, mas também porque pode revelar-se um auxiliar no exercício do contraditório, já que está também interessado em suscitar dúvidas quanto à confiabilidade das demais perícias realizadas. E por isso esta possibilidade de as partes selecionarem o seu perito permitirá assegurar um contraditório mais efetivo e afastar entendimentos errados sobre a natureza infalível do conhecimento. E em qualquer destes cenários o perito de parte poderá revelar-se um auxílio para o tribunal para decidir com mais informação e, pois, para decidir de forma mais esclarecida.

E por tudo isto parece que, paradoxalmente, este modelo de designação de peritos se revelaria mais ajustado às nossas reclamações. Por isso, cremos que a desconfiança inicial da parcialidade de origem do perito de parte resulta, a final, numa atitude, tanto pelo tribunal como pelas partes e pelos peritos, mais consentânea com os propósitos da prova. Assim, e considerando o que já dissemos, será compreensível se afirmarmos não concordar com uma sobrevalorização da perícia oficial em detrimento da perícia de parte por motivos de índole exclusivamente formal.

Todavia, não podemos deixar de destacar como criticável a opção tomada pelo legislador de não prever qualquer critério de seleção do perito pelas partes quando lhes é atribuída a faculdade de escolher um perito ou de afastar o perito inicialmente designado pelo juiz. É claro

que, poder-se-á afirmar e tem razão de ser, esta opção só perpassa no CPC porque só aí será possível às partes a designação pessoal de perito por sua iniciativa e que que tal se justificará pela natureza privatística do próprio processo, por contraste com o processo penal.

Ainda assim não podemos deixar de considerar que essa opção é discutível, já que nestas situações em que o perito é contratado pela parte, se justificariam maiores receios com a falta de imparcialidade, e por isso deveria ser reforçada preocupação com a competência do perito. Sobretudo quando não se mostra sequer prevista a possibilidade de o tribunal se recusar a nomear um perito que tenha sido indicado pela parte. De facto, não nos parece defensável que seja atribuída liberdade absoluta às partes para nomeação dos peritos. É que se o objetivo é fazer intervir na causa pessoa que seja dotada de conhecimentos específicos sobre alguma matéria que se mostre relevante, a liberdade de escolha das partes sempre deveria estar condicionada à dotação desses conhecimentos pela pessoa que designa. E pese embora esse requisito seja subjacente à figura do perito, certo é que não se mostra consagrado enquanto requisito da nomeação e, em virtude disso, atendendo ao caráter dispositivo do processo civil, será mais difícil ao juiz recusar a nomeação do perito indicado pelas partes.

A cláusula de salvaguarda mostra-se prevista apenas para as situações em que as partes acordem na designação de um perito e o juiz tenha motivos para duvidar da sua idoneidade e competência (art. 467.º, n.º 2 do CPC). O problema é que não se revela simples a aplicação deste preceito porque quando as partes indicam o perito por si escolhido não estão obrigadas a apresentar qualquer referência às suas qualificações ou experiência nem a justificar adequadamente as razões pelas quais escolheram determinado indivíduo em detrimento de outro. E, a ser assim, o tribunal não tem informação necessária para aferir da competência do perito.

Isto sem esquecer que o próprio perito poderá pedir a escusa da intervenção quando considere que não dispõe de conhecimentos necessários à realização da perícia (art. 470.º, n.º 3 do CPC), mas esta opção será uma opção de iniciativa do próprio perito, e que por isso não deve ser confundida com a possibilidade por nós defendida de o tribunal, oficiosamente, se recusar a nomear o perito indicado pelas partes. Ao não se encontrar previsto esse motivo de recusa de nomeação nas demais situações, restará apenas ao juiz afastar-se das conclusões constantes do relatório pericial. Um afastamento que nem sempre se revela simples, como já vimos.

Assim, apesar de ficar em aberto se não se adequaria melhor ao modelo de administração de justiça um modelo de preferencial de perícias de parte, estamos convictos de que nos termos consagrados a solução desenhada não se mostra devidamente estruturada para o efeito.

2.1.3. PREFERÊNCIA PELA PERÍCIA SINGULAR

Outros dos aspetos que merece a nossa atenção será a preferência pela regra da "*unidade* do perito"[646] de nomeação judicial quando não seja possível a realização de perícia de natureza oficial[647]. Esta preferência, que se mostra mais recente do que a preferência pela perícia pública/oficial, decorreu das preocupações de simplificação da "*pesada aparelhagem instrutivo-judicativa*"[648].

Questionamos a adequação desta opção considerando que a melhor forma de superarmos a inevitabilidade de os peritos serem seres permeáveis a influências e sujeitos a erros será estarmos cientes de que é a diversidade de opiniões e perspetivas críticas que melhor assegura a objetividade porque o debate contraditório impulsiona os peritos a desenvolverem as suas atividades de acordo com os mais altos padrões de qualidade. E por isso não só a singularidade da perícia não garante a sua neutralidade, como não promove espírito crítico nem permite conhecer o que se passa na "caixa negra" em que se desenrola.

Quando sabemos que contraditório é importante instrumento para fins epistémicos, a conclusão a retirar daqui é que a opção pela perícia singular não só dificulta o contraditório como, simultaneamente, o torna mais necessário[649].

Outra observação devemos fazer quanto ao facto de se mostrar vedado o afastamento desta regra em processos de valor inferior a metade do valor da alçada da Relação independentemente

---

[646] Cf. PIMENTA, José da Costa - *Código de processo penal anotado*. Lisboa: Rei dos Livros, 1987, p. 587.

[647] Para sermos mais corretos, devemos acrescentar que esta preferência se manifesta também para as perícias médico-legais (art. 21.°, n.° 1 e 4 da Lei n.° 45/2004, de 19.08), mas as perícias realizadas ao abrigo do CE, terão sempre natureza colegial (art. artigo 61°, n° 2 do CE).

[648] Na doutrina diz-se também que o modelo unitário de perícia traz vantagens em termos de prontidão na diligência e confere maior credibilidade dos seus resultados - cf. VARELA, Antunes - Do anteprojecto ao projecto do Código de Processo Civil. *Revista de Legislação e de Jurisprudência.* ISSN 0870-8487. A 123, N 3790 (1990), p. 5. Não estamos, contudo, certos que a opção por um único perito assegure maior credibilidade da perícia e debater-nos-emos com esta problemática em momento posterior.

[649] Por isso mesmo a neutralidade não é apenas irreal, como é indesejável. E se se concorda com esta conclusão, deve reconhecer-se as vantagens do modelo adversarial e do contraditório que nos ocupará na parte VI mas que fomos adiantando na secção anterior. Este modelo adversarial de peritagens, adotando nos países de tradição anglo-saxónica, funda.-se precismanste na ideia de que a verdade surge da discussão e contraditório. Para uma visão geral da relevância do contraditório pode ler-se PARASCANDOLA, M - Objectivity and the neutral expert: objective science should not be without values. (Ethics and Public Health). *Journal of Epidemiology & Community Health* [Em linha]. V 57, N 1 (2003), pp. 3-4. [09.10.2019]. Disponível em https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1732261/pdf/v057p00003.pdf. ISSN 1470-2738, p. 3. Referindo sobre os riscos de uma perícia singular (seja pelo facto de omissão de dados importantes ou discórdias relevantes) DWYER, DÉIRDRE - The judicial assessment of expert evidence. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. ISBN 978-0-511-46363-1, p. 218.

da sua complexidade ou multidisciplinariedade. Esta exceção não se mostra prevista no CPP, que assim admite a realização de perícia por mais de um perito independentemente da pena abstratamente aplicável ou do valor atribuído ao pedido de indemnização civil, fazendo depender a sua natureza exclusivamente da sua possível especial complexidade ou multidisciplinaridade. Questionamos, naturalmente, se esta justificação é compatível com as preocupações epistémicas que apontamos ao processo judicial. Compreendemos que em causa estejam razões de celeridade e simplificação processual, mas devemos sublinhar que o que justifica a realização de prova pericial é a exigência de especiais conhecimentos ou de conhecimentos multidisciplinares para a perceção e apreciação dos factos. Ora, tal necessidade não decorre do valor da ação, mas da complexidade e/ou dificuldade da matéria com relevo para a decisão. E nessa medida não podemos deixar de nos manifestar críticos desta opção legislativa.

2.2. OBJETO DA PERÍCIA

Refletindo agora criticamente sobre o objeto da perícia será de reiterar a nossa crítica à forma como se encontra redigido o art. 388.º do CC. É que, tal como está formulado, a prova pericial "tem por fim a percepção ou apreciação de factos por meio de peritos". Ou seja, no domínio cível a atividade pericial deverá estar circunscrita apenas à "percepção ou apreciação de factos". Para isso contribui o facto de a epígrafe desse artigo ser precisamente "objeto". Acontece que, como vimos, já à data da redação se reconhecia que o papel do perito excede essas atividades, dele se podendo esperar, p. ex., que se pronuncie sobre regras ou princípios técnicos[650]. A redação não se mostra, assim, feliz porque, em boa verdade, a única categoria de conhecimentos especiais que se deveria mostrar excluída da prova pericial é a categoria dos conhecimentos jurídicos, pois que é ao juiz que, pela sua qualidade profissional, compete dominar esses conhecimentos, não podendo socorrer-se de pessoas estranhas para essa interpretação[651]. Ora, limitar a atuação do perito é limitar as potencialidades da prova e é afetar os pressupostos e intenções cognoscitivas que estiveram na sua base. Por isso, julgamos mais razoável e adequada a redação do CPP.

[650] Por isso se compreende que a doutrina, afastando-se de uma interpretação literal, venha a interpretar as potencialidades da atuação do perito nos processos cíveis como nos processos penais. Sobre este ponto veja-se a referência que na secção 1.1.2 da parte IV fizemos a SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova testemunhal.* 2.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2020. ISBN 9789724086446, pp. 175 e 176.

[651] Acompanhamos REIS, Alberto - *Código de Processo civil anotado, op. cit.,* p. 181 que tece esta crítica.

Tendo em conta essas mesmas preocupações questionamos igualmente a adequação dos critérios da vinculação da perícia ao objeto e/ou quesitos fixado pelo tribunal. Aqui lembramos inclusivamente a distinta consagração do modo desta vinculação porquanto no CPP o legislador referiu a necessidade de no despacho em que se ordena a realização da perícia serem fixados os quesitos aos quais o perito deve responder e no CPC permitir a fixação do objeto da perícia em termos mais latos. Julgamos que haveria vantagens caso a alteração verificada no CPC se operasse também no CPP.

De facto, a eliminação de exigência na fixação de quesitos liberta as partes ou o tribunal do ónus de esclarecimento de pormenores técnicos que seriam necessários para os elaborar, admitindo-se a apresentação de questões mais amplas, ao mesmo tempo que se possibilita ao perito maior liberdade na elaboração do relatório.

Não esquecemos, naturalmente, que o processo penal tem estrutura acusatória e que por isso a atuação dos intervenientes se mostra mais vinculada, sobretudo quando comparada com o processo de natureza civil. Não o desconsiderando, não podemos esquecer que, acima de tudo, a prova pericial surge quando o litígio colocado ao legislador exige especiais conhecimentos. Especiais conhecimentos de que o juiz e as partes não dispõem e que se revelam pertinentes para a boa decisão da causa. Ora, impor às partes e ao juiz a formulação de quesitos em matérias que não dominam pode desvirtuar precisamente o sentido e alcance deste meio de prova. E se por vezes se pode requerer a resposta a quesitos que extravasam o que o perito pode oferecer, por outras impede-se que o perito leve ao processo conhecimento sobre outras questões que, sendo pertinentes, se mostram fora das atribuições que lhe foram conferidas e assim limitando o esclarecimento cabal da situação em apreço.

A jurisprudência e os relatos desenvolvidos pelos peritos são férteis em exemplos, como vimos. Talvez por essa razão tem sido posição jurisprudencial maioritária que na formulação dos quesitos não tem que existir uma coincidência absoluta entre as questões formuladas aos peritos e os pontos versados na base instrutória porque "o que releva fundamentalmente para a admissão da perícia é que a mesma se reporte ao núcleo fundamental da questão ou questões que se pretendem ver esclarecidas independentemente de tal esclarecimento poder pôr em causa ou não alguns pontos de um outro relatório pericial junto aos autos"[652].

[652] Cf. ac. TRC. 29.06.2010. Proc. 1045/08.8TBCBR-A.C1.

Por isso defendemos a exigência de definição do objeto da perícia mediante pontos de esclarecimento ao invés de quesitos, que melhor se acomodam com as particularidades da prova pericial.

Para esta nossa posição contribuem ainda razões de ordem epistémica: se é certo que no processo civil estamos perante um processo de partes e assim se poderá compreender um conjunto mais vasto de possibilidades que permitam às partes uma participação mais ativa no processo, não podemos esquecer que também no domínio penal a prova tem como função a demonstração da realidade dos factos (art. 341.º do CC e art. 124.º do CPP) e que em ambos se estabelece como corolário do princípio a uma tutela jurisdicional efetiva o princípio do contraditório. Pelos mesmos motivos, também muito apesar de a prática judiciária ter vindo a suprir a falta de previsão expressa, julgamos que a possibilidade de os sujeitos processuais se pronunciarem sobre o objeto da perícia e contribuírem com a apresentação de quesitos deveria estar normativamente concebida nos dois domínios.

Igualmente de questionar, considerando que ao perito é facultado acesso mais ou menos amplo aos elementos do processo, será o método através do qual o perito deve fazer a seleção da informação para a realização da perícia e como deve o perito selecionar qual dessa informação deve constar do relatório pericial. Ou ainda se o perito poderá reter e não comunicar alguns dados de que tem conhecimento às autoridades judiciárias e que tipo de dados devem ser comunicados pelo tribunal e pelas partes ao perito[653]. Nenhuma destas questões é despicienda porque tanto o que se encontra escrito no relatório como o que não se encontra escrito poderá influenciar o juízo de valor e a íntima convicção do perito. Porque, como vimos, independentemente da origem, o perito não conseguirá atuar despido desse conhecimento, que afetará (a qualidade da) a sua atuação. Cremos que em termos cognoscitivos só se poderão superar estas questões com a devida fundamentação do relatório pericial.

[653] No estudo desenvolvido Filipe Santos, ao analisar o caso mediático conhecido como "caso Joana", o investigador constatou que no ofício em que foi requerida realização de prova de ADN a um chapéu encontrado que se suspeitava ser de um dos arguido se incluía informação sobre local onde o mesmo foi encontrado e se referia que uma testemunha ocular tinha reconhecido o chapéu como pertencendo ao arguido - cf. SANTOS, Filipe José da Silva Cardoso - *Genética forense, justiça e média em Portugal: elementos de co-produção num estudo de cinco casos criminais, op. cit.,* p. 149. Ora, em face das confissões feitas por diversos peritos e que apresentamos quando refletimos sobre a (im)parcialidade motivacional e cognitiva julgamos que essa informação não deveria ser transmitida. À mesma conclusão chegamos pelo que já dissemos quanto ao estudo desenvolvido por Michael Saks e Jonathan Koehler que comprova que as conclusões periciais alteram em função da informação que é facultada ao perito - cf. SAKS, Michael J.; KOEHLER, Jonathan J. - The individualization fallacy in forensic science evidence. *Vanderbilt Law Review* [Em linha]. V 61 (2008), pp. 199-219 [12.06.2022]. disponível em https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1492&context=vlr. ISSN 0042-2533, pp. 200-203 por nós referida na 2.1.2 da parte I.

Outra reflexão se mostrará necessária em torno da razoabilidade do atual amplo e livre acesso aos elementos constantes do processo no domínio processual penal, sobretudo quando se admite que o perito possa requerer os esclarecimentos que tenha por necessários e convenientes ao exercício das suas funções. Se se poderá aceitar que o acesso mais facilitado pode acelerar as diligências periciais, não será despiciendo que outros valores mais ponderosos possam justificar os limites anteriormente previstos. Até porque se não se anteveem meios para salvaguardar os direitos fundamentais dos sujeitos envolvidos nos processos, certamente poderão ser encontradas outras formas de acautelar maior celeridade na produção da prova pericial. Para além dos problemas de incompatibilização deste "acesso aberto" com o segrego de justiça, esta opção também nos causa surpresa porque pode permitir que o perito tenha conhecimento de provas que, depois da sua consulta, possam vir a ser consideradas ilícitas. De entre as várias questões que podem ser colocadas, surge-nos uma no imediato: nestes casos, como valorar as conclusões do relatório pericial caso tais elementos tenham sido considerados pelo perito?

Importaria também dar resposta a outras questões: estando o perito estritamente vinculado aos quesitos formulados/objeto fixado pode extravasar esses quesitos/objeto? O que fazer quando extravasa? E nos casos de perícias realizadas por profissionais que estão sujeitos, por via de regra, ao sigilo profissional (como os médicos), como se poderá isolar a confidência no âmbito da relação pericial ou o que significará proteger a intimidade do periciando ou como se poderá distinguir uma devassa indesejada da vida íntima de uma intromissão necessária?

Nenhuma destas questões mereceu resposta legislativa. Pela frequência com que se colocam e pela sua relevância, seria necessária a sua resposta.

2.3. RELATÓRIO

Quanto ao relatório, de sublinhar apenas a muito acertada exigência de fundamentação.

Todavia, considerando a obscuridade de muitos dos relatórios, a sua difícil interpretação ou até ausência de densificação, questionamos se não deveria ser imposta uma estrutura comum que pudesse ser depois adaptada a cada situação. Uma estrutura que forçasse maior atenção e cuidado na fundamentação e descrição das metodologias utilizadas e menos nas respostas aos quesitos.

Assim o defendemos porque, como vimos, a comunicação e interpretação dos resultados é dos pontos em que se evidencia maior desfasamento entre o que é expectado e o que é possível.

Adicionalmente para isso contribui o facto de a confiabilidade das informações prestadas dependerem da sua validade científica e/ou metodológica. Efetivamente muitas das perícias podem ser realizadas mediante a aplicação de diferentes métodos sem que todos gozem do mesmo grau de validade na comunidade científica e por isso só com a descrição do método aplicado, e devida fundamentação, será possível aferir a qualidade dos resultados obtidos (já nos referimos a este aspeto no capítulo 2 da parte I). Para além disso porque a confiabilidade desses resultados também dependerá da qualidade técnica com que o método é aplicado, i. e., da sua correção técnico processual e científico, aqui se incluindo não apenas a descrição da cadeia de custódia, mas também a referência ao correto desempenho da atividade pericial por pessoal com autoridade epistémica e de acordo com os protocolos adequados[654]. E finalmente porque como julgamos ter ficado evidente na secção 2.1.1.2.1 desta parte, a pessoalidade da perícia é algo de incontornável e por isso não podemos desconsiderar a possibilidade de os peritos cometerem erros ou serem afetados por um conjunto de vieses cognitivos ou motivacionais.

Por tudo criticamos a prática de se valorar as perícias pelas suas conclusões independentemente dos fundamentos. Além dos aspetos que evidenciamos, julgamos ser ainda relevante que no relatório seja apresentada, de forma clara e objetiva, toda a base factual que serve de fundamento à atividade pericial, seja porque a jurisprudência tem feito notar que quanto à base factual é totalmente livre para se afastar por não integrar o juízo científico inerente à prova pericial, seja porque esses dados condicionam o resultado do juízo pericial e verificamos não ser simples a sua seleção.

2.4. MEIOS DE REAÇÃO

Avançando com a nossa análise crítica dos modelos de prova pericial cumpre fazermos algumas observações a respeito dos meios de reação.

Em primeiro lugar louvamos a previsão da possibilidade concedida às partes de reagirem à prova pericial produzida. Vimos que nem sempre foi assim, mas outra opção não se coadunaria

[654] Cf. Abellán Gáscon, Marina - Prueba científica: mitos y paradigmas. In *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* [Em linha]. V 44 (2010). Pp. 81-103. [16.08.2022]. ISSN 0008-7750, pp. 89-90. Defende uma regra que temos por muito adequada: quanto maior a expectativa do valor probatório depositado numa prova, mais rigoroso deve ser o controlo da sua produção. Pertinente é ainda o esclarecimento de que o método científico é uma maneira de garantir objetividade, mas o método científico não é garantia de objetividade feito por BEECHER-MONAS, Erica - *Evaluating Scientificc Evidence: na interdiscipliary framework for intellectual due process.* New York: Cambridge University Press, 2007. ISBN 978-521-67655-7, p. 36.

com os direitos das partes à prova e ao contraditório como manifestações do princípio do direito a uma tutela jurisdicional efetiva, nem sequer com os propósitos cognoscitivos da prova.

Apesar disso, para além de uma confusão terminológica, verificamos existir falta de concretização quanto aos meios de reação ao relatório pericial já que não se encontram definidas nem delimitadas as situações em que devem ser requeridos esclarecimentos, esclarecimentos complementares, a presença do perito em audiência, a segunda perícia/perícia renovada ou nova perícia.

A acrescer, o exercício deste contraditório pressupõe que as partes se encontrem epistemicamente legitimadas para o exercer e isso nem sempre acontece porque é precisamente a falta de conhecimento que determina a produção de prova pericial. Além disso, a participação das partes e da autoridade judiciária na realização da perícia, prevista como garantia exercício do contraditório, também se mostra residual. Essa faculdade contrasta com a nossa experiência pessoal que nos permite concluir que, na prática judicial, tanto nos processos de natureza penal como nos processos de natureza civil, as situações em que o juiz assiste à realização da perícia são excecionais e não é habitual que a autoridade judiciária ou o juiz sequer justifique a sua não presença na diligência. Tal encontra-se justificado por razões de agilização processual (não se revelaria fácil encontrar uma data para a realização da audiência compatível com as diferentes agendas de todas as pessoas que lhe pudessem assistir), mas também pela sobrecarga de trabalho nos tribunais e ainda por razões de ordem financeira (já que a obrigatoriedade da presença implicaria custos acrescidos na realização da perícia).

Depois, a não imposição da presença do perito na audiência (que se justifica pela mesma razão da não imposição da presença da autoridade judiciária no momento da realização da perícia, mas também porque o resultado pericial se pode revelar suficientemente esclarecedor e ser desnecessária essa presença) pode ferir os princípios de imediação e oralidade, que permitem ao julgador a utilização plena de alguns coeficientes de valorização dos diversos depoimentos que escapam por completo ao puro relato escrito das provas. A propósito mais uma vez se diga que a nossa experiência nos permite afirmar que esta é a exceção. Os estudos empíricos também o comprovam. O mais comum é que o perito seja nomeado, a perícia realizada e o relatório junto aos autos sem que exista contacto entre o juiz e o perito. Uma situação que poderá também ferir o contraditório, que mais eficazmente poderia ser exercido oralmente do que por escrito. Daí que,

como referimos na secção 2.2.5 da parte II, a OA tivesse defendido uma alteração legislativa para impor a obrigatoriedade de comparência. Tal não sucedeu.

E estas limitações não se encontram resolvidas pela exigência de o perito prestar compromisso. É que, tal como o juramento das testemunhas não assegura por si só a credibilidade e fiabilidade do seu depoimento, também este compromisso não assegurará, como demonstramos, a sua imparcialidade e competência.

Para o que aqui expusemos concorre ainda o facto de o legislador, pela própria natureza da prova pericial, não ter elencado regras nem procedimentos a adotar pelo perito na sua atividade pericial. Esta é uma opção que compreendemos porque dado que o *status* epistemológico das ferramentas da prova pericial é fundamentado na ciência, tecnologia, técnica e arte, a sua disciplina legislativa não tem nem poderia ter outro conteúdo senão o de regular as condições e métodos de uso no processo, aí se esgotando. É que a opção pelo tipo de método, princípio ou instrumento a ser utilizado e respetiva técnica e procedimento são da competência do especialista, que os deve selecionar adequadamente dentro do quadro da ciência, técnica ou arte em que se assim se assume (ou é assumido)[655].

A acrescer a preferência pela perícia singular não facilita nem potencia o exercício do contraditório. Tal como não o facilita o discurso sistematicamente utilizado de presunção de imparcialidade e competência do perito oficial ou nomeado pelo tribunal, que só estimula uma atitude deferencial contrária aos fins da prova.

3. FORÇA PROBATÓRIA

Encerraremos análise desta parte discutindo sobre a diferente força probatória atribuída pelo legislador à prova pericial no CPP e CPC.

[655] Cf. DOMINIONI, Oreste - *La prova penale scientifica: glistrumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*. Milano: Giuffrè Editore, 2005. ISBN 88-14-118565-5, p. 36.

Começamos por referir que esta diferença não será de cariz meramente teórico porque dela decorrem implicações, designadamente a respeito das especiais exigências na valoração deste meio de prova e em termos recursivos.

As implicações em sede recursiva já foram por nós expostas na secção 3.2 da parte II. Agora, para o que mais nos importa na reflexão que nos encontramos a desenvolver, alicerçada em razões de ordem epistemológica, discutimos sobre se é compreensível que o mesmo tipo de perícia, realizada pela mesma entidade e/ou perito, sujeita ao mesmo procedimento, tenha valor probatório diferente caso seja realizada num processo penal ou num processo cível. Pensemos, p. ex., nas perícias genéticas, nas perícias para avaliação de credibilidade do testemunho, ou nas perícias para avaliação de um determinado bem ou veracidade de assinatura: quando realizadas no âmbito de processo penal terão valor reforçado; mas se realizadas no domínio do processo civil estarão sujeitas à livre apreciação.

Questionamos se se justifica distinto valor, considerando que as técnicas e o conhecimento aplicado pelo perito são os mesmos independentemente do tipo do processo[656] e que os juízes não têm nem mais nem menos conhecimentos para valorar essas técnicas e conhecimento em processo penal do que em processo civil. É certo que adiantamos que esta opção se prende com a diferente configuração dos modelos processuais e probatórios. Mas apesar disso a nossa crítica mantém a sua pertinência porque não se mostra por aí ultrapassada: as técnicas e o conhecimento científico aplicado são os mesmos e os juízes não têm nem mais nem menos preparação para os avaliar, no processo penal ou no processo cível.

A respeito das exigências de valoração, pese embora o quadro legal aponte para uma maior exigência de fundamentação no caso de divergência do juízo judicial se afastar do juízo técnico-científico inerente à prova pericial no CPP, o certo é que se verifica um entendimento alargado de que também no domínio do CPC esse afastamento não se bastará com uma apreciação "genérica e pouco consistente"[657] que faça apelos a conhecimentos decorrentes de experiência comum, exigindo-se também uma motivação que invoque "juízos da mesma natureza".

Ora esta exigência de a fundamentação da divergência do tribunal face ao juízo pericial ser justificada no mesmo plano científico, técnico ou artístico em que se produziu a prova poderá

[656] Algumas reservas devemos fazer no caso das perícias para avaliação de dano corporal realizadas em processo civil ou processo de trabalho, decorrentes das finalidades subjacentes à própria natureza e finalidades de cada um desse tipo de processo. Anteriormente já foi por nós mencionado este aspeto em nota de rodapé.

[657] Cf. DIAS, Maria do Carmo Silva - Particularidades da prova em processo penal: algumas questões ligadas à prova pericial. *Revista do CEJ*. Coimbra. ISSN 1414-008X. N 2, 2.º semestre (2015), pp. 169-225, p. 220.

equacionar-se como uma abertura de portas ao modelo fundado na atribuição de um valor standard a cada elemento de prova. Não é nossa intenção dizer que legislador abriu portas a modelo de prova legal, até porque permite o seu afastamento, como vimos, mas ao exigir especiais conhecimentos para esse afastamento - especiais conhecimentos que determinaram precisamente a prova pericial - dificulta a divergência do julgador e limita a sua livre convicção. É que a independência do juiz também se manifesta na liberdade que tem para valorar estas provas: forçar uma discussão ao mesmo nível técnico pode limitar essa liberdade e pode exortar a uma aceitação acrítica por incapacidade de se afastar do juízo pericial[658]. Sobretudo porque tem sido entendimento que a decisão judicial se mostrará devidamente fundamentada com a adesão ao relatório que pode fazer-se mediante mera referência ao mesmo. Esta é outra crítica que temos que tecer.

A este respeito é muito pertinente o contributo de Carmen Vázquez quando diferencia a concordância da deferência e bem revela que estar de acordo com um perito não é o mesmo que deferir nele a decisão: estar de acordo implica que o juiz tenha conhecimento aprofundado sobre a matéria em que o perito apresenta o seu juízo pericial para poder especificar e justificar em que aspetos do seu raciocínio e conclusões são também por si compartilhados[659]. Mas, como vimos, muitas vezes tal não sucede. E muitas vezes o suposto acordo de um juiz com o perito nada mais é do que uma fórmula (incorreta) de esconder a deferência porque o juiz vincula-se ao juízo pericial sem aludir a razões substantivas que o justifiquem ou, para utilizarmos uma expressão já por nós referida, o juiz "demite-se"[660] de ajuizar sobre a confiabilidade das informações prestadas, assumindo-as como verdades absolutas. Se não ignoramos que à luz do principio da livre apreciação da prova o juiz tenha liberdade para aceitar o juízo pericial, não podemos desconsiderar que ao abrigo desse princípio o juiz não está obrigado a ater-se com esse juízo.

Neste quadro em que se aceita que o valor probatório da perícia assente em critérios de índole meramente formal ou no argumento falacioso de autoridade, abala-se o exercício da função jurisdicional que o Estado constitucional concedeu exclusivamente ao tribunal, já que este acaba

---

[658] Esta preocupação foi expressa pelo juiz João Gomes de Sousa, numa decisão que proferiu como relator e na qual refletia precisamente sobre as dificuldades que o julgador sente em divergir de um juízo pericial nas perícias de avaliação de imputabilidade, referindo que a exigência de fundamentação pode "[...] ser um abrir de portas às declarações de inimputabilidade de duvidosa certeza, sem a possibilidade de controlo jurisdicional" - cf. ac. TRE 05.06.2007. Proc. 648/07-1.

[659] CF. VÁZQUEZ, Carmen - *De la Prueba Científica a la Prueba Pericial*, *op. cit.,* p. 265.

[660] Cf. capítulo 2 da parte IV e mais concretamente em que citamos SOUSA, João Henrique Gomes de - A "perícia" técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, *op. cit.,* p. 40; VIEIRA, Fernando; BRISSOS, Sofia - Direito e Psiquiatria: um olhar sobre a cultura judiciária na sua intersecção com a psiquiatria, *op. cit.,* pp. 54 e 55. A esse respeito também referimos a expressão "delegação da decisão" - cf. CALHEIROS, Maria Clara - *Para uma teoria da prova.* Coimbra: Coimbra editora, 2015. ISBN 978-989-96672-5-9*, passim* e em especial, p. 140 e SOUSA, João Henrique Gomes de - A "perícia" técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, *op. cit.,* p.52.

delegando tal função a outra entidade. Sucede que, como temos vimos a referir, o recebimento burocrático da prova pericial põe em risco a legitimidade da decisão. Para evitar que o perito acabe convertido no juiz dos factos, entendemos que o juiz, ao invés de deferir a decisão de facto no perito, deverá aceitar os seus contributos justificando ter razões epistémicas para o fazer. E defendemos ainda que as partes e o perito devem contribuir para essa justificação.

A propósito deste ponto, parece-nos que para este resultado concorre ainda o facto de os modelos de prova pericial e a *práxis* judiciária reduzirem este meio de prova a um documento. Algumas observações gostaríamos de fazer a respeito.

A primeira, de ordem epistemológica, a que já nos fomos aproximando, é de que considerar o relatório como prova documental permite ou incentiva a dispensa do perito em comparecer em audiência. Com isso, mostram-se reduzidas as potencialidades da prova pericial e o exercício efetivo do contraditório.

A segunda é que esta prática tem implicações nos princípios mais gerais de produção de prova porque a garantia de imparcialidade e competência, sendo de índole institucional, torna irrelevantes os pressupostos gnosiológicos centrais da imediação, que se manifestam através das regras de experiência comum e do comportamento não verbal e na importância dos sinais emitidos pela fonte de prova, que poderão ser reveladores da sua integridade e segurança[661]. Esta crítica, reconhecemos, só fará sentido se não perspetivarmos o relatório como fonte de prova, mas o perito como fonte de prova, já que de acordo com a primeira perspetiva o juiz contacta diretamente com o meio de prova resultante da perícia (relatório pericial). Porém, devemos lembrar que para nós a prova pericial é uma prova pessoal e tem caráter testemunhal. E sendo prova pessoal a fonte de prova será o perito e, considerando o que se disse relativamente à atividade cognoscente do perito, cremos que, de um ponto de vista epistemológico, a estratégia mais adequada seria

[661] Neste sentido, MESQUITA, Paulo Dá - *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*, p. 624, nota de rodapé n.º 306. Não obstante o que se disse, julgamos pertinente desconstruir duas ideias muito frequentemente associadas ao princípio da imediação: nem a imediação é um tipo de experiência que assegura que o juiz não se equivoca nas suas perceções, nem através da imediação se desenvolve uma intuição infalível e não motivável que não possa ser impugnada. Uma interpretação deste tipo parece aproximar-se da intenção subjacente à aplicação das normas de prova legal: eludir a motivação, subvertendo precisamente as preocupações que subjazem à ideia de que toda valoração probatória é impugnável e por isso juízes não podem deixar de motivar a sua decisão. Também à oralidade são apontadas algumas críticas (como a precipitação e a superficialidade sobretudo quando as declarações duram pouco tempo e com a falta de compreensão da exposição a que a pessoa é sujeita) a ponto de por vezes poder dificultar mais a tramitação do que o que facilita – seria o caso da prova pericial, em que se reconhece ser mais vantajoso a apresentação de um relatório do que a sua verbalização porque seria difícil para juiz e advogados acompanhar declarações orais, nas quais teriam certamente dificuldades em replicar, enquanto o relatório escrito permite maior controlo mas também confere mais tempo para perito refletir no que vai dizer e como diz, sendo compatível com justificação mais aprofundada. Esta é a posição defendida por NIEVA Fenoll, Jordi - Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad. *Civil Procedure Review [Em linha]*. V3, N 1 (2012). Pp. 3-24. [04.03.2022]. Disponível em http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/nieva-2012b.pdf. ISSN 2191-1339, pp. 14 e 23. Todavia, não cremos adequado substituir-se o relatório pericial pela prestação oral, mas antes cumular os dois tipos de participação.

aproximar a valoração da prova pericial à valoração da prova testemunhal. Uma valoração que implicaria que o juiz se pronunciasse não apenas quanto à qualidade epistémica do perito, mas também quanto à confiabilidade da sua atividade pericial. Fazemos assim apelo ao que referimos na secção 3.3.2 da parte II e mais recentemente no capítulo 2 da parte IV.

Por tudo o que aqui dissemos reputamos como pouco racional o repto de maiores exigências nas situações de divergência na livre apreciação da prova pericial ou de dispensa de motivação no caso de concordância (ou deferência) com o juízo pericial do que relativamente aos demais meios de prova ou entre os diferentes domínios processuais.

PONTO DE ORDEM

Nesta parte procuramos discutir criticamente os modelos de prova pericial no CPP e CPC à luz de dois alicerces do quadro de administração da justiça: a reserva da função jurisdicional e as preocupações com a descoberta da verdade.

Aqui concluímos que essas preocupações não parecem evidenciadas nos modelos analisados, marcados pela atitude deferencial do juízo judicial face ao juízo pericial, sobretudo quando a perícia assume natureza oficial.

Concluímos também que os pressupostos em que assenta esta atitude têm sérias implicações no modelo de prova pericial como a conhecemos, sobretudo preocupado com o caráter imparcial do perito. De facto, o abandono do objetivismo ingénuo sugere que para conhecer os factos que exigem especiais conhecimentos o problema não reside unicamente na mera seleção de um perito imparcial. Até porque, como demonstramos, os critérios de seleção do perito público/oficial ou nomeado pelo tribunal não se revelam adequados a essas preocupações.

Não negamos que a origem possa ser relevante, mas mais importante é que o perito e a atividade por si realizada sejam confiáveis. E esta confiabilidade não decorre de critérios de índole formal ou institucional. Ela deve assentar em dois pilares: um cognitivo (verificação da autoridade epistémica do perito que exigirá que o juiz tenha informações suficientes sobre o modo como o perito atua, a fim de lhe atribuir e reconhecer autoridade teórica sobre a sua atuação) e outro motivacional (que assegure que o perito se norteia pelo interesse institucional do juiz na descoberta da verdade). Sucede que, face à pesquisa que encetamos, não julgamos que estas duas condições sejam consideradas em todas as situações em que há lugar à realização de prova pericial, desde

logo porque nenhum dos critérios de nomeação dos peritos permite assegurar que o perito nomeado é alguém que, dispondo de informação correta, tem também a capacidade ou disposição para a atualizar adequadamente, bem assim como para observar, interpretar ou inferir adequadamente.

Em síntese, podemos findar dizendo que, aos nossos olhos, a maior credibilidade atribuída a uma perícia realizada por perito público/oficial ou nomeado pelo tribunal - decorrente de uma presumida imparcialidade e competência - não se mostra ajustada às exigências epistémicas do processo[662].

Ainda que estas pressuponham a consolidação da credibilidade do perito e a respeitabilidade social do juízo por ele emitido, cremos que ela deve derivar menos do título académico ou profissional de que se arrogue, ou da instituição que integre, mas mais da aceitação das razões de ciência em que se estribam as suas asserções num caso concreto. Por isso, importa que o juiz, em cada situação concreta, consiga atribuir à prova pericial o justo valor. Ora, tal somente ocorrerá se o juiz possuir conhecimentos que lhe permitem "apreender a «racionalidade» de tal tipo de prova"[663].

Sem qualquer pretensão de substituição do juiz pelo perito ou vice-versa, sempre será necessário e justificado que os diferentes profissionais forenses compreendam a complexidade das questões com as quais se deparam para assim melhor atribuir a devida utilidade à perícia. Do que se trata será de alcançar um ponto de equilíbrio entre as funções dos diferentes organismos[664].

Afastado desse nosso repto, o quadro que aqui expusemos legitima a conclusão de que convivemos com os riscos que descrevemos secção 2.2. da parte I e que por isso se revelam justificadas as preocupações que temos vindo a expressar.

Em aberto fica então a (des)adequação da preferência pela perícia do tipo público/oficial ou do perito nomeado pelo tribunal, que parece contribuir para este cenário.

---

[662] Por ser muito expressiva, aludimos a uma citação de António Santos Abrantes Geraldes, Paulo Pimenta e Luís Filipe Pires de Sousa, que assim reza "[...] a maior credibilidade que porventura seja atribuída ao relatório subscrito pelo perito designado pelo tribunal, podendo constituir um paliativo, não é suficiente [...]" - cf. GERALDES, António Santos Abrantes; PIMENTA, Paulo; SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Código de processo civil anotado*. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7574-7. V I, p. 535.

[663] Cf. RODRIGUES, Benjamim Silva - *Da prova penal: bruscamente...a(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*. Lisboa: Rei dos livros, 2010. ISBN 9789898305091. T II, pp. 252 e 253. Como refere Paulo Dá Mesquita «a falta de legitimidade gnosiológica para funcionar como *peritus peritorum*" não pode implicar a falta de controlo» - cf. MESQUITA, Paulo Dá - *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano, op. cit.,* p. 371.

[664] Entre outros, CARMO, Rui do - Prova pericial: enquadramento legal. In GONÇALVES, Rui Abrunhosa; MACHADO, Carla - *Psicologia forense*. Coimbra: Quarteto, 2005. ISBN 989-558-074-6. Pp. 33-54, p. 54 e LUCA, Stefano; NAVARRO, Fernando; CAMERIERE, Roberto - La prueba pericial y su valoración en el ámbito judicial español. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [Em linha]. N 15-19 (2013), pp. 19:1-19:14. [15.02.2022]. Disponível em http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-19.pdf. ISSN 1695-0194, p. 4.

Tendo em vista a proposição de soluções de *jure condendo*, julgamos pertinente olhar para os esforços que à luz deste prisma têm sido seguidos nos EUA. Aí se estabelece que o especialista depõe na qualidade de testemunha e que assim se qualifica em função do seu conhecimento, ofício, experiência ou habilitações e que ao tribunal não se impõe uma responsabilidade de avaliar criticamente as conclusões alcançadas pelo especialista, mas se essas conclusões resultam de uma base confiável. Um modelo que tem a vantagem de se assumir que a *cientificidade* da prova não encerra a questão da sua confiabilidade e do seu valor probatório, que só casuisticamente pode ser resolvida. Nas próximas páginas analisaremos os préstimos deste modelo.

PARTE VI

EXPERT TESTIMONY: O MODELO DE PROVA PERICIAL DOS EUA

DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ANÁLISE E ORDEM METODOLÓGICA DA EXPOSIÇÃO

Depois da reflexão crítica desenvolvida nas partes anteriores sobre os modelos de prova pericial do CPC e CPP e da conclusão de que tais modelos não satisfazem o nosso modelo de administração da justiça, lançamos um olhar para um modelo diferente de prova pericial em busca de linhas orientadoras para soluções de *iure condendo*. Deixamos desde já claro que não pretendemos desenvolver um estudo de Direito comparado sobre a problemática, mas apenas um excurso de direito estrangeiro que tem como único propósito (mas nem por isso pouco ambicioso) de fomentar e sustentar uma discussão profunda em torno das dificuldades práticas e limitações que temos constatado na nossa experiência, já que dele acreditamos poder extrair orientações relevantes para as solucionar, ou pelo menos, minimizar[665].

Neste ponto inicial importa justificar a razão pela qual, para tal propósito, elegemos o modelo de prova pericial adotado na tradição nos EUA.

Em primeiro lugar foram razões de desconhecimento linguístico que impuseram a exclusão da análise dos regimes de prova pericial adotados nos ordenamentos que integram famílias jurídicas não ocidentais.

Em segundo lugar pareceu-nos que, sob pena de encontrarmos os mesmos problemas e dificuldades em configurações de prova pericial muito semelhantes ao modelo português, sempre seria de eleger, para potenciar os intentos da presente investigação, pela diferente configuração do modelo e dos próprios processos judiciais, um ordenamento que se integrasse dentro de uma tradição jurídica que não aquela em que se integra o português.

Em terceiro lugar porque não podemos negar que é na família jurídica anglo-saxónica que a reflexão sobre a prova enquanto meio de conhecimento da verdade conhece maior tradição de estudo por parte das escolas de pensamento sobre a prova[666]. E porque subjacente a toda a nossa

[665] Não podemos avançar sem deixar também esclarecido desde já que não fazemos esta análise com a intenção de reclamar um qualquer transplante jurídico do modelo de prova pericial, até porque uma proposta desde género colidiria com a própria estrutura do processo judicial do nosso ordenamento. Este aspeto será objeto de maior desenvolvimento na delimitação inicial doa parte VII. O que perspetivamos com esta análise é sobretudo apelar a uma aprendizagem com os méritos e desméritos de outras soluções, num contexto em que se vai já constando uma adaptação espontânea simultânea, como relata KAGAN, Robert A. - *Adversarial legalism: the american way of Law*. 2.ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2019. ISBN 9780674238367, p. 429. Para um maior desenvolvimento sobre as principais funções do Direito comparado, deve ler-se VICENTE, Dário Moura - *Direito comparado*. 4ª. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7437-5. V I. pp. 20-30.

[666] Nomes como Benjamim Bentham, James Thayer, William Twining e Wigmore são nomes incontornáveis para quem, como nós, nutre particular interesse por uma análise epistemológica da prova. Para uma revisão dos contributos destes autores, *vide* CALHEIROS, Maria Clara - *Para uma teoria da prova, op. cit,* pp. 13-27.

investigação encontramos preocupações de índole epistemológica, não poderíamos ser indiferentes a esses contributos.

Em quarto lugar porque o modelo norte-americano de participação de especialistas no contexto judicial foi pioneiro no debate de inúmeras e massivas discussões doutrinais e jurisprudenciais, em torno das quais sempre se foi desenrolando o modelo vigente, e tornou-se por isso numa referência obrigatória dado o seu amplo tratamento sobre o tema[667].

Em quinto lugar, e também por isso, por ser o modelo apresentado academicamente como a cabeça de estirpe, ou seja, o sistema jurídico mais representativo da sua tradição jurídica[668]. Assim é porque foi precisamente a reboque das discussões que se desenrolaram em torno deste modelo que outros países que integram a tradição anglo-saxónica foram desenvolvendo os seus próprios modelos de *expert testimony*[669].

---

[667] Exemplo disso é o facto de, nos EUA, já em 1899 estar sedimentada uma forte discussão sobre o modelo em vigor e de a doutrina, apelando a novas soluções por se encontrar descontente com o modelo vigente, afirmar "is the subject of everybody's sneer, and the object of everybody's derision. It has become a newspaper jest. The public has no confidence in expert testimony" - Cf. Henry Wollman *apud* MNOOKING, Jennifer L. - Idealizing science and demonizing experts: an intellectual history of expert evidence. *Villanova Law Review* [Em linha]. V 52, N 101 (2007), pp. 763-802. [24.11.2019]. Disponível em https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol52/iss4/3. *ISSN* 0042-6229. Neste artigo, a autora, traçando uma visão diacrónica do modelo de *expert testimony*, relata o descontentamento dos diferentes atores judiciais e peritos forenses, com as primeiras referências à última década do séc. XIX. De sublinhar será o facto de a discussão em torno do modelo se expandir também na comunidade geral e não apenas entre aqueles que tinham participação direta no contexto judicial. A citação que apresentamos é evidenciadora, mas outras referências, que apresentaremos ao longo da exposição, permitem também assim afirmar.

[668] Uma análise dos estudos académicos sobre a temática permite-nos concluir que a grande maioria se centra na análise do regime instituído nos EUA, através do qual se procura conhecer ou trabalhar o regime dos demais países que integram a tradição anglo-saxónica. No seio da doutrina nacional, podem indicar-se como exemplo CALHEIROS, Maria Clara - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. ISBN 978-989-96672-5-9, pp. 125 e ss e SOUSA, João Henrique Gomes de - A "perícia" técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial. *Julgar*. Coimbra: Almedina. ISSN 1646-6853. N 15 (2011), pp. 27-52. Num plano internacional o modelo dos EUA é também referido por autores que problematizam o modelo de prova pericial típico dos países de tradição romano-germância - p. ex., VÁZQUEZ, Carmen - *De la prueba científica a la prueba pericial.* Madrid: Marcial Pons, 2015. ISBN 9788416402762, pp. 83-148; DOMINIONI, Oreste - *La prova penale scientifica: glistrumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*. Milano: Giuffrè Editore, 2005. ISBN 88-14-118565-5, pp.115-136; NIEVA FENOLL, Jordi - Repensando Daubert: La Paradoja de la Prueba Pericial. *Civil Procedure Review* [Em linha]. V 9, N 1 (2018), pp. 11-26. [10.02.2022]. Disponível em https://www.civilprocedurereview.com/revista. ISSN 2191-1339. E mesmo quando se analisam os regimes previstos noutros ordenamentos que integram a tradição anglo-saxónica, constatamos a remissão e/ou inspiração no modelo norte-americano, como sucede em Inglaterra e se apresenta na nota de rodapé seguinte.

[669] Veja-se, a título exemplificativo, o modelo em vigor em Inglaterra. A 7.10.2004 foi introduzido nos tribunais criminais pela Practice Direction um teste de admissibilidade reconhecidamente inspirado na jurisprudência norte-americana (e muito particularente na decisão Daubert, que analisaremos) tendo em vista reduzir os riscos decorrentes de ciência não confiável. A Law Commission sugeriu então a adoção de um teste que exigisse que a prova fosse "sufficiently reliable to be admitted", mas sendo suficientemente flexível de maneira a que o grau de confiabilidade pudesse variar de acordo com a "strength" do testemunho e da prova apresentada pelo especialista. Estas orientações são semelhantes às expressas em Daubert, mas em alguns aspetos mais elaboradas. P. ex. se em Daubert se procurou aferir se a técnica sobre a qual o especialista formou o seu juízo tem uma taxa de erro conhecida, a Practice Direction questiona se o especlista explica adequadamente quão seguras são as inferências que extrai dos factos e se o seu juízo tem em consideração o grau de precisão ou margem de incerteza de qualquer resultado em que se baseia. Além disso, em vez do teste de aceitação geral, estabelece um critério mais complexo: se houver uma série de opiniões de especialistas sobre o assunto que será alvo do *expert testimony*, questiona se a posição do especialista segue a maioria da literatura e se essa preferência foi adequadamente explicada. Esses e outros fatores são adaptados para apoiar uma avaliação gradual da prova e não uma decisão binária sobre se o suporte do depoimento equivale, ou não, a conhecimento científico ou técnico. Daqui se conclui que a Practice Direction exige um exame minucioso do raciocínio, dados e métodos dos especialistas apresentados pelas partes e, portanto, pode definir uma tarefa mais exigente do que a apresentada em Daubert - cf. EDMOND, Gary; ROBERTS, Andrew - The Law Commission's report on expert evidence in criminal proceedings. *Criminal Law Review* [Em linha]. (nov. 2011), pp. 561-576. [03.01.2020]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/289410128_The_law_commission's_report_on_expert_evidence_in_criminal_proceedings. ISSN 0011-135X. A doutrina não está, no entanto, convencida de que estas soluções resolvam todos os problemas e receia que os especialistas, de sua livre iniciativa, não assegurem o cumprimento do dever que sobre si recai de chamar atenção para as divergências de opiniões no seu campo científico. Tal como não espera que os juízes tenham o conhecimento necessário para discernir quando um especialista falhou nesse dever. Por isso, apelam a que a Forensic Science Regulator desempenhe um papel mais ativo na auditoria de relatórios de especialistas e no controlo do seu conteúdo. Até então, segundo descreve a doutrina, nos processos de natureza cível, os juízes ao desempenharem funções de *gatekeeper* procuravam sobretudo fazer uma gestão de custos e no âmbito dos processos de natureza criminal as funções eram apenas formalmente

Estamos bem cientes que, para potenciarmos a intenção subjacente a este excurso de direito estrangeiro, será essencial conhecer não apenas o *law in books*, mas sobretudo o *law in action*, pois só este contribuirá para uma análise crítica do sistema processual e do alcance jurídico e prático das respetivas linhas orientadoras globais. Nessa medida, torna-se nuclear partirmos de uma análise que vai além do modelo legal e da análise dos diplomas normativos que regulam este tipo de prova nos EUA. Por isso, daremos especial enfoque à prática judiciária para melhor compreender as implicações práticas do modelo que será neste capítulo objeto de estudo[670].

Algo que também tem razão de ser pelo facto de o sistema de fontes de Direito na tradição da *common law* apresentar importantes diferenças relativamente à romano-germânica. A principal destrinça, que é já sobejamente reconhecida, prende-se com o facto de a principal fonte do Direito nos modelos de matriz anglo-saxónica ser a jurisprudência. Tal terá implicações no estudo que levaremos a cabo, que será sobretudo centrado nos desenvolvimentos jurisprudenciais e doutrinais sobre o *expert testimony* e que nos permitirão tomar assim conhecimento de uma dimensão prática da sua admissibilidade, produção e valoração. De destacar neste ponto será que o Supreme Court of the United States, para além da já referida decisão no caso Daubert, se ter pronunciado com particular relevância sobre a admissibilidade das provas periciais em mais dois casos, conformando o que se designa por trilogia Daubert ou Daubert e os seus descendentes[671]. Estas três decisões marcaram o regime de *expert testimony* nos EUA, impulsionando inclusivamente alterações no regime legal. Por isso se compreenderá que neste nosso estudo a análise da jurisprudência e das normas de Direito estadual que versem sobre a prova pericial estejam de mãos dadas[672].

---

asseguradas, visto que habitualmente eram aceites todos os especialistas contratados pelas partes (salvo raras situações de designação de psiquiatras ou psicólogos) - cf. WARD, Tony - An English Daubert? Law, forensic science and epistemic deference. *The Journal of Philosophy, Science & Law:* Daubert. *Special Issue* [Em linha]. V 15 (2015), pp. 26-36. [03.01.2020]. Disponível em https://philpapers.org/rec/WARAED. ISSN 1549-8549. A inspiração na doutrina e jurisprudência norte-americanas são assim evidentes nesta solução. Pode ainda ler-se, para maior compreensão deste modelo, WARD, Tony - Expert Evidence and the Law Commission: implementation without legislation? *Criminal Law Review* [Em linha]. (2013), pp. 561-576. [03.01.2019]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/289410045_Expert_evidence_and_the_law_commission_Implementation_without_legislation. *ISSN* 0011-135X; MONAGHAN, Nicola - *Law of Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. ISSN 978-1-107-02033-7, pp. 412 e ss e as recomendações da LAW COMMISSION OF ENGLAND AND WALES - *Expert Evidence in Criminal Proceedings in England and Wales* [Em linha]. London: The Stationery Office, 2011. [03.01.2020]. Disponível em http://www.official-documents.gov.uk. ISBN: 9780102971170.

[670] Sobre a importância do conhecimento das questões jurídicas do ponto de vista interno dos operadores no sistema e o esquecimento de que padece nos estudos de Direito comparado, leia-se a análise de LANGER, Maximo - From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal* [Em linha]. V 45, N 1 (2004), pp. 1-62. [20.12.2019]. Disponível em https://ssrn.com/abstract=707261. ISSN 0017-8063.

[671] Para uma análise sobre as dificuldades de uma interpretação conjunta destas decisões que formam a trilogia e da sua (falta de) compreensão global pelos tribunais norte americanos, para além das referências que serão apontadas ao longo do capítulo, pode ler-se, por todos, BERNSTEIN, David E.; JACKSON, Jeffrey D. - The Daubert Trilogy in the States. *Jurimetrics* [Em linha]. V. 44 (2004), pp. 1-19. [20.12.2019]. Disponível em https://ssrn.com/abstract=498786. ISSN 0897-1277.

[672] Mais uma nota ainda relacionada com este aspeto deve ser apresentada quanto ao facto de, quando nos referimos ao modelo da prova pericial nos EUA, nos referimos exclusivamente às normas de Direito federal dos EUA e não às normas adotadas por cada um dos estados que

A nosso ver, só uma análise deste género poderá alicerçar uma resposta, consciente e experienciada, aos ensejos da investigação a que nos propusemos.

Partimos ainda para essa análise conscientes das dificuldades acrescidas que a mesma acarreta, considerando a divergência metodológica e processual do regime jurídico norte-americano quando comparado com o português[673]. Pese embora estas diferenças, cumpre reiterar que não é nosso intento defender um transplante jurídico, interessando-nos sobretudo olhar para a globalidade das preocupações subjacentes ao regime, independentemente da natureza do processo, já que o que pretendemos é colocar em debate algumas questões que se possam afigurar úteis para o aperfeiçoamento dos nossos próprios regimes de prova pericial, destacando-se o que seria possível aplicar e o que não seria possível aplicar na nossa prática judiciária.

Ressaltamos ainda que, dadas as características desse sistema, as atenções em torno da prova pericial no modelo dos EUA se têm concentrado principalmente na etapa da sua admissão. Tal realidade é, pelo menos em parte explicável pelo facto de o tema nos EUA ter sido sobretudo desenvolvido no processo civil, assente no paradigma do modelo adversarial. Porque neste contexto os trâmites processuais e o próprio objeto do processo estão em larga medida na disponibilidade das partes, compreende-se que tivesse ganho particular relevo o perito de parte em detrimento do perito nomeado pelo tribunal. Uma realidade que contrasta, em parte, com a evolução do nosso modelo de prova pericial. A consequência imediata deste facto é que, diferentemente das regras no modelo continental, que assentam numa preferência pela perícia pública ou pelo menos por "[colocar] o perito fora da lógica contratual de associação com as posições das partes [...]"[674], atribuindo-lhe a jusante uma autoridade praticamente incontestável por se encontrar afastado da lógica e dos interesses das partes, o modelo de prova pericial anglo-saxónico desenvolve-se em torno do *expert testimony.*

---

compõe a Federação. Não ignoramos, apesar disso, que mesmo as FRE não têm o condão de eliminar a diversidade das normas dos estados que as adotam, visto não ser raro a sua incorporação se dar através de leis locais que introduzem modificações e adaptações à sua disciplina. Em face dessa diversidade tomaremos apenas as normas das FRE, sem detalhar como é que as mesmas têm sido aplicadas nos diversos estados, ainda que não deixemos de fazer pontualmente algumas referências ao caráter *pluralista* do Direito dos EUA a propósito dos modelos de *expert testimony.* Mas também por isso assumirá a jurisprudência discutida um importante fator no desenvolvimento de uma disciplina comum e na aproximação dos Direitos estaduais.

[673] Uma comparação entre o modelo processual penal português e dos EUA foi desenvolvida por MESQUITA, Paulo Dá - A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1951-7. De um ponto de vista mais abrangente, realizando um estudo comparado entre o processo civil norte americano e o dos países europeus, sugere-se a leitura de LANGBEIN, John - The German advantage in civil procedure. *The University of Chicago Law Review* [Em linha]. V 52 (1985), pp. 823-866. [10.09.2029]. Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol52/iss4/1. ISSN 1939-859X e, sobre a aproximação dos regimes, MESQUITA, Paulo Dá - Alguns sinais sobre tendências actuais do processo penal português: convergências metodológicas sobre o contraditório, a prova, a imediação e a confiança nos juízes. *Julgar.* Coimbra. ISSN 2183-3419. N 25 (2015), pp. 109-144. Em VICENTE, Dário Moura - *Direito comparado, op. cit.,* podemos encontrar um estudo comparado, de âmbito mais geral, entre o regime jurídico das tradições romano-germânica e anglo-saxónica.

[674] Cf. CALHEIROS, Maria Clara - *Para uma teoria da prova, op. cit.,* pp. 138 e 139.

Em jeito de introdução podemos avançar, em termos gerais, que por o modelo assentar numa lógica processual adversarial, o que sucede é que os especialistas, que assumem a condição de testemunhas (*expert witnesses*) são contratados pelas partes que pretendem que seja produzido conhecimento especializado sobre a questão discutida. Assim, os peritos surgem no processo como prestadores de serviço às partes e não como auxiliares do juiz[675]. Por efeito, como já fomos antecipando na parte VI, não se espera destes peritos uma participação imparcial nem preocupada com a descoberta da verdade, mas uma participação que satisfaça o interesse da parte que os contrata. Aliás, o cerne deste modelo coloca-se a montante: a parte que pretende que seja produzido conhecimento especializado apenas irá contratar uma *expert witness* na condição de esta estar disposta a apresentar no processo um juízo que lhe seja favorável. O perito é assim contratado em função de uma posição que já emitiu antes da sua contratação e na condição de desempenhar um papel que seja favorável à parte que o contrata.

Ora, se o modelo continental de perícias culmina numa atitude deferencial e num excesso de confiança nos peritos, o anglo-saxónico não se poderia afastar mais deste resultado. Com efeito, sendo reconhecida a ligação contratual entre as partes e o perito, manifestou-se uma crescente descrença e desvalorização generalizada relativamente às informações prestadas pelos peritos que, muitas vezes para satisfazer os interesses da parte que os contrata, esquecem a objetividade e desligam-se das preocupações com a descoberta da verdade. A suspeita de venalidade que recai sobre as *expert witnesses* assumiu particulares contornos com o despoletar de fenómenos de *battle of experts*, *expert shopping*[676] e *junk science,* tornando assim mais veemente a célebre e necessária distinção entre a *boa* e *má* ciência e entre os bons e maus peritos desenvolvida por Michael Taruffo[677]. Facilmente se compreenderá, por essa razão, que as maiores dificuldades decorrentes do modelo adversarial se manifestem num momento prévio à produção deste tipo de prova e estejam sobretudo relacionadas com a dificuldade em estabelecer quando é que a mesma deve ser admissível.

---

[675] Esta afirmação deve ser, contudo, interpretada com algumas cautelas, pressuposto que o modelo em análise prevê a possibilidade de o juiz nomear um especialista independente das partes (FRE 706). Apesar disso, como veremos, esta é uma faculdade ainda pouco generalizada e com pouca relevância na prática judicial, seja porque a mesma é vista como uma forma de interferir no modelo adversarial, seja porque é ainda desconhecida por advogados e magistrados. Sobre o tema, pode ler-se a secção 7.2 da parte VI.

[676] Sobre o fenómeno, que teremos oportunidade de explicar à frente com detalhe, *vide* VERKERK, Remme - Comparative aspects of expert evidence in civil litigation. *International Journal of Evidence & Proof* [Em linha]. V 1 (2009), pp. 167-197. [20.12.2019]. Disponível em https://doi.org/10.1350/ijep.2009.13.3.321. ISSN 1740-5572, pp. 187 e 188.

[677] Cf. TARUFFO, Michele - Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria. *Quaderni della Rivista Trimestrale do Diritto e Procedura Civile: Decisione giudiziaria e veritá scientifica.* Milano: Giuffdemandada Editore, 2005, N 8. ISBN 9788814119323. Pp. 3-24, pp. 8 e 9. Esta questão já foi por nós referida no capítulo 3 da parte I.

Com efeito, a questão central e mais discutida na literatura na *common law* sobre o *expert testimony* prende-se exatamente com a definição sobre que tipo de conhecimento pode ser produzido nos processos judiciais. É que a flexibilização do sistema de peritos obriga a verificar, antes de ser admitida a sua participação no julgamento, que os peritos contratados pelas partes atendem a condições mínimas de adequação contra os riscos de produção de informações de má qualidade que, por esse motivo, se revelam mais prementes neste contexto judicial. Por isso, tipicamente, a produção de prova está dependente de um juízo prévio da sua admissibilidade, centrado na valoração da sua relevância e confiabilidade e não na determinação do seu valor probatório[678]. A este respeito algumas considerações adicionais são necessárias.

A primeira para notar que, neste ponto, a discussão sobre o que se entende por confiabilidade se torna extremamente importante. A confiabilidade será precisamente o fio condutor do caso que será analisado aqui, Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. Sem dúvida, este caso não marcou apenas a agenda norte-americana em matéria de prova pericial, mas também a agenda de todo o mundo anglo-saxónico e, mesmo nos últimos anos, também na tradição continental. Além de tal impacto, este é um caso extremamente interessante pelas abordagens epistemológicas desenvolvidas e que se revelarão num importante auxílio aos nossos intentos.

A segunda para reiterar que este juízo de admissibilidade é um juízo anterior à produção da prova pericial. Neste ponto é importante destacar algumas caraterísticas do sistema dos EUA, fundamentalmente a respeito do estabelecimento da chamada *burden of production* para o processo avançar para uma fase seguinte. O *burden of production* consiste na exigência de que as partes produzam provas suficientes da sua pretensão sobre os factos em litígio para efeitos de o juiz da causa decidir se, dada a informação prestada nessa fase inicial (conhecida como *pre-trial*), o processo deve ser apreciado por um júri. O cerne então reside em saber se a informação disponível no pré-julgamento é suficiente para uma pessoa considerar que estão atendidos os requisitos probatórios estabelecidos pelo standard de prova aplicável. Se não estiverem, o juiz de primeira instância resolve o caso adotando uma das *preclusive motions* legalmente previstas e o processo termina antes da produção das provas perante o júri. Assim é porque se no sistema adversarial as partes têm maior controlo sobre as informações que são carreadas no processo,

[678] Cf. MESQUITA, Paulo Dá - A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano, *op. cit.,* p. 173.

também é verdade que nestes modelos ganha maior relevância a previsão de mecanismos para que as partes possam exercer um efetivo contraditório. Nos EUA, para o efeito, prevêem-se então a realização de pré-audiências em que as partes são convidadas a apresentarem as suas provas e a contraditar as provas da contraparte, explicando e defendendo a sua pretensão ao juiz, que tem o poder de gestão desta fase processual de forma a que mais tarde seja possível concentrar numa única audiência toda a prova para a tomada de decisão final. Todos os mecanismos e incentivos previstos resultam num conjunto de informação amplo e suficiente para que o juiz possa decidir racionalmente se o caso deve ou não prosseguir para a fase do julgamento. Ora, no caso da prova pericial, o juiz também realizará, antes de o perito se apresentar a prestar o seu depoimento em audiência, um juízo sobre a admissibilidade da sua apresentação ao júri, no qual avaliará precisamente a relevância deste meio de prova e a confiabilidade das informações que serão prestadas pelo perito. Caso o juiz conclua pelo não preenchimento destes dois requisitos, o *expert testimony* não será admitido.

Estes pré-julgamentos também se justificam por outra particularidade do modelo processual norte-americano: pelo facto de ser deixado ao jurado (*trier of fact*) a decisão sobre a matéria de facto. Esta forma de administração da justiça exige, como se percebe, que ao juiz profissional se imponha a decisão sobre as questões de direito, de entre as quais se encontra a admissibilidade da prova que pode ser produzida perante o júri. Assim será para se evitar a contaminação da convicção do júri com provas que não se revelem nem relevantes nem confiáveis.

Segue-se agora uma aclaração de ordem terminológica. Ainda que considerando a diferente natureza e metodologia subjacentes à prova pericial e ao *expert testimony*, optamos por utilizar as expressões *expert testimony* e prova pericial e *expert witness* e perito de forma indistinta, como significando a mesma realidade. Tal utilização, ainda que se afaste da terminologia e da configuração legal, justifica-se porque, na prática, os termos referem-se ao mesmo meio de prova e refletem a interseção do Direito com as demais áreas do saber e formas de conhecimento especializado. De resto, esta nossa opção segue a doutrina que, em Portugal, tratou já do tema[679].

Por fim, cumpre frisar que a problemática da prova pericial nos EUA ganhou particular relevância e foi popularizada com um aumento significativo da litigância em que se reclamavam

[679] Entre outros, vejam-se CALHEIROS, Maria Clara - *Para uma teoria da prova, op. cit.,* pp. 125 e ss*;* SOUSA, João Henrique Gomes de - A "perícia" técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, *op. cit.*; DOMINIONI, Oreste - *La prova penale scientifica: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, *op. cit.*

avultadas indemnizações assentes na demonstração *científica* de um nexo de causalidade adequado entre danos e factos. Por isso, em rigor, as referências ao regime do *expert testimony* desenvolvidas pela jurisprudência norte-americana até à decisão proferida no caso reconhecido como Joiner reportam-se apenas à prova de natureza *científica,* pese embora com essa decisão depois se expandam a todo o tipo de conhecimento especializado (seja provindo de ciências não exatas, como de técnicas, de formação académica ou profissional, ou até decorrente de experiência pessoal).

Traçadas estas pinceladas iniciais necessárias para melhor compreensão do regime da prova pericial nos EUA, encontra-se desenhado o quadro para que possamos analisar o modelo de forma mais desenvolvida. Porque consideramos que esta abordagem será aquela que melhor se adequa aos objetivos da investigação, optamos por fazer uma exposição que segue uma análise diacrónica das diferentes decisões judiciais que vieram pensar a prova pericial e dos diplomas que a regulam e as suas sucessivas alterações. À medida que apresentamos a moldura legal e jurisprudencial do quadro atual do *expert testimony*, esperamos dar a conhecer o *law in action* e compreender as respetivas repercussões no regime de produção e valoração desta prova. Procuraremos, pois, lançar um olhar particularmente atento sobre a prática judicial, de molde a compreender quais os proveitos deste modelo e quais as suas complexidades e dificuldades. Por isso, seguir-se-á depois uma parte dedicada às críticas que têm sido apontadas ao regime de prova pericial norte-americana e outra às diferentes propostas de revisão do modelo. Merecerá nesse ponto especial destaque uma das propostas que nos últimos tempos tem merecido mais atenção e que se aproxima dos modelos que prevêm, como regra, a nomeação de especialistas independentes pelo tribunal. Além de analisarmos a FRE 706, que prevê esta possibilidade, vamos procurar conhecer as razões pelas quais esta proposta não tem merecido o acolhimento desejado no seio judicial e que sugestões são apresentadas para um incremento desta medida.

No final, questionaremos se o modelo de prova pericial adotado nos EUA permanece estanque ou se as últimas tendências (perfilhadas particularmente pela doutrina) não procuram uma aproximação ao regime da prova pericial continental.

1. CASO FRYE V. UNITED STATES: O CRITÉRIO DA ACEITAÇÃO GERAL[680]

Ainda que não tivesse sido esta a primeira vez que a jurisprudência norte-americana tivesse sido confrontada com a produção de prova pericial no contexto judicial, foi neste processo que o Supreme Court dos EUA discutiu, pela primeira vez, os critérios de admissibilidade da prova pericial. Marcando o início de inúmeras e calorosas discussões jurisprudenciais e doutrinais, esta decisão viria até a originar reformas legislativas, de que daremos conta[681].

1.1. O CASO

O caso desenvolve-se em torno da condenação a prisão perpétua de James Alphonzo Frye, declarado culpado pelo assassinato de Robert W. Brown. O motivo central da discussão com relevância para o presente estudo não é a sua condenação, mas o facto de James Frye ter, num primeiro momento, confessado o crime e posteriormente ter-se retratado e, para demonstrar a credibilidade destas suas segundas declarações, a sua defesa ter apresentado como prova a possibilidade de o sujeitar a um novo método de análise de pressão sanguínea que supostamente serviria como detetor de mentiras[682]. O tribunal de primeira instância excluiu a produção de tal prova e condenou James Frye.

Este, inconformado com a decisão, dela interpôs o competente recurso. Decidindo sobre a pretensão do arguido, o Supreme Court centrou-se no fundamento teórico subjacente a tal técnica

[680] Cf. Frye v. United States. 293 F. 1013 D.C..Cir (1923). A decisão pode ser encontrada no anexo A.

[681] Para uma narrativa detalhada sobre o caso, não deve deixar de ler-se WEISS, Kenneth J.; WATSON, Clarence; XUAN, Yan - Frye's backstory: a tale of murder, a retracted confession, and scientific hubris. *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*. [Em linha]. V 42 (2014), pp. 226-233. [29.11.2019]. Disponível em http://jaapl.org/content/42/2/226. ISSN 1943-3662.

[682] O recurso aos testes de polígrafo pelos tribunais tem sido muito desenvolvido pela doutrina e jurisprudência norte-americanas e ainda hoje é fonte de grande controvérsia, como nos relatam SHNIDERMAN, A. B. - You can't handle the truth: lies, damn lies, and the exclusion of polygraph evidence. *Albany Law Journal of Science and Technology* [Em linha]. V 22, N 2 (2012), pp. 433-473. [06.01.2020]. Disponível em https://ssrn.com/abstract=1923201. ISSN 10594280 e GREELY, H. T.; ILLES, J. - Neuroscience-based lie detection: the urgent need for regulation. *American Journal of Law & Medicine* [Em linha]. V 33 (2007), pp. 377-431. [06.01.2020]. Disponível em https://doi.org/10.1177/009885880703300211. ISSN 2375-835X. O valor probatório dos resultados dos testes tem sido alvo de estudos com diferentes conclusões. A título exemplificativo, Stephen Fienberg discorda das posições mais favoráveis ao recurso a estes testes, defendidas por Michael Finkelstein e Bruce Levin, invocando para tanto as dificuldades que podem surgir na aplicação do polígrafo em situações de julgamento, desde logo por falta de conhecimento dos tribunais em interpretar os resultados – *vide* FIENBERG Stephen - To tell the truth: on the probative value of polygraph search evidence. *Jurimetrics.* [Em linha]. V 46, N 1 (2005), pp. 107-116. [06.01.2020]. Disponível em https://www.jstor.org/stable/29762921. ISSN 0897-1277 e FINKELSTEIN, Michael O.; LEVIN, Bruce - On the probative value of evidence from a screening search. *Jurimetrics.* [Em linha]. V 43, N 3 (2003), pp. 265-290. [06.01.2020]. Disponível em https://www.jstor.org/stable/29762812. ISSN 0897-1277. Esta divergência comprova que, apesar dos esforços para uma maior uniformização de decisões, tal desiderato ainda não foi alcançado.

de deteção de mentiras e concluiu pela improcedência do recurso, justificando que não tinha merecido ainda reconhecimento científico e, como tal, não seria confiável. O tribunal, reconhecendo que existia um problema em determinar com exatidão quando é que uma determinada descoberta científica atravessa a linha de uma etapa experimental e alcança um estado demonstrável (confiável), sustentou que o valor probatório do *expert testimony* apresentado deveria ser reconhecido num lugar entre esses dois estágios. Por isso, manteve a decisão do tribunal de primeira instância, referindo que a técnica proposta não deveria ser admissível em sede judicial porque ainda não tinha merecido reconhecimento científico suficiente nas áreas fisiológica e psicológica.

Embora da decisão não tenha ficado a constar propriamente uma explicação sobre os motivos pelos quais o tribunal adotou esse critério nem como deveria ser entendido, o critério da *general acceptance test* ficou a constar como argumento para manter a decisão dos tribunais inferiores de excluir esse meio de prova pelo facto de não se encontrar suficientemente estabelecido na área relevante.

Afastando-se da abordagem geral até então vigente de que deveriam ser admitidas todas as provas relevantes para apreciação do litígio, para o preenchimento deste novo critério não se bastaria que uma testemunha qualificada acreditasse que a técnica que expunha no tribunal para suportar as suas declarações fosse demonstrável. O padrão veiculado nesta decisão estabeleceu um nível acrescido de exigência: a aceitação pelos órgãos científicos competentes ("sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs").

A sua aplicação prática passou então a exigir que os tribunais, antes de admitirem a intervenção de testemunhas especializadas, tivessem que assegurar que as mesmas apresentariam conhecimentos que eram partilhados pela comunidade científica, pois só esse reconhecimento poderia atestar a sua confiabilidade. Para tanto, aos tribunais competia a determinação do *status* do conhecimento que seria produzido, que poderia passar pela avaliação da validade do princípio científico na comunidade científica pertinente e/ou da validade da técnica e/ou da aplicação da técnica às circunstâncias concretas[683].

A consequência lógica daqui decorrente é que se passou a exigir que a técnica subjacente à produção do conhecimento especializado fosse sujeita a um processo evolutivo e experimental,

[683] Cf. GIANNELLI, Paul C. - The admissibility of novel scientific evidence: Frye v. United States, a half-century later. *Columbia Law Review*. [Em linha]. V 80, N 6 (1980), pp. 1197-1250. [30.09.2019]. Disponível em https://www.jstor.org/stable/1122061. ISSN 1945-2268, p. 1203.

pois que deveria ser examinada e criticada pela comunidade científica. E só depois de testada com sucesso poderia passar ao estádio de reconhecimento judicial. O seu principal propósito era proteger o júri de *provas científicas* não confiáveis, por estarem envoltas no manto da incerteza científica.

1.2. OS CONTRIBUTOS DA DECISÃO

A decisão, que alguns consideram excessivamente concisa por estar subscrita em apenas duas páginas e sem apresentar uma explicação detalhada para adoção deste critério[684], dominou a discussão sobre a admissibilidade de produção de conhecimento especializado e foi conhecendo um protagonismo crescente durante décadas[685]. E tal só pode dever-se aos méritos que lhe foram reconhecidos[686].

A principal justificação para a longevidade do *Frye test* estará sobretudo relacionada com o facto de estabelecer um método para garantir a confiabilidade da *prova científica*, consagrando uma barreira segura à abertura de provas que, sob essa aparência, poderiam ser meramente apresentadas com o objetivo de confundir o tribunal. Como esse mesmo tribunal fez notar, posteriormente, a exigência de aceitação geral na comunidade científica assegura que aqueles mais qualificados para avaliar a validade geral de um método científico terão a voz determinante nessa decisão[687].

Para além disso, outro dos méritos que mais frequentemente lhe são apontados centra-se na esperança que o mesmo trouxe de uniformizar as decisões, até então muito diversas sobre esta temática, assim satisfazendo as carências de justiça e equidade.

Em termos processuais, o *general acceptance test* mostrava-se capaz de potenciar uma maior eficácia e uma utilização mais racional de recursos, já que vinha eliminar a necessidade de

---

[684] Na expressão original "maddeningly terse" - cf. WEISS, Kenneth J. *et. al.* - Frye's backstory: a tale of murder, a retracted confession, and scientific hubris, *op. cit.,* p. 228.

[685] Esta crescente relevância é-nos relatada por BERNSTEIN, David E. - Frye, Frye, again: the past, present, and future of the general acceptance test. *Jurimetrics.* [Em linha]. V 41, N 3 (2001), pp. 385-408. [20.12.2019]. Disponível em https://ssrn.com/abstract=262034. ISSN 0897-1277, pp. 389 e 390. Para o autor, a aplicação do *Frye test* apenas não mereceu imediatamente reconhecimento geral porque se aplicava somente a casos criminais e ao testemunho de especialistas na área das ciências puras. Além disso, lembra que o número de decisões em que se aplicou este padrão será maior do que aquele de que se tem conhecimento porque em muitas situações os tribunais aplicaram esse mesmo critério sem menção formal ao processo ou ao teste.

[686] Sobre os méritos desta decisão, pode ler-se, por todos, DOMINIONI, Oreste - *La prova penale scientifica: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione, op. cit.,* p. 118. É esta a referência ue seguimos nas considerações seguintes.

[687] Uma análise mais detalhada do assunto é apresentada em GOODWIN, Robert J. - Fifty years of Frye in Alabama: the continuing debate over adopting the test established in Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. *Cumberland Law Review* [Em linha]. V 35, N 2 (2004-2005), pp. 231-316. [09.10.2019]. Disponível em https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cumlr35&div=15&id=&page=&collection=journals. ISSN 0360-8298, p. 242. Pode ainda ler-se, sobre o tema, GIANNELLI, Paul C. - The admissibility of novel scientific evidence: Frye v. United States, a half-century later, *op. cit.,* p. 1204.

audiências demoradas sobre a validade de técnicas inovadoras, assim se exonerando o juiz de ser diretamente confrontado com o problema da validade da *prova científica*, aceitando a posição dominante nos respetivos domínios de investigação.

Simultaneamente, impediria a propensão do júri de superestimar as técnicas científicas quando se encontrava numa situação difícil de avaliar com precisão o seu grau de confiabilidade.

1.3. DIFICULDADES DE ORDEM PRÁTICA, RESULTADOS E CRÍTICAS AO MODELO

Pese embora nenhum padrão tivesse gozado da sua longevidade, o critério estabelecido no caso Frye parece não ter satisfeito as aspirações que sobre si recaíram de uniformidade e coerência das decisões judiciais quanto à receção da *prova científica*. Estudos realizados posteriormente demonstraram que na prática judicial o *Frye test* nem sempre foi seguido de forma uniforme: se alguns tribunais limitaram a sua aplicação, outros modificaram o critério original e, outros ainda, rejeitaram-no[688]. Tal sucedeu porque os tribunais, ao aplicarem o *general acceptant test*, sentiram necessidade de definir alguns dos parâmetros do teste que não se encontravam concretamente elucidados na decisão (p. ex. como e quem constitui uma área de conhecimento relevante? Como identificar a área ou comunidade relevante? Quando se considera que há uma aceitação geral na comunidade?)[689]

Relativamente à primeira questão as dificuldades surgiram logo do facto de o termo *comunidade* se mostrar muito vago e complexo, tanto quantitativamente como qualitativamente, não resultando fácil saber como é que se constitui substantivamente uma comunidade. De um ponto de vista quantitativo não se releva simples determinar se deve ou não deve existir um número mínimo de pessoas para se formar uma comunidade e, em caso de resposta afirmativa, qual seja esse número. De um ponto de vista qualitativo, há inúmeros critérios que podem justificar a

[688] Alguns tribunais, apesar de aceitarem a regra estabelecida em Frye, acabaram por se afastar do mesmo, argumentando que a falta de unanimidade na comunidade científica apenas teria implicações no peso da prova e não na decisão sobre a sua admissibilidade - p. ex. State v. Olivas 77 Ariz. 118 (1954). Outros, aplicaram o *Frye test* apenas aos princípios ou metodologia subjacentes, em vez de aplicarem aos estudos ou resultados específicos baseados nesses princípios ou nessa metodologia. Exemplo academicamente apontado desta interpretação foi a decisão proferida no caso United States v. Williams em 1978 pelo Second Circuit Court of Appeals, referindo que os tribunais não deveriam entregar aos cientistas a responsabilidade de determinar a confiabilidade das provas. Uma análise pormenorizada sobre o caso pode ser encontrada em DIXON, Philip Hiatt - Evidence-admissibility of evidence-frye standard of general acceptance for admissibility of scientific evidence rejected in favor of balancing test. *Cornell Law Review* [Em linha]. V 64 (1979), pp. 875-885. [30.09.2019]. Disponível em https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol64/iss5/5. ISSN 0010-8847. Finalmente, outros tribunais equipararam a regra Frye aos requerimentos apresentados pelas partes a atestar que a técnica subjacente à prova requerida seria válida, precisa e confiável, assim ignorando o padrão ou aplicando os princípios tradicionais de relevância e utilidade para a decisão sobre a sua admissibilidade. Cf. GONZALEZ, Lisa - The admissibility of scientific evidence: the history and demise of Frye v. United States. *University of Miami Law Review* [Em linha]. N 48 (1993), pp. 371-397. [30.09.2019]. Disponível em repository.law.miami.edu/umlr/vol48/iss2/7. ISSN 2376-404X, p. 372.

[689] Estas dificuldades são aprofundadas por GIANNELLI, Paul C. - The admissibility of novel scientific evidence: Frye v. United States, a half-century later, *op. cit.,* pp. 1200 e ss.

pertença de alguém a uma comunidade, que podem passar pelo mero preenchimento de um conjunto de requisitos formais (p. ex. a obtenção de um grau académico) ou pelo compartilhamento de requisitos mais substanciais, como sejam a experiência, qualificações, valores e objetivos metodológicos[690].

Já quanto à segunda questão outros problemas se colocavam. É que o padrão de aceitação geral conforme definido em Frye parecia exigir em primeira linha a identificação do campo em que se enquadrava o princípio subjacente ao testemunho e, posteriormente, a constatação se o princípio era reconhecido e aceite pelos membros do campo científico identificado. Acontece que muito do conhecimento que pode ser produzido não se enquadra apenas numa única disciplina científica e, por isso, não foram raras as situações em que tornava problemático identificar o campo científico apropriado para verificar se a respetiva comunidade aceitava os princípios em análise.

Na terceira questão os problemas decorriam do facto de não ter ficado definido (nem existir) um critério geral que permita conhecer-se quando é que uma técnica é aceite pela comunidade. Se, p. ex., ponderarmos um critério do tipo quantitativo, seria pertinente, para preenchimento deste requisito, determinar se se exigiria uma maioria simples, qualificada ou ordinária na comunidade.

Outros problemas se colocavam a respeito do tipo de conhecimento que deveria ser sujeito ao critério fixado em Frye. Parte do problema estava na definição dos tipos de prova que poderiam ser classificados como *prova científica* e, portanto, sujeitos ao *general acceptance test*. O desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial deste critério veio mais tarde a esclarecer que este padrão se aplicaria sobretudo às chamadas *ciências duras* ou *ciências puras* nos processos crime, porque fora deste contexto criminal, e da aplicação da ciência forense, parecia perder a sua aplicabilidade[691].

---

[690] Cf. VÁZQUEZ, Carmen - La prueba pericial en la experiencia estadounidense: el caso Daubert. *Jueces para la Democracia* [Em linha]. N 86 (2016), pp. 92-112. [10.10.2021]. Disponível em https://www.academia.edu/28305930/LA_PRUEBA_PERICIAL_EN_LA_EXPERIENCIA_ESTADOUNIDENSE_EL_CASO_DAUBERT. ISSN 1133-0627, p. 94.

[691] Lisa Gonzalez fez uma análise da jurisprudência que se seguiu ao caso Frye v. United States e conclui que este entendimento está relacionado com as próprias caraterísticas de outras áreas do saber, em que os resultados não se medem em probabilidades (destacando a título de exemplo a Psicologia, Psiquiatria, Antropologia ou Sociologia, entre muitas outras). Nestes casos, admite, seria difícial alcançar o nível de consenso necessário para atender ao requisito de aceitação geral de Frye. Mas como o Direito não se poderia mostrar fechado ao conhecimento destas disciplinas, o padrão para admissibilidade dos conhecimentos desenvolvidos nestas áreas tornou-se na *praxis* menos exigente, assim permitindo a aceitação de posições minoritariamente aceites na comunidade. Cf. GONZALEZ, Lisa - The admissibility of scientific evidence: the history and demise of Frye v. United States, *op. cit.,* pp. 386 e ss. Veremos como mais tarde esta questão veio a assumir crescente importância e como foi decidida de outro modo pela jurisprudência norte-americana que se seguiu.

Independentemente dessas questões, o critério lançado em Frye suscita outra dificuldade porque admite pelo menos duas versões, com diferentes implicações de um ponto de vista substantivo. De facto, poder-se-á dizer que numa primeira versão o critério enfatiza o fundamento da aceitação geral na área relevante e, numa segunda versão, que coloca a ênfase na própria aceitação geral em si mesma, sem referência aos fundamentos de tal aceitação. Numa primeira vertente o critério conheceria maior caráter epistemológico e no segundo teria pendor sociológico[692].

Assim, como é evidente, a decisão que estabeleceu este modelo de aceitação generalizada permitia alguma arbitrariedade no momento de tomada de decisão em cada caso concreto, em aspetos tão essenciais quanto à conformação dos termos como comunidade científica e aceitação geral. Ora, mesmo que se considerasse que a aceitação geral na área relevante pudesse ser demonstrada por meio de levantamento de publicações científicas, de decisões judiciais ou por depoimentos de outros especialistas na mesma área, certo é que, considerando a indeterminação dos termos, caberia aos tribunais, casuisticamente, verificar se os requisitos para a admissibilidade da prova pericial se encontravam preenchidos[693]. Isso suscitou sérios problemas, sobretudo porque na determinação daquela que seria a comunidade científica de referência os tribunais poderiam considerar uma comunidade mais ampla e alargada ou uma mais restrita, onde caberiam apenas os especialistas que empregassem a técnica em análise.

Mas as críticas não se prenderam apenas com a falta de densificação dos elementos essenciais do teste. O emprego deste padrão demonstrou posteriormente que, ao contrário do que inicialmente se fez crer, os tribunais não se encontravam isentos de fazer uma análise sobre o peso da prova oferecida. Concetualmente, grande parte da atratividade do *Frye test,* como vimos, decorria da crença de que um tribunal poderia efetivamente decidir sobre quais as provas admissíveis sem se ver diretamente envolvido com a sua credibilidade, remetendo tal decisão para a comunidade de referência. Acontece que na prática o contexto do contraditório em que as provas eram apresentadas tornava a obtenção de uma declaração da sua aceitação geral impossível.

[692] Cf. VÁZQUEZ, Carmen - La prueba pericial en la experiencia estadounidense: el caso Daubert, *op. cit.,* p. 95.

[693] O artigo de A. B. Shniderman é esclarecedor na comprovação que faz acerca da divergência jurisprudencial que posteriormente se verificou, mesmo em relação à admissibilidade de testes de polígrafo: em 2012, 25 dos estados dos EUA excluíam os resultados destes testes em qualquer circunstância; 15 admitiam a sua admissibilidade, caso as partes concordassem com essa decisão antes da realização do teste. Já no Novo México, admitia-se de forma rotineira a realização de testes de polígrafo na própria sala dos tribunais - cf. SHNIDERMAN, A. B. - You can't handle the truth: lies, damn lies, and the exclusion of polygraph evidence, *op. cit.,* pp. 441 e 442.

Situação que não só promovia a divisão dentro da própria ciência forense, como colocava o tribunal no meio de uma disputa científica[694] - precisamente o que queria evitar.

Todas estas dificuldades foram sendo encobertas pelos tribunais, que se concentravam, em resposta, nas qualificações dos peritos, muito apesar de a solução envolver uma análise mais profunda, que remeteria para a validade das técnicas usadas pelos especialista e das suas teorias subjacentes[695].

Em simultâneo, a aplicação do *general acceptance test* fez mais tarde concluir que o critério resultava numa conceção estática e absolutizante do conhecimento científico e que não era flexível o suficiente para se adaptar a novas questões verdadeiramente científicas ou a questões que ainda não tivessem merecido aceitação geral[696]. Evidente se tornou que este requisito tenderia a retardar a admissão de informações potencialmente úteis e a excluir provas relevantes até que tivesse passado tempo suficiente para que qualquer técnica recém desenvolvida fosse reconhecida pela comunidade científica. Assim era sobretudo porque não seria suficiente para produção do conhecimento científico aquele reconhecimento relativamente ao qual não se tivessem levantado objeções, tendo o mesmo que se encontrar expressamente acolhimento na comunidade, já que se exigia, à luz da decisão, aceitação e não ambivalência[697]. Este padrão poderia assim sacrificar interesses gerais inerentes à função probatória por falta de reconhecimento da ciência.

Outros autores extraíram daqui conclusões a nível processual, afirmando que o padrão apenas validaria o argumento dos que pretendiam excluir a prova e não dos que a procuravam produzir. Asseguravam que a manipulação da análise do teste era possível devido ao receio sentido

---

[694] O fracasso de Frye é relatado em inúmeros estudos desenvolvidos pela doutrina. Por todos, pode ler-se, especificamente sobre as dificuldades sentidas na realização de prova de ADN, MCCABE, John - DNA fingerprinting: the failings of Frye. *Northern Illinois University Law Review* [Em linha]. V 16, N 2 (1996), pp. 455-482. [29.11.2019]. Disponível em https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/niulr16&collection=journals&id=473&startid=&endid=500. ISSN 0734-1490, p. 481. Este quadro justifica então a razão pela qual a aplicação do teste de Frye pelos tribunais tenha gerado muita confusão e se alguns tribunais aparentemente tratavam a questão geral de aceitação como uma questão de direito, sujeita a revisão em sede de recurso, outros consideram que a determinação de aceitação era essencialmente uma questão de facto para o tribunal de julgamento - cf. GIANNELLI, Paul C. - The admissibility of novel scientific evidence: Frye v. United States, a half-century later, *op. cit.,* p. 1222.

[695] Cf. GIANNELLI, Paul C. - The admissibility of novel scientific evidence: Frye v. United States, a half-century later, *op. cit.,* p. 1212.

[696] Uma crítica forte lançada a este respeito foi apresentada a propósito da análise de prova de ADN, que ainda em 1996 estaria a ser rejeitada por alguns tribunais acoberto desta decisão - cf. MCCABE, John - DNA fingerprinting: the failings of frye, *op. cit.*. Estes receios resultam igualmente evidentes do relatório elaborado pelo AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWERS - *Standards and procedures for determining the admissibility of expert evidence after* Daubert. S.l.: American College of Trial Lawyers, 1994, pp. 1 e 2. Um dos autores que desenvolveu estudos sobre o tema, Paul C. Giannelli, chamava atenção para o facto de este período de espera se traduzir num "cultural lag", no qual poderiam ser excluídas provas e técnicas confiáveis - cf. GIANNELLI, Paul C. - The admissibility of novel scientific evidence: Frye v. United States, a half-century later, *op. cit.,* p. 1223.

[697] Cf. DOMINIONI, Oreste - *La prova penale scientifica: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione, op. cit.,* pp. 124 e 125.

por alguns tribunais em sobrecarregar o júri com provas técnicas, sem que fosse capaz de compreender as respetivas críticas[698].

Por outro lado, subsistiam receios por parte da prática judiciária porque ao abrigo de Frye os tribunais, dependendo da interpretação e identificação que fizessem da *comunidade de referência,* podiam admitir a produção de *prova científica* que não fosse comprovada, confiável ou relevante para suportar uma determinada posição. Nestas situações, reforçavam-se os receios de que a *junk science* pudesse ser recebida acriticamente pelo júri, que não dispunha de conhecimentos para questionar a metodologia e os resultados das *expert witnesses.*

Talvez por isso uma das maiores falhas apontadas ao *Frye test* seja a de que a decisão, tendo focado toda a sua atenção na questão da aceitação geral, tenha omitido os problemas relacionados com o método e a técnica subjacente ao conhecimento especializado e assim permitir que um depoimento especializado, desde que produzido à luz de princípios aceites pela comunidade científica, interferisse na decisão judicial.

Em resposta a estas críticas, a literatura chamou atenção para o facto de umas e outras caírem numa análise extremada do problema, porque se nuns casos se entendia que o argumento de Frye era muito restritivo, noutros tinha-se os tribunais como demasiado complacentes na admissão destas provas. A doutrina próxima de Frye pugnava que o objetivo deste critério passaria por admitir *provas científicas* relevantes e confiáveis imediatamente após o seu desenvolvimento inicial, assegurando ao mesmo tempo que a ciência *não confiável* e não comprovada fosse excluída. Mas mesmo esta doutrina mais apologista do critério de aceitação geral para admissibilidade de *prova científica* reconhecia que não era fácil equilibrar todas as preocupações, sobretudo porque as opiniões divergiam em relação às provas que pertenceriam a cada uma dessas categorias[699].

No debate questionava-se se não se poderia definir um padrão de exigência superior para admissibilidade deste tipo de provas. A opinião geral era de que um critério mais rígido poderia ser mais benéfico aos direitos dos arguidos, pois só assim se evitava que tivessem que defender-se de provas não confiáveis, ainda que dotadas de autoridade e credibilidade não merecidas. Em sentido oposto, lembrava a jurisprudência que tal argumento não podia vingar quando fosse o

[698] Cf. John McCabe refere "the less confidence a court has in the ability of a jury to function as a finder of fact, the more likely it will intercede in regulating what the jury hears. The Frye analysis makes it easier for a court to intercede because the concept of general acceptance is so ambiguous". Cf. MCCABE, John - DNA fingerprinting: the failings of frye, *op. cit.,* p. 481.

[699] Cf. GONZALEZ, Lisa - The admissibility of scientific evidence: the history and demise of Frye v. United States, *op. cit.,* pp. 375-376.

arguido a apresentar novas técnicas científicas e, nestas situações, interrogava-se se o direito à apresentação de defesa pelo arguido não estaria a ser negado por questões meramente formais, pressuposto que a prova apenas não seria admissível porque a técnica científica em que assentaria não tinha ainda alcançado aceitação geral na comunidade científica[700].

Os méritos da adoção deste *general acceptance test* pareceram, contudo, ter suplantado as dificuldades geradas na sua aplicação e essa foi a razão pela qual este padrão foi sendo aplicado pelos tribunais norte americanos (ainda que nem sempre de forma unânime e coerente) durante mais de meio século. Apesar disso, nos anos sessenta e setenta o debate em torno do *Frye test* realçou as preocupações subjacentes à dependência do tribunal daquela que seria a comunidade científica e ao desfasamento da ciência produzida nos processos judiciais com aquela que se desenvolvia fora do contexto judicial. O padrão da *general acceptance test* viu-se por diversas rejeitado pelos tribunais, no seio dos quais era frequente a ideia de que o critério impedia a análise real da confiabilidade e validade das provas deduzidas, já que o mesmo culminaria numa delegação da decisão judiciária a cientistas[701].

Apesar de tudo, como se compreenderá, este teste da aceitação generalizada na área relevante constitui um marco importante nos critérios de avaliação da *prova científica* (e pericial), já que vai para lá dos critérios de índole formais de designação do perito, centrando-se na valorização do conhecimento que serve de base para o juízo que apresenta. I. e., o *quid* é deslocado para a informação que suporta o que o especialista refere e não para a fonte que fornece tais informações. Uma mudança que, do ponto de vista epistémico, tem o seu mérito. Uma consciência que aos nossos olhos não deve deixar de ser notada como vanguardista, se considerarmos que ainda hoje tal ideia não se encontra difundida nos modelos de prova pericial de matriz continental.

[700] A este propósito, lê-se na decisão do United States Court of Appeals no caso United States v. Brown 552 F.2d 817 (1977), citando jurisprudência anterior, que «A courtroom is not a research laboratory. The fate of a defendant in a criminal prosecution should not hang on his ability to successfully rebut scientific evidence which bears an "aura of special reliability and trustworthiness", although, in reality the witness is testifying on the basis of an unproved hypothesis in an isolated experiment which has yet to gain general acceptance in its field».

[701] Cf. DOMINIONI, Oreste - *La prova penale scientifica: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, *op. cit.,* p. 119 e GIANNELLI, Paul C. - The admissibility of novel scientific evidence: Frye v. United States, a half-century later, *op. cit., passim.*

2. FEDERAL RULES OF EVIDENCE (1975)

Em 1975, com relativa independência das discussões em torno do critério Frye, foram promulgadas as FRE[702], cuja regra 702 regularia a admissibilidade do expert testimony sem mencionar a exigência do general acceptance test[703].

Não se bastando com uma abordagem pura ou meramente formalista-processual, as regras expressaram uma preocupação sistematizada sobre a complexidade epistemológica da prova[704]. Um dos princípios basilares desta codificação assentou (tal como sucede ainda nos dias de hoje) na ideia de que as provas irrelevantes não devem ser admitidas e, em simultâneo, de que todas as provas relevantes devem ser admitidas, exceto quando o seu valor probatório possa ser superado pelo risco de preconceito ou confusão, quando sejam supérfluas ou quando forem requeridas para obstaculizar os fins do processo ou protelar o seu desfecho (FRE 401, 402 e 403)[705].

Especificamente no que respeitava à admissibilidade do *expert testimony*, as regras exigiam, já naquela data, a realização de um escrutínio pelo tribunal para perceber se o depoimento do

---

[702] Act of January 2, 1975, Pub. L. No. 93-595, 88 Stat. 1926 (codified at 28 U.S.C. app. (1976), disponível em https://web.archive.org/web/20110601062842/http://federalevidence.com/pdf/FRE_Amendments/1975_Orig_Enact/1975-Pub.L._93-595_FRE.pdf. Inicialmente desenvolvidas casuisticamente, a que estava associada naturalmente alguma indefinição e imprevisibilidade, tais regras centraram-se sobretudo nas questões da relevância e admissibilidade da prova. Este seu centralismo resulta da necessidade sentida pelos tribunais desta tradição jurídica de assegurarem que o júri não entra em contacto com elementos probatórios que poderiam conformar a sua decisão mas que não sejam relacionados com o caso ou sejam irrelevantes. Existem diversos documentos com o registo de todo o processo de aprovação deste diploma. Sugerimos, sobre o tema, RICE, Paul; DELKER, Neals-Erik William - Federal Rules of Evidence Advisory Committee: a short history of too little consequence. *Federal Rules Decisions* [Em linha]. V 191 (2000), pp. 678-737. [10.09.2019]. Disponível em https://web.archive.org/web/20090324190317/https://www.wcl.american.edu/pub/journals/evidence/short_history.pdf?rd=1, pp. 679-687 e MOSTELLER, Robert P. - Evidence history, the new trace evidence, and rumblings in the future of proof. *Ohio State Journal of Criminal Law* [Em linha]. V 3, N 2 (2006), pp. 523-541. [10.09.2019]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1109182. ISSN 1546-7619, pp. 524-527. Note-se, contudo, que há diferentes teses lançadas sobre os interesses do surgimento desta compilação num sistema adversarial. Para Langbein, as FRE são fruto dos interesses dos advogados e não da necessidade dos jurados, assim consumando um afastamento ao modelo adversarial. Para outros, o desenvolvimento e publicação das FRE vem dar resposta às necessidades de maior certeza e segurança, inspirando uma maior confiança nos jurados - cf. LANGBEIN, John H. - *The origins of adversary criminal trial*. Oxford: Oxford University Press, 2005. ISBN 9780199287239, pp. 291-310.

[703] Era o seguinte o seu teor: "If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise". No anexo B encontra-se uma seleção das FRE mais relevantes para a investigação e Às quais faremos refrência.

[704] Esta afirmação resulta da leitura atenta das notas do Advisory Committee, nas quais é apresentada uma desenvolvida base doutrinal que procura justificar as opções tomadas, com inúmeras referências aos tratados de John Wigmore e Charles McComirck (podem ser consultadas em https://web.archive.org/web/20120213083103/http://federalevidence.com/node/1335). Apesar de se perspetivar uma maior uniformização do direito probatório, as regras acabaram por não ser uniformemente aplicadas em todos os estados: alguns, apesar de as adotarem formalmente, acabaram por preconizar algumas variações; outros optaram por apenas rever as suas próprias regras processuais para, pelo menos parcialmente, as seguir. Para uma detalhada análise das adaptações ou transposições das normas probatórias ínsitas nas FRE, pode consultar-se WEINSTEIN, Jack; BERGER, Margaret - *Weinstein's Evidence Manual*. S.l.: LexisNexis, 2005. ISBN 978-1-63283-366-2.

[705] A relevância da prova derivaria, nos termos da FRE 401 (a), da possibilidade de a mesma tornar mais ou menos provável a existência de factos juridicamente relevantes ("relevant evidence means evidence having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence"). Uma relevância que por si não justificaria a admissibilidade de todas as provas, já que de acordo com a FRE 403 a que aludimos "although relevant, evidence may be excluded if its probative value is substantially outweighed by the danger of unfair prejudice, confusion of the issues, or misleading the jury, or by considerations of undue delay, waste of time, or needless presentation of cumulative evidence".

especialista se mostrava relevante e se a *expert witness* contratada pela parte detinha conhecimento especializado (FRE 702). Recaía sobre a parte que indicasse a testemunha a prova da sua relevância. Nada, porém, de muito concreto era referido quanto à confiabilidade da prova ou à sua valoração.

De particular relevo será o facto de, enquadrando as *expert witnesses* como testemunhas das partes, as regras preverem já uma maior abertura na forma do depoimento destas testemunhas especializadas, às quais reconhecia a faculdade de deporem sob a forma de opinião ou de qualquer outra forma de testemunho (p. ex., expondo inferências ou fazendo uma exposição de princípios científicos ou outros relevantes para o caso), não prevendo, relativamente a estas, a sua sujeição às regras do perjúrio (FRE 705). Por assumir igual pertinência será também de destacar ser permitido que os factos do caso concreto sobre o qual o perito baseasse a sua opinião ou inferências pudessem ser aqueles por si percebidos ou a si facultados na audiência ou antes dela e, se a participação ocorresse num campo de especialização razoavelmente confiável, esses factos não precisarem de ser objeto de prova (FRE 703). O perito podia ainda depor sem prévia divulgação dos factos ou dados subjacentes, salvo determinação em contrário do tribunal, ainda que, em qualquer caso, pudesse ser obrigado a divulgar os factos ou dados subjacentes no decurso do seu contrainterrogatório (FRE 705).

Outro aspeto interessante reside no facto de se prever, na FRE 704, que a opinião do perito não poderia ser censurável caso versasse sobre a questão decisória (*ultimate issue*) a ser decidida pelo julgador do facto (*trier of fact*).

Também de relevo é o facto de se prever na FRE 706 a possibilidade de o tribunal, oficiosamente ou a requerimento das partes, poder nomear um especialista independente ou um que fosse acordado entre as partes. Estes peritos, que apenas seriam nomeados se o consentissem, podiam ser chamados para depor pelo tribunal ou por qualquer uma das partes, ainda que tal não limitasse a possibilidade de as partes chamarem as suas próprias *expert witnesses.*

Não nos interessa, para já, debruçarmo-nos em pormenor sobre estas regras. A sua análise mais desenvolvida impor-se-á, de forma detalhada, aquando da apresentação da trilogia Daubert: só assim se farão compreender as últimas alterações de 2000 a estas regras e só com o estudo da jurisprudência se retirarão, com a devida extensão, as suas implicações práticas.

Todavia, impõe-se tecer um breve esclarecimento sobre a articulação destas regras agora positivadas com o *general acceptance test*, até então aplicado pelos tribunais como padrão para decidir a admissibilidade do *expert testimony*.

Esta questão reveste especial complexidade porque aquando da promulgação das FRE nenhuma referência foi apresentada relativamente a esse critério e a dúvida quanto à sua aplicabilidade instalou-se na doutrina e jurisprudência. Com efeito, a promulgação destas regras não só não resolveu a incerteza do *status* da doutrina Frye, como contribuiu para um novo e intenso debate na literatura e nos tribunais, desta feita acerca da sua eventual superação pelas FRE. Isto porque as regras promulgadas foram omissas quanto à continuação da aplicação daquele critério para aferir da admissibilidade da produção de *expert testimony,* e a questão foi ignorada nas notas e relatórios do Advisory Committee e nos demais debates anteriores à sua promulgação[706]. A dúvida instalou-se e enquanto alguns tribunais defendiam que o Frye *test* havia sobrevivido à promulgação das FRE, outros argumentavam que o critério teria sido superado pela nova legislação[707].

Aqueles que argumentam que o *general acceptance test* tinha sobrevivido à promulgação das FRE procuravam suporte na história legislativa, invocando que a sua publicação visou a codificação das regras probatórias existentes, já que muitas conheciam regulação e, muitas outras, embora mencionadas, foram tratadas genericamente. Por isso, pugnavam que sendo o critério Frye uma regra anteriormente estabelecida e já aplicada pelos tribunais, sem que tivesse sido afastada pelas novas disposições, deveria continuar a ser aplicado.

Por outro lado, os que entendiam que o critério previsto em Frye tinha sido revogado, alegavam que as FRE estabeleceram que todas as provas relevantes, salvo as exceções aí previstas, poderiam ser admissíveis. Consequentemente, a prova pericial podia ser confiável e, por isso, relevante para a FRE 401, independentemente do teste de aceitação geral pela comunidade científica. E, assim, parecia que as FRE haviam estabelecido um padrão de admissibilidade inconsistente com Frye.

Acontece que, tanto para uns como para outros, foram relevantes as alterações introduzidas pelas FRE. Para os defensores da segunda tese, as inúmeras críticas e dificuldades sentidas na

[706] Vejam-se as já referidas Advisory Committee's Notes e os já citados artigos RICE, Paul; DELKER, Neals-Erik William - Federal Rules of Evidence Advisory Committee: a short history of too little consequence, *op. cit.,* pp. 679-687 e MOSTELLER, Robert P. - Evidence history, the new trace evidence, and rumblings in the future of proof, *op. cit.,* pp. 524-527.

[707] As diferentes posições apresentam-se devidamente explanadas em GIANNELLI, Paul C. - The admissibility of novel scientific evidence: Frye v. United States, a half-century later, *op. cit.,* pp. 1228 e ss.

aplicação do *general acceptance test* advindo do caso Frye foram tornando cada vez mais apelativo aos tribunais o abandono desse padrão, substituindo-o por estas novas regras. Partindo então do que parecia ser a apetecível rejeição padrão de Frye, as FRE estabeleceram que a admissibilidade de *prova científica* dependeria de dois requisitos: que a prova fosse relevante e confiável. E mesmo para aquelas que defendiam que as FRE complementavam o padrão anteriormente vigente, a alteração preconizada não deixou de ser relevante: não só porque privou o *general acceptance test* da rigidez da sua declaração original, como pareceu responder às suas maiores críticas esclarecendo que os factos, dados ou opiniões nos quais os especialistas se baseassem deveriam ser considerados como bases de uma opinião e não como prova substantiva.

Sem desvendarmos as suas implicações práticas, que analisaremos depois, é finalmente hora de centrarmos todas as atenções na trilogia Daubert. Seguiremos a ordem cronológica pela qual foram proferidas as decisões e olhamos para as suas implicações e repercussões no modelo atual de *expert testimony*. Isto sem esquecer as orientações previstas nas FRE e as alterações pelas mesmas sofridas em 2000. Tudo para melhor compreendermos o atual quadro da prova pericial nos EUA.

3. CASO DAUBERT V. MERRELL DOW PHARMACEUTICALS INC.: OS FATORES DAUBERT[708]

Os sucessivos desenvolvimentos dos "grandes e atormentados problemas"[709] em torno do ensaio científico com a aplicação do *Frye test* foram novamente trazidos à literatura pela linha jurisprudencial traçada na trilogia Daubert-Joiner-Kumho, desenvolvida já ao abrigo da vigência das FRE. A decisão proferida no caso Daubert, que agora analisaremos, marcou não só a

[708] Cf. Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. 509 U.S. 579 (1993). A decisão pode ser encontrada no anexo C.

[709] Cf. DOMINIONI, Oreste - La prova penale scientifica: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione, *op. cit.,* p. 179.

discussão em torno da (não) sobrevivência do *general acceptance test* face às FRE, como ainda os problemas relacionados com o tipo de *prova científica* que poderia ser admitida no seio dos processos judiciais e a discricionariedade do juiz na definição dos critérios de controlo de admissibilidade da *prova científica* e respetivos limites. O seu cunho não ficou cristalizado no tempo e as suas repercussões ainda hoje se manifestam na prática judicial.

3.1. A DECISÃO E OS SEUS CONTRIBUTOS PARA O ATUAL QUADRO

Decorria o ano de 1984 quando os pais dos menores Jason Daubert e Eric Schuller deram entrada de uma ação civil contra a farmacêutica Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. alegando que a ingestão materna, durante a gravidez, de um anti-histamínico patenteado pela farmacêutica (o *bendectin*), tinha provocado graves malformações congénitas nos membros superiores dos seus filhos[710].

A Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. solicitou uma sentença sumária (*pre-trial*), argumentando que a ação era infundada de um ponto de vista fáctico porque o fármaco não era teratogénico e, como tal, os demandantes não poderiam apresentar provas suficientes que justificassem o seguimento do processo. Para provar a inexistência de nexo de causalidade, indicou como seu *expert witness* um médico e epidemiologista, Steven H. Lamm, pessoa reconhecida no desenvolvimento de estudos acerca dos riscos da exposição a substâncias químicas, que declarou não existirem estudos epidemiológicos publicados que demonstrassem uma correlação estatística entre a ingestão de *bendectin* durante a gravidez e as malformações apresentadas pelos filhos dos demandantes. Para justificar essa sua asserção afirmou ter analisado mais de trinta estudos publicados em diversas revistas especializadas, que envolveram mais de centro e trinta mil pacientes, sem que deles se apresentasse a medicação como uma substância capaz de causar malformações e, por isso, defendeu que o uso materno de *bendectin* durante o primeiro trimestre da gravidez não seria fator de risco e/ou causador das alegadas malformações congénitas dos filhos dos demandantes.

Pese embora os pais das crianças não tenham contestado a caraterização dos estudos analisados, apresentaram oito *expert witnesses,* também eles com um *curriculum* reconhecível, com o objetivo de provar a relação causal por si alegada. Estes especialistas afirmaram, por sua

[710] Este caso foi um de mais de 1700 ações judiciais interpostas contra a mesma farmacéutica por efeitos provocados pelo *bendectin.*

vez, que o fármaco poderia causar danos congénitos. As suas conclusões assentavam em estudos realizados em células animais e em animais vivos que demonstravam existir uma ligação entre a administração de *bendectin* e a ocorrência de danos congénitos; mas também em estudos farmacológicos da estrutura química de *bendectin* que mostravam semelhanças entre a estrutura do fármaco e a de outras substâncias que poderiam causar as invocadas malformações congénitas; e ainda na reanálise dos estudos epidemiológicos anteriores não publicados que não tinham identificado uma correlação entre a ingestão do fármaco e os danos congénitos.

O tribunal onde corria a ação decidiu que o testemunho dos peritos indicados pelos demandantes não tinha a virtualidade para um júri decidir sobre a causalidade de modo diferente do que já se poderia chegar racionalmente com as informações então disponíveis. O tribunal excluiu então a prova pericial oferecida argumentando que perante o vasto conjunto de dados epidemiológicos relativos à *bendectin*, um parecer que não se baseasse em provas epidemiológicas não seria admissível para estabelecer o nexo de causalidade e que os princípios subjacentes ao depoimento das *expert witnesses* apresentadas pelos demandantes não tinham tido aceitação geral da área relevante. Mais do que isso, referiu que essa decisão se impunha também porque as análises epidemiológicas apresentadas pelos especialistas indicados pelos demandantes, baseadas em reanálise de dados, não tinham sido publicadas ou submetidas a revisão por pares.

Os demandantes recorreram desta decisão, invocando, entre outros motivos, que as reanálises não tinham sido objeto de publicação porque o seu objetivo era provar a relação de causalidade naquele caso concreto. O tribunal de recurso viria, apesar disso, a manter a decisão de exclusão da prova requerida, assumindo que o critério da aceitação geral da comunidade científica de referência se mantinha como o critério a adotar na decisão de admissibilidade das provas periciais mesmo após a publicação das FRE. Nessa decisão o tribunal afirmou que a publicação ou avaliação por pares seria condição necessária para a admissão de provas com caráter científico porque seria através desses mecanismos que os tribunais teriam possibilidade de aferir se o elemento de prova oferecido era aceite pela comunidade científica[711].

Também desta decisão recorreram os demandantes, argumentando que as FRE tinham substituído o padrão desenvolvido em Frye e, como tal, já não seria aplicável, enquanto critério de

[711] Cf. Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc., 727 F.Supp. 570, 573 (S.D.Cal. 1989).

admissibilidade da *prova científica*, a aceitação pela comunidade científica, recaindo já sobre o jurado e não o juiz a valoração das provas. No recurso os demandantes questionaram ainda se, caso esse argumento central não fosse procedente e se se considerasse que o padrão previsto em Frye permanecera válido, se exigiria que um testemunho científico especializado tivesse sido submetido a um processo de revisão por pares para ser admissível.

3.2. A DECISÃO E OS SEUS CONTRIBUTOS PARA O ATUAL QUADRO

Ocupando-se primeiramente da questão central do recurso, o Supreme Court dos EUA decidiu, por unanimidade, que o standard fixado em Frye tinha sido superado pelas FRE porque no texto normativo não se fazia qualquer referência à aceitação geral pela comunidade na área relevante e por isso nada justificava que fosse considerado como condição necessária para admissão das *provas científicas*. Assim, considerou que seria de aplicar o regime estatuído na FRE 702 e já não o *general acceptance test*, pelo que os tribunais deveriam admitir o testemunho, inclusivamente sob a forma de opinião, de uma pessoa qualificada como especialista quando o seu o conhecimento científico, técnico ou outro especializado fosse relevante[712].

Apesar disso, o tribunal especificou na sua decisão que o juiz da causa não estava dispensado de valorar a prova oferecida antes do juízo da sua admissibilidade. Nesta decisão, o Supreme Court impôs sobre o juiz uma função de porteiro (*gatekeeper*) sobre a qualidade das provas na etapa de admissão.

Numa perspetiva mais filosófica, Daubert colocou sobre o juiz a responsabilidade de assegurar que no processo apenas fosse produzida *boa ciência* e, consequentemente, atribuiu-lhe o dever de obter o conhecimento técnico necessário para tomar uma decisão consciente, correta e razoável sobre a admissibilidade das *provas científicas*, em termos da sua relevância (*relevancy*) e confiabilidade (*reliability*). Como *gatekeeper*, o juiz passou a não poder confiar no *ipse dixit* dos

[712] O tribunal explicou, de forma minuciosa, que a FRE 702 previa uma condição de relevância para admissibilidade do *expert testimony* porque decorria dessa disposição que o testemunho seria admissível se ajudasse o juiz a compreender as provas ou os factos em discussão, mas já não seria útil e, por isso, admissível, se não se relacionasse com nenhuma questão relevante do caso. Este passou a ser designado por padrão de relevância, ao abrigo do qual se exigia uma conexão científica válida e pertinente como condição prévia à admissibilidade da *prova científica*. Ilustrando este requisito, a decisão apresenta o seguinte exemplo: o estudo das fases da lua pode fornecer conhecimento cientificamente válido sobre se uma certa noite estava ou não escura. Se a escuridão for um facto em discussão, o seu conhecimento ajudará o juiz a compreender os factos e a prova será, por conseguinte, relevante e admissível. No entanto, a prova de que a lua estava cheia numa determinada noite não poderia auxiliar o juiz a determinar se um indivíduo se tinha comportado de forma racional ou irracional nessa mesma noite e, por isso, para prova deste facto, já seria irrelevante. Estas exigências seriam facilmente compreensíveis porque, como sublinhado na decisão em análise, ao contrário das testemunhas comuns, aos especialistas é reconhecida uma maior liberdade para fornecer opiniões, mesmo quando estas não se baseiem em conhecimento ou observação em primeira mão, pressuposto que a admissibilidade do seu depoimento assenta na ideia chave de que a opinião do especialista terá uma base confiável no conhecimento e experiência na sua disciplina.

especialistas, devendo fazer um controlo direto sobre a confiabilidade dos conhecimentos científicos levados ao processo.

Esta é a grande novidade da decisão já que, em contrapartida, o teste de Frye não forçava o juiz a decidir se a prova era confiável, mas se a comunidade de referência a considerava confiável. Embora a confiabilidade ainda fosse o objetivo final, a investigação do juiz transparecia as crenças dos próprios especialistas, que se presumiam serem um substituto adequado para a confiabilidade. Por sua vez, Daubert vem exigir que o juiz avalie pessoalmente a confiabilidade das *provas científicas*. A questão da admissibilidade mudou assim de "o que a comunidade de especialistas pensa sobre a confiabilidade desta prova?" para "o que decide o juiz, fazendo uma análise preliminar sob a relevância e confiabilidade". E esta é a maior marca do *Daubert test*: o tribunal de julgamento não tem apenas o poder, mas a obrigação de agir como *gatekeeper* na determinação daquele que será o conhecimento admissível em sede de *expert testimony*. Com esta decisão a avaliação do testemunho de um especialista já não pode ser simplesmente encaminhada para o júri como questão de força probatória: a partir deste momento é necessário prestar atenção à etapa de admissão da prova como possível filtro da qualidade da informação pericial que entrará no processo judicial, não se deixando essa tarefa para a fase de avaliação em si, como tradicionalmente acontece na nossa tradição jurídica.

Para exercer tal função, o Supreme Court esclareceu que o critério a ser seguido seria o da cientificidade do conhecimento, já que, na interpretação que desenvolveu da FRE 702, o objeto do testemunho de um especialista deveria ser conhecimento científico[713]. Assim, de alguma forma, o tribunal acabou aproximando a confiabilidade probatória da cientificidade do conhecimento[714].

---

[713] Esta exigência resultou da interpretação feita pelo tribunal da FRE 702, segundo a qual esta norma contemplava algum grau de conformação jurisdicional sobre os assuntos e teorias sobre as quais um especialista podia testemunhar: «The primary locus of this obligation is Rule 702, which clearly contemplates some degree of regulation of the subjects and theories about which an expert may testify. "*If scientific*, technical, or other specialized *knowledge will assist the trier of fact* to understand the evidence or to determine a fact in issue" an expert "may *testify thereto.*" [...]. The subject of an expert's testimony must be "scientific... knowledge." The adjective "scientific" implies a grounding in the methods and procedures of science. Similarly, the word "knowledge" connotes more than subjective belief or unsupported speculation. The term "applies to anybody of known facts or to any body of ideas inferred from such facts or accepted as truths on good grounds." [...] Of course, it would be unreasonable to conclude that the subject of scientific testimony must be "known" to a certainty; arguably, there are no certainties in science. [...] Instead, it represents a *process* for proposing and refining theoretical explanations about the world that are subject to further testing and refinement"[...]. But, in order to qualify as "scientific knowledge," an inference or assertion must be derived by the scientific method. Proposed testimony must be supported by appropriate validation - *i. e.*, "good grounds" based on what is known. In short, the requirement that a expert's testimony pertain to "scientific knowledge" establishes a standard of evidentiary reliability»

[714] Neste ponto impõe-se uma nota sobre o vocabulário utilizado. Daubert e a FRE 702 referem-se extensivamente sobre confiabilidade (*reliability*). Nas ciências, a confiabilidade é frequentemente usada para significar *consistência* ou *repetibilidade* (*consistency* ou *repeatability.*). Um teste que produz o mesmo resultado em aplicações sucessivas é considerado confiável, enquanto um teste que produz resultados precisos é considerado válido. Porém, em Daubert, como explicou o juiz Blackmun, o temo *confiabilidade* foi aplicado com um sentido estritamente jurídico, não sendo identificado com confiabilidade científica (que significaria que a aplicação do princípio confere consistência aos resultados), mas correspondendo a validade científica (significando que o princípio apoia o que se expõe). Ora, esta interpretação dada à confiabilidade parece então combinar as categorias de confiança ou credibilidade (*trustworthiness*), concentrando-se especialmente na validade do método e na competência de execução. Assim se compreenderá porque o que se pretenderia era centrar o juízo nas informações que se destinam a servir como justificação

Centrado na discussão do escrutínio processual sobre a valoração da cientificidade e, pois, confiabilidade probatória, o tribunal destacou que esta avaliação deveria incidir não sobre as conclusões dos peritos, mas sobre os princípios e metodologia empregues porque, para o tribunal, uma conclusão será qualificada como conhecimento científico se o perito puder demonstrar que é o produto de uma metodologia científica sólida derivada do método científico[715]. Esta é uma segunda e importante marca de Daubert.

Também com especial relevo, depois de assentar estas considerações, o tribunal desenvolveu uma lista, que expressamente referiu ser meramente ilustrativa e não exaustiva, de fatores que poderiam relevar-se úteis aos tribunais para avaliarem a *cientificidade* das afirmações prestadas pelas *expert witnesses* e, com ela, a confiabilidade probatória das provas oferecidas[716]. São os seguintes os aclamados quatro fatores Daubert:

1) validade do primado científico ou da tecnologia em que se baseia o conhecimento;
2) publicação e/ou sujeição a revisão por pares ou revisão crítica dos especialistas no setor;
3) aceitabilidade da taxa de erro conhecida ou potencial;
4) sujeição da teoria ou técnica a uma apreciação da comunidade científica e sua aceitação geral pela comunidade de referência.

Para o tribunal, estes fatores seriam úteis para determinar a solidez da metodologia da qual derivariam as conclusões apresentadas e, pois, da cientificidade e confiabilidade probatória.

Confrontando com as práticas que lhe eram anteriores, parece inegável que o padrão estabelecido neste caso apresentou uma positiva modificação metodológica na admissibilidade de

para as informações dos peritos. Sobre esta distinção dos conceitos, GROSS, Samuel; MNOOKIN, Jennifer L. - Expert information and expert evidence: a preliminary taxonomy. *Seton Hall Law Review* [Em linha]. V 34, N 1 (2003), pp. 141-189. [09.10.2019]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=477202. ISSN 0586-5964. Os autores, ainda que aderindo neste artigo aos significados atribuídos em *Daubert,* parecem preferir distinguir as realidades utilizando as expressões "validade de campo" (*field validity*) e "validade de método" (*method validity*). Ainda sobre o método científico, BEECHER-MONAS Erica - The heuristics of intellectual due process: a primer for triers of science. *New York University Law Review* [Em linha]. Tee heuristics of intellectual due process: a primer for triers of science. 75 (2000), pp. 1563-1657. [29.08.2022]. Disponível em https://core.ac.uk/download/pdf/212888257.pdf. ISSN 0028-7881, pp. 1575 e ss.

[715] Não devemos esquecer que a resposta a esta questão - sobre se o controlo da *prova científica* se deve centrar apenas na metodologia ou também nas conclusões - exige a consciência de que nos EUA a discussão se centra também naquilo que deve ser decidido pelo juiz e naquilo que compete ao júri decidir. É que se o controlo da metodologia deve ser objeto de um julgamento lógico e jurídico, i. e., de Direito, o segundo exige uma avaliação do peso da prova e da sua capacidade de persuasão, a ser feita pelo júri - cf. DOMINIONI, Oreste - *La prova penale scientifica: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, *op. cit.,* pp. 181 e ss.

[716] O tribunal referiu explicitamente, por um lado, o "Weinstein's Evidence Manual" de Weinstein e Berger, no qual são sugeridos os seguintes critérios de admissibilidade: aceitação geral da técnica utilizada; preparação e o nível académico do especialista; uso da técnica no caso específico; taxa potencial de erro; existência de literatura especializada; grau de inovação ou novidade e dependência dos resultados da interpretação subjetiva do especialista; e, por outro lado, citou " Scientific Evidence: Defending a New Approach to Admissibility" de McCormick, sugerindo como critérios: potencial grau de erro da técnica utilizada; existência e cumprimento de normas durante a sua utilização; existência, dentro das características da técnica, de certos cuidados; sua analogia com outras técnicas científicas cujos resultados são admissíveis; aceitação da técnica na comunidade científica correspondente; natureza e extensão da inferência feita; clareza e simplicidade com que a técnica é descrita e os seus resultados são explicados; possibilidade de o tribunal e o júri verificarem os "dados básicos"; a viabilidade de outros especialistas testando e avaliando a técnica; valor probatório nas circunstâncias do caso; e correção observada pelo especialista na aplicação da técnica.

expert testimony. Com efeito, a base racional do caso Daubert é sólida: o júri não deve ser exposto facilmente a um testemunho científico ou técnico não confiável que influencie a sua apreciação dos factos. Acontece que este fundamento racional é baseado em duas suposições básicas: que o juiz que decide a admissibilidade das provas tem mais experiência na avaliação de testemunhos científicos complexos do que os jurados; e que cada juiz deve enfrentar a tarefa específica de selecionar a prova com conhecimento adequado à sua função de *gatekeeper*.

Foi precisamente o impacto das dificuldades sentidas na prática fez com que esta decisão, ainda que atualmente reconhecida como um passo determinante na configuração do atual modelo de *expert testimony,* não se mantivesse a salvo de duras críticas[717]. Tendo em vista os propósitos desta parte parece-nos que importará aqui dedicar alguma atenção às dificuldades e problemas que cada um destes fatores encerra, exceto a respeito da aceitação da comunidade de especialistas, cujos principais problemas já foram esboçados na secção 1.3.

3.3. DISCUTINDO OS CRITÉRIOS DAUBERT

3.3.1. A FILOSOFIA DA CIÊNCIA EM DAUBERT

Como primeiro fator o tribunal reputou se a teoria ou técnica pode ser ou foi anteriormente testada, já que tal constituiria um critério que comummente permitiria distinguir a ciência de outro tipo de conhecimento.

Naturalmente que esta questão se insere num conjunto de outras questões (como p. ex. o que é verdadeiramente o conhecimento, a ciência e até o método científico) que se distanciam do campo jurídico e se inserem já no campo da filosofia da ciência[718]. Uma abordagem das problemáticas mostrou-se, no caso, necessária para permitir uma distinção entre *boa* e *má* ciência

[717] Na literatura e jurisprudência norte-americanas existe um vasto leque de publicações que defende uma aplicação mais cautelosa ou até mesmo contrária à doutrina Daubert. Sendo inviável a apresentação de referências que demostrem as diversas sugestões para uma aplicação mais comedida desta sugerimos a leitura de JACKSON, John - Managing uncertainty and finality: the function of the criminal trial in legal inquiry. In DUFF, A. *et. all., - The Trial on Trial.* Oxford: Hart Publishing, 2004. ISBN 9781841134420. V I. Pp. 121-145. Mais à frente serão apresentadas outras referências e analisada a tendência atual da prática judicial.

[718] Para uma análise centrada neste aspeto, devem ler-se HAACK, Susan - Trial and error: the supreme court's philosophy of science. *American Journal of Public Health* [Em linha]. V 95, N S1(2005), pp. 66-73. [24.08.2019]. Disponível em https://ajph.aphapublications.org/doi/pdf/10.2105/AJPH.2004.044529. ISSN 1541-0048, pp. 67 e ss; da mesma autora, o artigo Federal philosophy of science: a reconstruction and a deconstruction. *New York University Journal of Law & Liberty* [Em linha]. N 5 (2010), pp. 394-435. [09.01.2020]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1691634. ISSN 1932-4421 e CALHEIROS, Clara - *Para uma teoria da prova*, *op. cit.,* p. 131.

e para determinar quais os critérios de cientificidade a serem considerados pelos tribunais para uma decisão sobre que tipo de *prova científica* admitir nos processos judiciais[719].

Envolto nestas questões, o Supreme Court apelou à teoria da falsificabilidade como critério de demarcação do conhecimento científico. Apresentadas estas referências, o tribunal envolveu-se então no problema da demarcação sobre o qual nos referimos no capítulo 3 da parte I. Tendo aderido em larga medida à teoria do falsificacionismo defendida por Karl Popper (posição essa que lhe valeu, mais tarde, algumas críticas) o tribunal definiu a ciência como um esforço empírico. Ao aderir a esta perspetiva, segundo a qual a ciência evolui com base numa série de tentativas e erros e que cada resultado positivo apenas o será provisoriamente, até a sua falsidade ser demonstrada em testes posteriores, defendeu o tribunal a tese de que a testabilidade, refutabilidade ou falsificabilidade fosse então aceite como critério de demarcação entre ciência empírica, por um lado, e pseudociência, por outro[720].

A decisão não estaria isenta de críticas, desde logo pelo facto de ter aderido a um conceito operativo de ciência que tinha merecido críticas de vários autores e que à época parecia já minoritário[721]. Além disso, a decisão aparenta assentar num paradoxo por adotar uma doutrina que defende que não é possível demostrar a verdade de uma teoria quando procura aferir da veracidade de uma teoria como científica[722]. Mas o fator apontado também se revela, por outro

[719] Esta decisão surge num momento em que os tribunais dos EUA se viram confrontados com um crescente número de processos judiciais em que se pediam indemnizações da mais variada ordem, mas na sua maioria assentando na demonstração, alegadamente científica, de nexos de causalidade improváveis entre factos e danos. A decisão foi então vista como forma de contrariar a crescente controversa pública sobre a influência da *junk science* que inundava os tribunais. A doutrina não estava indiferente a estas questões e apelava à não ingerência deste tipo de ciência nos processos judiciais, que encarava como anedótica - cf. HUBER, Peter - *Galileo's revenge: junk science in the courtroom, op. cit.* e BEECHER-MONAS, Erica - *Evaluating scientificc evidence: an interdiscipliary framework for intellectual due process*. New York: Cambridge University Press, 2007. ISBN 978-521-67655-7, p. 8

[720] Cf. POPPER, Karl - O realismo e o objeto da ciência: pós-escrito á lógica da descoberta científica. Trad. Nuno Ferreira da Fonseca. Lisboa: D. Quixote, 1992. ISBN 972-20-0592-8, p. 191.

[721] Com efeito, muitos autores sublinharam o anacronismo da doutrina Daubert. Como explica Clara Calheiros, «[...] no momento em que se adotam as teorias popperianas como "teste", já há muito outras teorias e autores tinham exposto as debilidades do falsificacionismo», sem que o Supreme Court as tivesse considerado ou tido por relevantes, dando por inquestionáveis as conclusões de Karl Popper - cf. CALHEIROS, Clara - *Para uma teoria da prova*, *op. cit,* p. 143. De entre as outras teorias que ganhavam adeptos por essa altura nos EUA merece referência a ideia de "revolução científica" desenvolvida por Tomas Kuhn na sua obra "A Estrutura das Revoluções Científicas" (1962), e o modelo baseado no teorema de Bayes que propõe calcular o modelo como uma determinada teoria pode ser afetada pela descoberta de uma nova teoria ou evento - para uma visão panorâmica sobre as teorias acerca do desenvolvimento e da caracterização da investigação científica ECHEVERRÍA, Javier - *Introdução à Metodologia da Ciência.* Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 972-40-1824-5 e para um maior desenvolvimento desta crítica, leia-se HAACK, Susan - Federal philosophy of science: a reconstruction and a deconstruction, *op. cit.,* p. 345. Isso ocorre, entre outros motivos, porque grandes teorias e construções desenvolvidas, apesar de poderem ser corroboradas pela observação, não são empiricamente testáveis. O exemplo clássico será o da evolução que, embora amplamente aceite nos círculos científicos, não é testável. Além disso, o conceito de testabilidade como característica definidora da ciência cria um dilema para as ciências sociais porque estes campos dependem predominantemente de estudos retrospectivos observacionais, em vez de estudos empíricos, e por isso este critério não parece atender a este tipo de área de conhecimento. Embora possa ser dito que esses campos evoluíram fora do método científico, esse dado não torna as suas conclusões menos confiáveis ou valiosas e isso forçaria a pensar num conjunto paralelo de critérios de validade aplicável às ciências não empíricas - cf. BEECHER-MONAS, Erica - Blinded by Science: how judges avoid the science in scientific evidence. *Temple Law Review* [Em linha]. V 71 (1998), pp. 55-102. [17.09.2022]. Disponível em https://digitalcommons.wayne.edu/lawfrp/367, pp. 63ss.

[722] *Vide* HAACK, Susan - Federal philosophy of science: a reconstruction and a deconstruction, *op. cit* e TARUFFO, Michele - La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses. In VÁZQUEZ, Carmen (ed.) - *Estándares de Prueba y Prueba Científica*. Marcial Pons: Madrid, 2013. ISBN 978-84-15664-53-6. Pp. 203-213, p. 204.

motivo, desadequado às preocupações subjacentes à decisão: é que um critério de demarcação como este não requer uma justificação epistémica, comprometendo-se apenas com algum tipo de potencial de conhecimento. Por isso, se a pretensão do tribunal era assegurar um controlo sobre a qualidade do conhecimento, o apelo a Karl Popper, de um ponto de vista probatório, parece contraproducente porque pode ter por efeito que uma prova, debaixo desse critério, seja considerada científica mesmo que não exista informação sobre ela mesma, tanto por não ter sido anteriormente sujeita a testes ou por não ter sido superada por outra. E mais: a filosofia da ciência de Karl Popper é inadequada para o que se pretende porque o autor explicitamente afirma que o grau de corroboração de uma teoria nada diz sobre sua confiabilidade e, mesmo que uma teoria tenha sido corroborada, isso nada dirá sobre a sua verdade, ou mesmo sobre a sua probabilidade[723].

Para outros autores talvez mais interessante tivesse sido reconstruir o pensamento, trocando a ideia de *cientificidade* pelo *caráter empírico* das afirmações. Assim, diríamos que uma teoria científica deve ser admitida quando se pode obter informação empírica sobre sua veracidade. Tal seria relevante porque permitiria que o juiz exigisse do perito a fundamentação empírica das suas afirmações[724]. Todavia, como deixamos claro naquele capítulo 3 da parte I, parecem inúteis os esforços para desenvolver um método de investigação que distinga a atividade científica da atividade não científica. Para nós, como já defendemos, mais importante do que qualquer qualificação do tipo de conhecimento, é que a informação produzida no processo seja de qualidade e, por isso, que se conheça informação sobre o funcionamento atual dos métodos e das técnicas empregues e que se afira da sua correta aplicação ao caso[725].

---

[723] VÁZQUEZ, Carmen - La prueba pericial en la experiencia estadounidense: el caso Daubert, *op. cit.,* pp. 99-101. Para muitos autores o recurso ao teorema de Bayes parece mais coerente com o modelo processual norte americano, que procura estabelecer critérios que permitam aferir a credibilidade de certa área científica, já que tem sido usado como meio de testar como a veracidade de uma teoria científica pode ser afetada pela introdução de uma nova prova ou descoberta. A isto acresce ainda o facto de a possibilidade de existência de uma teoria geral de ciência ser cada vez mais questionada e a certeza da ciência ser substituída pela probabilidade. Este argumento por si só poderia justificar uma maior abertura à aplicação, mesmo no campo jurídico, às perspetivas bayseanas sobre a ciência. Por todos, TARUFFO, Michele - Conoscenza Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria, *op. cit.,* p.10.

[724] No mesmo sentido Susan Haack refere que o apelo à teoria de Karl Popper não permite dar resposta ao problema da confiabilidade as informações dos peritos até porque *confiabilidade* e *cientificidade* são coisas distintas, desde logo porque teremos que reconhecer que nem todo o conhecimento confiável é científico e nem todo o conhecimento científico é confiável. Por isso sugere a autora, precisamente de acordo com a decisão Kumho Tire que analisaremos adiante, que o que importa legalmente deve ser se o testemunho de um especialista é confiável e não se é ou não é científico. A autora acrescenta ainda: «It reveals that any simple verbal formula supposedly encapsulating "the Scientific Method" is likely to be a distraction from the real complexities of evidence and from the multiple, interconnected questions relevant in assessing reliability. It tells us that the fact that a theory or technique has not been tested is a sign that investigation has not been as thorough or as honest as it should have been; but also that the fact that a theory or technique has performed successfully under rigorous testing is an indication of its reliability. And it tells us (also in line with Kumho Tire) that the kinds of test that are appropriate will vary depending on the nature of the evidence in question, and may - for example in the case of rival tests of statistical significance, or of the conclusions to be drawn from a DNA analysis - itself depend on other scientific knowledge» - cf. HAACK, Susan - Federal philosophy of science: a reconstruction and a deconstruction, *op. cit.,* p. 345.

[725] VÁZQUEZ, Carmen - La prueba pericial en la experiencia estadounidense: el caso Daubert, *op. cit.,* p. 101.

3.3.2. PUBLICAÇÃO E REVISÃO POR PARES

Na esteira das discussões tidas aquando da aplicação do critério fixado em Frye, o Supreme Court reconheceu em Daubert que a publicação não deve ser vista como condição *sine qua non* da admissibilidade de uma *expert witness*. Isto porque, como esclareceu, a publicação não se correlaciona necessariamente com a confiabilidade, já que teorias bem fundamentadas, mas inovadoras, podem não ter sido ainda publicadas ou podem nem vir a sê-lo. Mas, por outro, relembra que essa é a forma mais simples de assegurar a submissão ao escrutínio da comunidade científica e assim salvaguardar que nos processos apenas se valoriza *boa ciência*, uma vez que este critério aumenta a probabilidade de que falhas substantivas na metodologia sejam detetadas. Por isso, como uma verificação do processo de raciocínio do juiz, o tribunal permitiu que fosse ponderada a revisão e publicação por pares como substitutos para a antiga condição de aceitação geral derivada do *Frye test.*

Acontece que estes dois últimos fatores, como observou o tribunal, podem estar pouco relacionados com a solidez da ciência subjacente ao testemunho proposto. Sem deixarmos de concordar com as explicações do tribunal, julgamos pertinente fazer aqui referência a um artigo da autoria de Susan Haack, em que a autora reflete exatamente sobre este fator, distinguindo entre um sentido amplo e um sentido estrito de revisão por pares[726].

No sentido amplo a autora perspetiva a revisão por pares como uma discussão académica de ideias apresentadas por um especialista perante uma comunidade científica específica, como p. ex., em congressos; no sentido estrito a autora associa a exigência de uma avaliação mais formal de trabalhos escritos para determinar, sob certos requisitos, a sua publicação por uma editora ou revista académica. Se for equacionado este sentido estrito, então o centro da atenção na avaliação a realizar deveria voltar-se para os critérios utilizados na seleção dos trabalhos a publicar (p. ex. correção técnica, originalidade, utilidade, referências utilizadas) que, naturalmente, variam de publicação para publicação e entre campos de conhecimento. Além disso, como lembra, o facto de uma informação ser publicada não é em si mesmo informativo sobre a sua qualidade.

[726] Cf. HAACK, Susan - La evaluación por pares y la publicación: lecciones para abogados. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho* [Em linha]. N 38 (2015), pp. 15-40. [18-09.2022]. Disponível em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/60008/1/Doxa_38_01.pdf ISSN 0214-8676.

Por isso na ponderação deste fator talvez fosse mais pertinente exigirem-se também informações sobre o procedimento de seleção de publicação que pudessem funcionar como ferramentas que permitam ao juiz melhor avaliar essa informação e explorá-la (p. ex., permitindo ao juiz conhecer posições discordantes). Só assim o juiz terá maiores possibilidades de compreender o real alcance do método, técnica ou conhecimento especializado subjacente a uma prova pericial publicada ou revisada pela comunidade de especialistas. Estando longe de ser o ideal, este fator revela-se então como condição necessária mas não suficiente para a adequada ponderação da confiabilidade da prova[727]. Assim, a revisão por pares parece, de facto, como reconheceu o tribunal, não ser fator muito consistente para avaliação da qualidade da teoria ou técnica publicada.

3.3.3. TAXAS DE ERRO

Este terceiro fator é verdadeiramente interessante no campo do direito probatório em matéria pericial. Esta taxa de erro indicada pelo tribunal refere-se à informação geral obtida sobre uma técnica específica e não a margens de erro tendo em conta o modo como a referida técnica é utilizada em casos específicos.

Não deve deixar de ser notada a sua vanguarda, já que tendo sido referido em 1993 pelo tribunal, viria a ser mencionado com especial importância no relatório da National Academy of Science em 2009. E ainda hoje parece haver um logo caminho a percorrer já que, como fomos evidenciando ao longo da investigação, subsiste falta de informação empírica sobre muitas das técnicas utilizadas nas ciências criminais, de modo que a única informação sobre sua confiabilidade parece ser o facto de tais técnicas serem usadas continuamente em contextos específicos, como o próprio processo judicial. Um feito que por si só não diz nada sobre a sua confiabilidade e por isso não julgamos ser boa prática fazermos uso acrítico de técnicas cujo funcionamento real não conhecemos e apenas o assumimos[728].

É claro que este tipo de estudos tem que ser desenvolvido dentro de cada uma das áreas científicas em que inserem as diferentes técnicas, mas não podemos ignorar que só com exigência dos mesmos, p. ex., para efeitos da admissibilidade da sua produção em contexto judicial, mas também para efeitos de valoração, é que existirá algum incentivo para a sua realização. Por isso os juristas devem começar por exigir tais estudos e depois fazer uso dos seus resultados. Mas ao fazê-lo devem estar cientes de que a taxa de erro apresentada nesses estudos foi calculada através de métodos e preceitos próprios e que são os cientistas quem deve decidir, para os seus próprios

[727] Cf. HAACK, Susan - Epistemology legalized: or, truth, justice, and the american way. *The American Journal of Jurisprudence* [Em linha]. V 49 (2004), pp. 43-61. [10.09.2022]. Disponível em https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1465&context=fac_articles. ISSN 0065-8995, p. 55.

[728] Cf. VÁZQUEZ, Carmen - La prueba pericial en la experiencia estadounidense: el caso Daubert, *op. cit.,* p. 104. Apesar dos louvores que apresentamos relativamente a este critério não podemos esquecer que o mesmo se revela inadequado às ciências sociais, para as quais não se revela simples (ou possível) o desenvolvimento deste tipo de estudo. Esta foi, como vimos anteriormente, uma das críticas dirigidas ao conceito operativo de ciência que serviu de pilar à decsião Daubert.

propósitos científicos, se tais taxas são suficientes (p. ex., para concluir que um resultado é adequado para publicação ou considerar um projeto de pesquisa promissor ou suficiente para renovar um financiamento) e que a decisão sobre se essas taxas serão compatíveis com os standars de prova já não será uma questão científica mas jurídica, que deve ser tomada ao abrigo do quadro legal. Aqui voltaremos na última parte.

Porém, a replicabilidade dos resultados (consistência) é apenas um fator na determinação da validade científica: também é crucial determinar quão bem os dados são analisados. É por isso que é importante examinar a metodologia utilizada pelo perito e compreender quão bem os dados e conclusões realmente se encaixam no modelo dos dados esperados da teoria. Foi por o reconhecer que o tribunal fez depender a qualificação do conhecimento como científico à demonstração de que o mesmo é o produto de uma metodologia científica sólida derivada do método científico.

3.3.4. CRÍTICAS GENERALIZADAS

As críticas que apontamos justificavam o argumento daqueles que não reconheciam utilidade à decisão por considerarem que os critérios não permitiriam diferenciar entre a ciência que seria verdadeiramente confiável daquela que não o seria, afirmando-se inclusivamente que seria improvável que os tribunais que aplicassem Daubert chegassem a decisões materialmente diferentes ou mais restritivas sobre a admissibilidade da *prova científica* do que aquelas que seriam tomadas ao abrigo dos critérios anteriores[729].

Outras críticas mostravam-se relacionadas com o facto de o tribunal ter apresentado uma lista vaga, não taxativa e não vinculativa de critérios a ter em consideração aquando da decisão sobre a admissibilidade da *prova científica*. Referia-se, a propósito, que se esperava uma solução para um caso concreto e não uma decisão de caráter vago, que não esclarecesse por si as quezílias e indefinições mantidas nas décadas anteriores. A decisão parecia não resolver nada para futuro e ter ficado aquém das reivindicações para reduzir o grau de discricionariedade dos juízes aquando

[729] A primeira crítica consta expressa no trabalho de JACKSON, John - Managing uncertainty and finality: the function of the criminal trial in legal inquiry, *op. cit.*, pp. 121-145. Já a segunda foi apresentada pelo AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWERS - *Standards and procedures for determining the admissibility of expert evidence after* Daubert*, op. cit.,* p. 1. Uma revisão da *caselaw* depois de Daubert mostra que a rejeição do testemunho de um especialista é a exceção e não a regra - cf. UNITED STATES CODE SERVICE - *USCS Federal Rules Evidence: rule 702* [Em linha]. S.l., Matthew Bender & Company: 2009. [13.01.2020]. Disponível em http://nassau18b.org/forms/USCS_FED_RULES_EVID_702.pdf, p. 4.

da decisão de admitir ou excluir a *prova científica*, mantendo a incerteza e insegurança há muito clamadas[730].

A literatura também notou que o tribunal, tendo ficado centrado na discussão em torno da admissibilidade e avaliação da confiabilidade do método, esqueceu uma outra dimensão que seria de igual importância: o grau de certeza que o especialista postula no seu depoimento[731]. É que, lembrou a doutrina, um dos problemas centrais do depoimento dos peritos é que estes, no decorrer da sua inquirição, são muitas vezes levados a apresentar como certas conclusões que não deixam de ser apenas prováveis e aquilo que deveria ser valorado como um mero ponto de vista pode resultar em pseudociência valorada como *boa ciência*. Estes riscos são potenciados quando as regras de natureza substantiva exigem um nível específico de confiança para valoração dos factos e respetiva prova. A acrescer a estas dificuldades, não se podem esquecer as preocupações que um amplo poder discricionário concedido ao tribunal para decidir sobre estas questões, não se limitando ao julgamento de confiabilidade mas de grau de credibilidade, pode invadir a competência do júri.

Na dogmática colhemos ainda referências a outras questões não resolvidas em Daubert. De entre estas assume relevo o facto de a decisão não ter esclarecido que tipos de prova pericial se devem enquadrar no escopo da análise desenvolvida pelo tribunal (apenas *científica* ou também técnica?) ou de não ter refletido sobre a (in)capacidade dos juízes para assumirem, de forma eficiente, a função de *gatekeeping* que lhes foi atribuída[732] ou sequer ter refletido sobre a forma de resolver divergências entre especialistas ou entre comunidades de especialistas, enfatizando apenas o acordo na comunidade científica quando na verdade a ciência evolui precisamente pela diversidade de opiniões e pelo debate[733].

Independentemente das críticas, uma certeza existe: a decisão deste processo marcou de tal forma a interseção da ciência com os processos judiciais nos EUA que não é raro que na

---

[730] A resposta a esta crítica veio a ser mais tarde esclarecida pelo Supreme Court que, podemos adiantar, partilhou a visão anarquista da ciência defendida por Paul Feyrabend, que sempre rejeitou a existência de regras metodológicas universais e comuns a todas as ciências. Nas suas palavras «uma teoria da ciência que define modelos e elementos estruturais para *todas* as atividades científicas e os legitima por referência à "Razão" ou à "Racionalidade" é suscetível de impressionar os leigos - mas afigura-se um instrumento excessivamente grosseiro aos que estão dentro das coisas, ou seja, para os cientistas que se confrontam com um problema de investigação concreto» - cf. FEYRABEND Paul - *Contra o método.* Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio d'Água, 1993, p. 11.

[731] Cf. DOMINIONI, Oreste - *La prova penale scientifica: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione, op. cit.,* p. 193 e SCHUMM, Jeffrey M. - Precious little guidance to the "gatekeepers" regarding admissibility of nonscientific evidence: an analysis of Kumho Tire Co. v. Carmichael. *Florida State University Law Review* [Em linha]. V 27 (2000), pp. 865-896. [05.12.2019]. Disponível em https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1370&context=lr. ISSN 0096-3070, p. 891.

[732] Cf BEECHER-MONAS, Erica - Blinded by Science: how judges avoid the science in scientific evidence, *op. cit.,* pp. 63 e ss.

[733] Cf. VÁZQUEZ, Carmen - La prueba pericial en la experiencia estadounidense: el caso Daubert, *op. cit.,* p. 109.

doutrina as afirmações constantes da decisão sejam assumidas como lugar estabilizado para a regulamentação da *prova científica*. É que esta decisão, recebida como uma abertura liberal face ao conservadorismo de Frye, continua a ser encarada como ponto de viragem inicial fundamental no tópico da *prova científica*: seja porque concentra (ainda que numa perspetiva epistémica discutível) os problemas básicos da validade da *prova científica*, seja porque abriu um caminho para enfatizar o papel do juiz no controlo e seleção da prova que seja verdadeiramente científica (ainda que não tivesse avançado o suficiente nessa direção)[734].

Uma outra consideração deve ser tecida a este respeito: na evolução do contexto norte-americano, muito apesar das declarações constantes do processo terem sido inicialmente aceites com grande adesão na esfera federal, mostraram-se depois pouco recebidas pelos tribunais estaduais e foram posteriormente objeto de novas formulações. Tudo isto, sob a pressão da necessidade percebida de ir além da construção Daubert. Por isso, aquilo com que nos deparamos atualmente parece ser mais encarado como uma "incerteza jurídica"[735] decorrente das conceções evolutivas precisamente após o empurrão Daubert.

3.4. O QUINTO FATOR DAUBERT

Como vimos, dos quatro critérios elencados na decisão, três deles não foram considerados condição necessária (nem suficiente) para a admissibilidade do *expert testimony.* Neste sentido, para satisfazer as exigências de Daubert bastaria cumprir qualquer combinação dos critérios, desde que nos critérios combinados um deles incluísse a falsificabilidade. As combinações seriam então várias e se num dos extremos poderíamos ter situações que apenas se cumprisse o primeiro dos critérios, no extremo oposto poderíamos ter situações em que todos os critérios poderiam estar cumpridos, sendo ainda possível uma infinidade de possibilidades porque os critérios, não se revelando categóricos e admitindo graduações, podiam mesmo conhecer alguma sobreposição[736].

Acontece ainda que o Supreme Court revogou a decisão da segunda instância, mas não aplicou os critérios expostos, ordenando que o processo baixasse para que o Court of Appeal realizasse tal tarefa. Este tribunal, no desempenho dessa tarefa de aplicar a decisão Daubert

[734] Acompanhamos TARUFFO, Michele - La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses, *op. cit.,* p. 204.

[735] Esta constatação é apresentada por DOMINIONI, Oreste - *La prova penale scientifica: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione, op. cit.*., pp. 138 e 139.

[736] Cf. VÁZQUEZ, Carmen - La prueba pericial en la experiencia estadounidense: el caso Daubert, *op. cit.,* p. 105.

concluiu que os tribunais teriam uma difícil tarefa de resolver divergências entre especialistas respeitados e bem credenciados sobre questões que pertenceriam inteiramente à sua especialidade, tarefa que se deveria centrar não propriamente no que foi afirmado pelos especialistas, mas na base em que se apoiam para o afirmar.

Sob este pressuposto, o tribunal, após apreciar as provas oferecidas pelos demandantes, aplicando os quatro fatores Daubert*,* considerou que outro fator a ter em consideração passaria por apreciar se os especialistas ofereceriam pesquisas científicas independentes sobre as questões discutidas no processo porque essa independência forneceria uma base mais persuasiva para concluir que o testemunho derivaria do método científico. Dois argumentos foram apresentados para justificar esta exigência: por um lado, os resultados apresentados por investigações empíricas independentes desenvolvidas sem relação com um processo em curso são menos propensos a apresentar algum viés que favoreça uma determinada conclusão, dada alguma promessa de remuneração; por outro lado, as pesquisas independentes estão sujeitas a verificação de confiabilidade que têm que ser cumpridas para obtenção de financiamento institucional, assegurando por isso maior confiabilidade.

Aplicando este novo critério, o tribunal argumentou que a parte sobre a qual incumbe o ónus da prova deve fornecer uma justificação objetiva e verificável de que o testemunho da *expert witness* que apresenta em juízo é baseado em princípios científicos válidos e um meio para o fazer é precisamente a revisão por pares para a publicação que, apesar de não garantir a exatidão do que os especialistas dizem, endossa a solidez ou consistência da metodologia utilizada. E para o tribunal seria este aspeto que, à luz de Daubert*,* mais importava. Centrando-se então na questão central a decidir (se os peritos forneceram elementos suficientes para provar o facto base da alegação, i. e., se o *bendectin* causou as malformações dos filhos dos demandantes) o tribunal julgou inadmissível a prova pericial oferecida pelos demandantes e proferiu uma decisão sumária a favor da demandada Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc[737].

[737] Esclarecemos que esta decisão foi tomada porque o tribunal considerou que os demandantes não satisfizeram a *burden of production* sobre a relação causal entre a ingestão do *benedictin* e os danos congénitos. Sobre esta etapa processual vejam-se os esclarecimentos adiantados aquando da delimitação do objeto de análise e exposição da ordem metodológica da exposição desta parte.

4. Caso General Electric Company et al. v. Robert K. Joiner et ux.[738]

Depois do processo Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals o Supreme Court dos EUA voltou a pronunciar-se em mais dois casos sobre a admissibilidade da prova pericial, assim formando a trilogia Daubert. No primeiro caso, sobre o qual aqui nos debruçamos, o tribunal foi chamado a determinar qual o padrão a ser aplicado pelos Court of Appeal aquando da revisão de uma decisão dos tribunais de julgamento a propósito da sua decisão de admissibilidade ou exclusão de *expert testimony* sob o padrão de Daubert. O tribunal decidiu que o *abuse of discretion*, padrão normalmente aplicável à revisão de decisões probatórias[739], é o padrão adequado para rever a decisão de um tribunal sobre a admissibilidade de produção de *provas científicas*.

4.1. O CASO

Robert Joiner deu entrada de uma ação judicial contra as empresas General Electric Company e Westinghouse Electric alegando que o cancro de que sofria fora causado pelo contacto que, ao longo de anos manteve, por força do seu trabalho como eletricista, com vários produtos químicos (*bifenilos policlorados* - PCBs - dioxinas e furanos) produzidos pelas demandadas. Para sustentar o seu pedido indemnizatório, o demandante ofereceu o testemunho de dois especialistas que afirmaram que uma eventual exposição a essas substâncias poderia ter causado ou, pelo menos, contribuído significativamente para o desenvolvimento do tumor. Para fundamentar essas conclusões, os especialistas fizeram referência a estudos toxicológicos, epidemiológicos *in vitro* e estudos realizados em crias de animais cuja exposição às substâncias em causa teria originado o desenvolvimento de tumores pulmonares.

A primeira instância considerou que não havia provas que o demandante tivesse estado exposto às dioxinas e furanos e por isso, quanto a estas, a prova pericial seria irrelevante. Já

[738] Cf. General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997). A decisão está junta no anexo D.

[739] Este *abuse of discretion* consiste no standard aplicável e exigível para revogação de uma decisão tomada por um tribunal inferior. Regra geral uma decisão só pode ser revogada por um tribunal superior quando se conclua que o tribunal inferior incorreu em erro grave na decisão que possa ter impedido um julgamento justo (p. ex. como quando juiz de primeira instância não permite o exercício do contraditório ou a inquirição de uma testemunha importante ou quando tenham sido produzidos comentários impróprios que pudessem ter influenciado os jurados). Por vezes pode acontecer que os tribunais de segunda instância admitam que o juiz errou na sua decisão, mas, por força deste standard, não o suficiente para influenciar o resultado do julgamento e, pois, para revogar a decisão.

quanto à exposição a PCBs o tribunal decidiu que os peritos não tinham demonstrado o nexo de causalidade entre a exposição a tal produto e o desenvolvimento do cancro pelo demandante, pelo que também a este respeito a prova não poderia ser admitida por não se afastar de uma crença subjetiva ou especulação não fundamentada das *expert witnesses* e, por isso, não tendo apoio em bases científicas, não seria confiável[740].

Inconformado, o demandante recorreu desta decisão, alegando que os estudos com animais poderiam ser uma base adequada para admissão do depoimento dos especialistas por si apresentados e que, além disso, a decisão sobre a admissibilidade da prova se deveria centrar apenas nos princípios e metodologia subjacentes e não nas conclusões porque, conforme fixado em Daubert, as conclusões deveriam ser apreciadas apenas pelo juiz de julgamento e não pelo juiz que julga a admissibilidade das provas. De acordo com outro dos argumentos do demandante, ainda que de forma individual os estudos não demonstrassem que a exposição às substâncias pudesse ter causado ou contribuído para o tumor de que padecia, os estudos globalmente considerados permitiam assim concluir.

O que se discutia, então, era se as conclusões dos especialistas do demandante eram mera especulação, uma vez que nenhum desses estudos isolados provara o nexo causal acima mencionado. A segunda instância considerou que tinha havido um erro na exclusão de *expert testimony*. Para revogar a decisão anterior, o tribunal de recurso justificou que as regras que regulam o *expert testimony* evidenciam uma preferência pela sua admissibilidade e por isso seria de aplicar um critério particularmente rigoroso na revisão de uma decisão que exclui esse meio de prova. Partindo desse pressuposto, julgou que o tribunal de primeira instância havia cometido dois equívocos: o primeiro quando excluiu o depoimento dos especialistas pelo facto de cada um ter retirado diferentes conclusões das investigações apresentadas, quando era seu entendimento que um tribunal distrital deveria limitar o seu papel à determinação da confiabilidade do testemunho, cabendo ao júri a tarefa de decidir qual das opiniões mereceria maior credibilidade; o segundo quando decidiu que não era relevante apurar se o demandante tinha estado exposto aos PCBs porque para este tribunal de segunda instância o pressuposto do testemunho do

[740] Para justificar esta posição, o tribunal referiu existir uma grande diferença entre os factos do caso e o suporte da prova apresentada, já que os estudos citados pelos especialistas envolviam experiências com animais e não com humanos e que o tipo de cancro desenvolvido na situação em apreço e nas experiências citadas era diferente. Além disso, as experiências relatadas retratavam uma situação diferente daquela que estava em discussão: os estudos citados envolveram ratos muito jovens aos quais eram administradas, diária e diretamente nos seus estômagos, doses concentradas das substâncias a que o autor se encontrava sujeito; enquanto no caso, o autor era um adulto, cujos carcinomas de pequenas células resultaram alegadamente da exposição numa escala muito menor. Por fim, chamou ainda atenção para o facto de um dos peritos ter admitido que nenhum dos estudos tinha demonstrado que os PCBs poderiam ter provocado cancro a outras espécies.

conhecimento científico era precisamente o de que Robert Joiner havia estado em contacto com substâncias prejudiciais à sua saúde.

As empresas demandadas recorreram desta decisão, alegando que o tribunal deveria ter aplicado o entendimento tradicional do padrão de *abuse of discretion* na revisão de decisões judiciais. Agora, a questão processual era determinar, segundo os critérios de Daubert, a extensão do poder dos tribunais de apelação para rever uma decisão sobre a admissão ou exclusão de *provas científicas* pelos juízes de primeira instância.

4.2. A DECISÃO E OS SEUS CONTRIBUTOS PARA O ATUAL QUADRO

O Supreme Court norte-americano, trazendo à colação a doutrina sustentada no caso Daubert, relembrou que, embora as FRE permitam que os tribunais distritais admitam um campo um pouco mais amplo de testemunhos de especialistas do que o regime anterior, essas normas conferem ao juiz um papel de *gatekeeper* para garantir que apenas as provas relevantes e confiáveis possam ser admitidas. Embora o tribunal distrital deva limitar-se a verificar a confiabilidade do testemunho, deixando ao júri decidir sobre a exatidão das opiniões contraditórias, o Supreme Court, depois de reiterar essa função de *gatekeeping*, afirmou que, de acordo com os seu precedentes, o critério correto de reexame das sentenças dos tribunais distritais sobre a admissibilidade prova consiste no *abuse of discretion* em relação à discricionariedade atribuída para garantir que a *prova científica* seja admitida não apenas por ser relevante, mas também por ser confiável.

Decidiu assim o Supreme Court que o *abuse of discretion* é o padrão adequado de revisão das decisões de um tribunal distrital, pelo que uma decisão só pode ser revogada por um tribunal superior quando tenha ocorrido algum erro manifesto. O tribunal decidiu então que a segunda instância tinha errado ao analisar a decisão anterior porque ao aplicar um standard excessivamente rigoroso não deu ao tribunal de julgamento a deferência que é a marca do standard aplicável.

Ao aplicar tal padrão de revisão, o Supreme Court concluiu que a primeira instância não havia errado ao excluir a prova pericial requerida por Robert Joiner. À exceção de um juiz que discordou dessa parte da decisão, os juízes fizeram o que não haviam feito em Daubert: examinaram detalhadamente a prova requerida e, concluindo que os estudos em que se basearam os peritos do demandante não suportavam as conclusões de que os contactos com as substâncias

em causa tinham provocado ou acelerado a doença, decidiram que os especialistas do demandante haviam sido adequadamente excluídos, revogando a decisão da segunda instância[741]. Para tal, o tribunal explicou que o problema que estava em causa não se relacionava com o facto de os estudos com animais poderem ser uma base adequada para a opinião de um especialista, porque isso seria certo. A questão pertinente era saber se os depoimentos dos peritos eram suficientemente apoiados nos estudos invocados.

Neste ponto foi rejeitado o argumento de Robert Joiner segundo o qual o relevante seriam os princípios e a metodologia e não as conclusões apresentadas pelos especialistas, esclarecendo que conclusões e metodologia não são totalmente distintas umas das outras e que o tribunal pode concluir pela existência de uma lacuna entre os dados analisados e as conclusões que pode afetar a sua confiabilidade. A decisão Joiner afasta-se então de Daubert na medida em que refere que as conclusões e metodologias não estão claramente separadas umas das outras. Se em Daubert se proibiu claramente os juízes de julgamento de avaliar a validade ou a força das conclusões científicas de um especialista por ser essa uma questão deixada para apreciação do júri, em Joiner o tribunal refere que não se trata de uma separação tão categórica e por isso considerou que o tribunal de primeira instância não abusou do seu poder discricionário de excluir a prova pericial. Na parte da decisão que reuniu unanimidade, o tribunal concluiu que recairia sobre o tribunal de julgamento a função de *gatekeeper* e que este não tinha excedido o seu poder discricionário ao excluir essas provas por considerar que não resultavam de uma base científica sólida e que as FRE ou Daubert não impunham a admissibilidade da prova pericial apenas pelo *ipse dixit* do especialista, i. e., como opinião dogmática sem justificação[742].

---

[741] Essa conclusão foi decorrente da apreciação dos quatro estudos apresentados pelos peritos indicados por Robert Joiner e consta assim justificada:

- no primeiro estudo desenvolvido sobre os efeitos da exposição dos trabalhadores de uma determinada fábrica que contactavam com PCBs, os seus autores observaram que as mortes por cancro de pulmão entre ex-funcionários da fábrica eram em número superior ao normal, mas concluíram que não existia motivos para associar tais mortes com a exposição às substâncias em causa. Essa foi a razão pela qual os autores do artigo não se tivessem mostrado disponíveis para atestar que o cancro do demandante tinha sido provocado pelo exercício da sua profissão e o tribunal não tivesse relevado o estudo;

- o segundo estudo acompanhou vários funcionários que trabalharam na produção de PCBs e os seus autores descobriram que a incidência de mortes por cancro de pulmão entre esses trabalhadores era maior do que seria normalmente esperado. Contudo, tal aumento não se mostrou estatisticamente relevante ou significante e os autores não concluíram pela existência de uma relação entre a exposição a PCBs e o aumento de mortes por esse tipo de cancro. Por isso, o estudo não foi considerado pelo tribunal;

- o terceiro estudo envolveu trabalhadores de uma fábrica de cabos norueguesa que foram expostos a um óleo mineral. Das suas conclusões resulta um aumento significativo de mortes causadas por cancro no pulmão nesses trabalhadores. Porém o estudo não fez qualquer menção aos PCBs e foi expressamente limitado ao tipo de óleo mineral envolvido nessa investigação. Assim, retirou o tribunal a conclusão de que o estudo não poderia apoiar as opiniões das testemunhas especialistas;

- o quarto estudo envolveu um grupo de pessoas expostas a PCBs no Japão em que se verificou um aumento estatisticamente significativo de mortes por cancro do pulmão. Porém, o estudo em causa não foi atendido porque esse grupo de pessoas tinha sido exposto a (e alguns até ingerido) inúmeros agentes potencialmente cancerígenos e não apenas PCBs.

[742] Apesar disso, o tribunal, lembrando que a alegação inicial de Robert Joiner era de que a sua exposição a PCBs, furanos e dioxinas, contribuiu para o desenvolvimento do cancro e que o tribunal distrital decidiu ser questão de facto relevante saber se o demandante esteve exposto

Do que ficou dito gostaríamos de destacar alguns pontos desta decisão.

Um primeiro para sublinhar que o tribunal extraiu das FRE uma preferência pela admissibilidade da prova pericial ao invés da sua exclusão. Esta interpretação releva, para nós, de interesse porque se aproxima das nossas preocupações com uma perspetiva epistémica do processo judicial.

Um segundo para notar que o atomismo promovido por esta discussão nos faz refletir sobre se a produção de múltiplas provas com peso probatório individual reduzido pode resultar numa prova sólida quando analisadas no seu conjunto[743]. A não ser assim, então estaria dificultada a admissão de provas individuais que, solitariamente, podem ter peso residual, com implicações de um ponto de vista epistémico. Esta questão assume maior pertinência no modelo processual norte-americano precisamente pelo facto de, diferentemente do que sucede no modelo processual continental em que é o juiz que decide a admissão da prova e avalia a suficiência das provas e lhe atribui respetivo valor, aí caber ao juiz decidir a admissão da prova e sua suficiência e aos jurados a atribuição do respetivo valor, servindo a fase da admissão como crivo para excluir as provas ilícitas e eminentemente irrelevantes. Ora, é neste momento de admissibilidade que o juiz norte-americano deve avaliar individual e globalmente as provas para decidir se o caso deve seguir para a fase de julgamento. Mais uma vez está em causa aplicação do princípio *burden of production*.

Um terceiro para evidenciar que, se no caso Daubert o Supreme Court reconheceu ampla margem de conformação ao juiz para decidir se o testemunho do especialista é ou não confiável, neste caso concluiu-se que o juiz não se pode afastar destas dificuldades e deve assegurar o cumprimento das FRE. Exige-se que os juízes analisem de forma mais próxima a admissibilidade das *provas científicas* e obsta-se a que adotem uma atitude de renúncia, recaindo sobre si a obrigação de fazer uso de todas as técnicas processuais úteis para enfrentar e corresponder as atribuições de *gatekeeper* que lhe foram atribuídas em Daubert. Por isso se afirma que esta decisão vem reforçar esta sua competência: os juízes, aplicando Joiner, devem avaliar também os procedimentos inferenciais, já que a sua atenção passou a ter que ser repartida com a *ratio* entre as premissas e as conclusões apresentadas pelo especialista. É uma questão de determinar se entre elas existe uma correlação suficientemente próxima que permita qualificar a prova como

a PCBs mas não a furanos e dioxinas, deixou claro que este tribunal nunca considerou explicitamente se havia provas admissíveis sobre a questão de saber se a suposta exposição de Robert Joiner a furanos e dioxinas contribuiu para o seu cancro. Reforçando então que esta questão permanecia em aberto, o Supreme Court revogou a decisão do tribunal de segunda instância para averiguação dessa questão.

[743] Sobre o tema VÁZQUEZ, Carmen - La prueba pericial en la experiencia estadounidense: el caso Daubert, *op. cit.,* pp. 147ss

confiável (i. e., se há uma relação lógica entre o argumento e as suas conclusões uma vez que não é suficiente que seja empregue um método teoricamente confiável, mas tornou-se necessário que esse método seja aplicado no caso concreto de forma adequada). Nesta decisão, um dos juízes instou os juízes a fazerem-se valer dos procedimentos previstos nas FRE, como a nomeação de especialistas independentes, para os auxiliar a tomar decisões sobre a admissibilidade de provas de natureza científica ou técnica.

O tribunal foi ainda mais longe e fixou os limites desse poder com recurso ao padrão do *abuse of discretion*. A afirmação contida neste processo é que o Court of Appeal poderá rever à luz desse critério a decisão da primeira instância sobre a admissão ou exclusão de *expert testimony*. Nesta decisão esclareceu-se que esse mesmo princípio deve orientar o tribunal de julgamento na determinação dos padrões que o levaram a decidir sobre a confiabilidade da prova.

5. CASE KUMHO TIRE COMPANY, LTD. ET AL. V. CARMICHAEL ET AL.[744]

Neste caso, que encerra a trilogia Daubert, o Supreme Court dos EUA esclareceu alguns dos outros problemas levantados pela aplicação da doutrina Daubert, designadamente a respeito do seu emprego nas ditas ciências leves.

O tribunal decidiu que o padrão exigido em Daubert se aplicaria não apenas ao testemunho *científico*, mas a todos os testemunhos baseados em conhecimento técnico e outro especializado, casos em que o juiz deveria ter o mesmo cuidado que lhe é exigível aquando da decisão de admissibilidade das provas de natureza científica.

O tribunal enfatizou ainda que todo o tipo de conhecimento pode constituir uma prova pericial e que a confiabilidade de qualquer tipo de conhecimento deve ser aferida para efeitos da

[744] Cf. Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999). A decisão encontra-se no anexo E.

sua admissibilidade. Com pertinência, a decisão clarificou que a lista de fatores elencada em Daubert não se aplica necessariamente, nem exclusivamente, a todos os especialistas ou em todos os casos, concedendo ao juiz de primeira instância margem considerável para decidir casuisticamente e em função das circunstâncias particulares de cada caso como determinar se o depoimento da *expert witness* é confiável.

Por fim, com acuidade, o tribunal fez notar que no exercício do *gatekeeping* os tribunais devem preocupar-se em assegurar que o perito, no desempenho das suas funções em contexto judicial, deve guiar-se pelo mesmo rigor intelectual exigido na sua prática profissional.

5.1. O CASO

Após um pneu do veículo conduzido por Patrick Carmichael ter explodido e causado um acidente que vitimou um dos passageiros e provocado ferimentos nos restantes, os herdeiros do falecido e os demais ocupantes da viatura instauraram uma ação judicial contra a empresa fabricante e distribuidora do pneu, a Kumho Tire Company, peticionando o pagamento de uma indemnização pelos danos causados.

Para sustentar a ação, os demandantes alegaram que o acidente tinha sido provado por um defeito no fabrico ou projeto do pneu e requereram que fosse ouvido um especialista nesta matéria, Dr. Dennis Carlson Jr. O seu depoimento baseava-se numa inspeção visual e tátil do pneu e na teoria de que, na ausência de pelo menos dois dos quatro indícios específicos que poderiam indiciar desgaste de pneus, a explosão ocorrida tinha sido causada por algum defeito no próprio pneu. Depois de ter inspecionado o pneu que originou o acidente, o perito concluiu que o seu estado de desgaste não era significativo e explicou a razão pela qual acreditava que esse estado não tinha tido qualquer interferência na produção do acidente.

A Kumho Tire pediu ao tribunal de primeira instância que excluísse este testemunho, referindo que a FRE 702 determinava que os especialistas apenas poderiam prestar os seus conhecimentos sob a forma de opinião se esse conhecimento fosse *científico* e lembrou que a mesma impunha uma obrigação especial aos juízes de assegurar que o testemunho *científico* apenas podia ser admissível se fosse relevante e confiável.

O Federal District Court, fazendo referência ao caso Daubert, esclareceu que a sua função de *gatekeeper* não se aplicava apenas ao *expert testimony* de natureza científica, mas também técnica. Por isso, examinou a metodologia utilizada na inspeção visual de Carlson Jr. à luz de

alguns dos fatores mencionados em Daubert (testabilidade da teoria, existência de revisão ou publicação por pares, taxa de erro conhecida ou potencial e aceitação geral na comunidade científica relevante) e concluiu que esses fatores objetavam à confiabilidade da metodologia do perito indicado pelos demandantes, rejeitando assim o seu depoimento.

Após interposição de recurso desta decisão, o tribunal de segunda instância sustentou que o Federal District tinha cometido um erro ao aplicar Daubert. Acreditando que Daubert estava limitado ao contexto *científico*, o tribunal considerou que os fatores apresentados na decisão não se aplicavam à observação baseada na experiência. Uma vez que o testemunho do especialista arrolado se baseou em "observações e experiências" não científicas, considerou que o tribunal de primeira instância deveria ter tomado uma decisão diferente ao abrigo do disposto da FRE 702 sem a aplicação dos critérios Daubert[745]. A decisão enfatizou a diferença entre depoimentos de especialistas que se baseiam na aplicação de teorias ou princípios científicos (que estariam sujeitos a uma análise à luz da jurisprudência Daubert) e testemunhos decorrentes de observação baseada na experiência (não sujeitos aos fatores Daubert). Todavia, o tribunal não se decidiu pela admissibilidade do testemunho do perito, tendo antes ordenado à primeira instância que averiguasse se o testemunho era suficientemente confiável e relevante para auxiliar um júri a formar o seu veredicto.

5.2. A DECISÃO E OS SEUS CONTRIBUTOS PARA O ATUAL QUADRO

Não concordando com a decisão, a Kumho Tire pediu ao Supreme Court que esclarecesse se Daubert se aplicava apenas ao testemunho *científico* ou também a todos os outros depoimentos de especialistas.

[745] Um esclarecimento a respeito da natureza não científica da prova pericial neste processo se impõe porque *a priori* poderíamos ser levados a pensar que o depoimento desta testemunha teria natureza científica porque se trava de um testemunho de um engenheiro qualificado que baseia a sua atividade em fundamentos científicos. Ora, o que permite qualificar a prova em Daubert como científica e em Kumho Tire como não científica não é a área de conhecimento em si mesmo, mas a natureza de questão envolta nas situações: a questão que se colocava em Daubert tinha natureza geral (os danos congénitos foram provocados pela ingestão do *benedictin*?) e por isso podia ser sistematicamente estudada; já em Kumho Tiro discutia-se a causa histórica específica de um único acidente (porque é que o pneu explodiu?) e por isso, ainda que a ciência nos possa fornecer ferramentas para ajudar a responder a essa pergunta(microscópios, reagentes, etc.), o evento real não pode ser replicado nem estudado sistematicamente - cf. GROSS, Samuel R,; MNOOKIN, Jennifer L. - Expert Information and Expert Evidence: A Preliminary Taxonomy. *Seton Hall Law Rev.* ISSN:0586-5964. V 34, N 1 (2003), pp. 141-189, p. 183. Como explicam os autores, a maioria de todas as *expert witnesses* nos processos judiciais norte-americanos são profissionais médicos cujo papel mais comum é oferecer uma avaliação do estado clínico de um indivíduo - sua condição (diagnóstico), suas causas ou suas perspetivas futuras (prognóstico) - e essas avaliações são frequentemente julgamentos clínicos *não científicos*, da mesma forma que o testemunho do engenheiro em Kumho Tyre *não era científico*. Por isso os autores concluiem que não deixa de ser irónico que, na verdade, também em Daubert ou Joiner se poderia equacionar como *não científico* o conhecimento apresentado pelas *expert witnesses.*

Estava, pois, instalada uma das discussões pós Daubert que não tinha merecido prioridade nas críticas a Frye: qual a área de aplicação do conhecimento *científico*. A doutrina que há muito ia analisando o problema do escopo da aplicabilidade de Daubert cultivava uma linha mais comprometida ao nível da teoria epistemológica, não deixando de esclarecer que alguns dos critérios de admissibilidade se aplicavam a toda as áreas do conhecimento (p. ex. a revisão por pares) e outros apenas às ciências exatas (p. ex. o verificacionismo).

O tribunal esclareceu que a obrigação de *gatekeeping* trabalhada no acórdão Daubert se aplicaria não apenas à produção de prova de natureza *científica*, mas a toda a prova de natureza técnica e especializada, até porque a FRE 702 não fazia distinção relevante entre conhecimento científico, técnico ou outro especializado, aplicando o critério da confiabilidade a todo o tipo de conhecimento dentro do seu escopo. Para o Supreme Court, na decisão Daubert apenas foi feita a referência ao conhecimento *científico* porque essa era a natureza do conhecimento que estava em discussão, mas a lógica probatória subjacente à determinação do papel *gatekeeping* desenvolvido em Daubert não se limitaria a esse tipo de conhecimento. A sustentar a sua decisão, lembraram os juízes que seria difícil, se não impossível, para os julgadores administrarem as regras probatórias sob as quais uma obrigação de *gatekeeping* dependesse de uma distinção entre conhecimento *científico* e conhecimento *técnico* ou *outro especializado*, já que não existe uma linha clara dividindo uns dos outros e nenhuma necessidade convincente de fazer tais distinções[746]. Para nós, este abandono do paradigma da demarcação entre conhecimento *científico* e *não científico* é o mais adequado para os fins da administração da justiça porque o critério mais adequado para efeitos de admissibilidade de prova não será a natureza do conhecimento, mas a sua confiabilidade.

A tarefa a partir daqui passaria por determinar a confiabilidade das informações prestadas pelos especialistas considerando as peculiaridades do caso. Nessa medida, a tarefa de oferecer alguma lista de fatores ou critérios *a priori* para avaliar a confiabilidade de qualquer tipo de prova pericial perde o seu sentido. Por isso a decisão mostra-se ainda hoje um marco porque expressamente afirmou que os fatores de Daubert não constituem uma lista de verificação definitiva, mas apenas orientadora, que podem ou não ser pertinentes na avaliação da

[746] Foram estas as palavras do tribunal: "There is no clear line that divides the one from the others. Disciplines such as engineering rest upon scientific knowledge. Pure scientific theory itself may depend for its development upon observation and properly engineered machinery. And conceptual efforts to distinguish the two are unlikely to produce clear legal lines capable of application in particular cases [...]. Neither is there a convincing need to make such distinctions. Experts of all kinds tie observations to conclusions through the use of what Judge Learned Hand called "general truths derived from... specialized experience".

confiabilidade do *expert testimony,* e que estarão sempre dependentes da natureza do assunto sobre o qual se produz o seu depoimento[747]. O ponto é que qualquer um dos fatores apresentados em Daubert poderá ou não ter aplicabilidade para oferecer provas periciais *não científicas*. Ponto assente é a consciência da heterogeneidade do conhecimento e por isso a investigação deve centrar-se nos princípios fundamentais pelos quais a validade de uma metodologia deve ser julgada no campo específico do conhecimento.

A conclusão a que chega o tribunal é que os fatores mencionados em Daubert nem sempre serão exigíveis ou dispensáveis, para todos os casos e para todos os tempos e que nem sequer se pode fazer, abstrata e previamente, subconjuntos de casos por categoria de especialista ou por tipo de conhecimento, já que tudo depende das circunstâncias particulares do caso *sub judice*. A decisão adota assim uma abordagem flexível que enfatiza a importância de identificar as circunstâncias particulares do caso específico em litígio[748].

Esclareceu, contudo, o Supreme Court que a posição assumida não nega a importância do *gatekeeping*, já que o seu objetivo é garantir a confiabilidade e a relevância da prova, ou seja, ter certeza de que um especialista, quer assente os seus conhecimentos em estudos académicos e/ou profissionais ou em experiência pessoal, emprega na sala do tribunal o mesmo nível de rigor intelectual que caracteriza a sua prática no respetivo campo de especialização. Esta nova interpretação parece refletir uma primazia num facto que se encontra para lá da etapa geral prevista em Daubert[749].

---

[747] Densificando esta ideia, resulta explicado na decisão que alguns dos fatores previstos em Daubert podem ser altamente relevantes para uma avaliação de certos tipos de *prova pericial não científicas*. O tribunal justificou que a testabilidade da metodologia oferecida pode ser pertinente num exame de *provas técnicas* e *não científicas*; que a revisão por pares e a publicação podem ser um fator importante no testemunho que envolva ciências sociais; e que a aceitação geral de uma metodologia dentro de uma disciplina específica será crucial na maioria dos casos, independentemente do tipo de conhecimento que é produzido. Noutras situações, esclareceu, as preocupações de confiabilidade podem concentrar-se no conhecimento ou experiência pessoal da *expert witness* indicada.

[748] Nas palavras do tribunal: "Engineering testimony rests upon scientific foundations, the reliability of which will be at issue in some cases... In other cases, the relevant reliability concerns may focus upon personal knowledge or experience [...]. The objective of that requirement is to ensure the reliability and relevancy of expert testimony. It is to make certain that an expert, whether basing testimony upon professional studies or personal experience, employs in the courtroom the same level of intellectual rigor that characterizes the practice of an expert in the relevant field». Por isso, reconheceu que o juiz de primeira instância deve ter bastante liberdade para decidir como determinar se o testemunho requerido pelas partes é confiável. Caso contrário, o juiz não teria a autoridade discricionária necessária nem para evitar procedimentos desnecessários de confiabilidade em casos ordinários em que a confiabilidade dos métodos de um especialista é tomada como certa, nem para questionar a confiabilidade do especialista e exigir procedimentos apropriados nos casos menos usuais ou mais complexos. A forma como essa abordagem flexível pode ser aplicada foi desenvolvida numa parte específica da decisão, em que o tribunal se envolve numa análise notavelmente detalhada do registo que ilustra o seu comentário: "Contrary to respondents' suggestion, the specific issue before the court was not the reasonableness in general of a tire expert's use of a visual and tactile inspection to determine whether over deflection had caused the tire's tread to separate from its steel-belted carcass. Rather, it was the reasonableness of using such an approach, along with Carlson's particular method of analyzing the data thereby obtained, to draw a conclusion regarding the particular matter to which the expert testimony was directly relevant. That matter concerned the likelihood that a defect in the tire at issue caused its tread to separate from its carcass".

[749] Pois que ao considerar que haverá testemunhas cuja especialização é baseada puramente na experiência, embora tenha sugerido que as perguntas de Daubert possam ser úteis na avaliação de testemunhos baseados na experiência, não destacou a testabilidade como o principal fator de preocupação, como fez em Daubert. Exemplo relevante apresentado pelo tribunal foi o do especialista em perfumes que seria capaz de distinguir mais de quarenta odores. Também pode ser significativo que, em Kumho, o tribunal tenha silenciado a distinção entre admissibilidade e suficiência da prova, muito embora na verdade nada que tenha sido afirmado neste caso seja explicitamente inconsistente com o que disse em

Relativamente à situação em apreço, o tribunal discutiu vários factos específicos do caso que tornaram razoável a decisão da primeira instância de excluir, por falta de confiabilidade, o testemunho do perito contratado pelos demandantes. Não tendo duvidado das suas qualificações, a exclusão do seu depoimento prendeu-se com a falta de confiabilidade da metodologia por si empregue[750]. Decorre da decisão que as dúvidas que desencadearam a investigação inicial do tribunal de julgamento foram razoáveis, assim como a conclusão final de que Carlson Jr. não poderia determinar com segurança a existência de defeitos no fabrico ou projeto do pneu. E, por isso, o Supreme Court revogou a decisão anterior.

5.3. CRÍTICAS

Pese embora tenha vindo a colocar um ponto final numa discussão mantida desde Daubert, a ampla margem de conformação que foi reconhecida ao tribunal de julgamento neste caso foi objeto de críticas, muitas aduzidas pelo setor mais preocupado com a incerteza e insegurança, que antevia que a coberto desta decisão persistiriam as batalhas pela admissibilidade de *expert testimony*.

A decisão foi também vista por alguns como um recuo em relação a Daubert e um regresso a Frye. Para os que assim entendiam, a abordagem flexível autorizou os tribunais a confiar na *aceitação geral* como o principal fator de decisão de admissibilidade de *expert testimony*[751]. Mas

---

Daubert. Para uma comparação direta entre as decisões de Daubert e esta que agora se analisa, *vide* BERGER, Margaret - The Supreme Court trilogy on the admissibility of expert testimony. In Federal Judicial Center - *Reference Manual on Scientific Evidence* [Em linha]. 3ª. ed. Washinston: The National Academies Press, 2011. [13.01.2010]. Disponível em https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/sciman0b.pdf. ISBN 0-309-21421-1. pp. 9-38, pp. 21 e ss.

[750] Lembrou o tribunal que o especialista apresentado pelos autores tinha admitido que o pneu deveria ter sido substituído ainda antes do acidente, por apresentar sinais de desgaste e já ter sido reparado anteriormente. Além disso, embora Carlson Jr. afirmasse que poderia determinar, por uma inspeção visual e tátil, quando um pneu se encontrava desgastado, levando-o a concluir que estava com defeito, o pneu em causa mostrava algumas das mesmas marcas que Carlson Jr. identificara como indicativas de desgaste por uso. Mas talvez ainda mais problemático para o tribunal fosse o facto de não ter sido encontrado nenhum registo de que outros especialistas usassem os mesmos critérios que Carlson Jr. e que ninguém tivesse discutido que o perito, se trabalhasse para Michelin, teria concluído num relatório pedido pelo empregador que um pneu semelhante estava com o mesmo defeito por motivos idênticos àqueles em que ele baseou a sua conclusão. Referiu-se com interesse na decisão que muito embora Carlson Jr. tenha alegado que os seus critérios eram precisos, nada em Daubert ou nas FRE impunha que os tribunais admitissem provas apenas pelo *ipse dixit* do especialista.

[751] A respeito, pronunciou-se Michael Hoenig, no seu artigo «New York "Gatekeeping": "Frye" and "Daubert" Coexist», em 1999, no qual afirmou "Kumho Tire says the general acceptance standard could be pivotal for trial judges even when non-science or experience-based expert testimony is proffered. Joseph Madonia, no artigo intitulado "Kumho Tire Steers New Course on Expert-Witness Testimony", escreveu "Thus, while superficially appearing to extend Daubert to an additional class of expert witnesses, Kumho Tire could just as easily end up being an excuse for courts to avoid Daubert altogether" - referências apresentadas por BERGER, Margaret - The Supreme Court trilogy on the admissibility of expert testimony, *op. cit.,* pp. 21 e ss. Esse mal-entendido sobre o papel da aceitação geral pode ter sido justificado por uma passagem em que o tribunal reconheceu a importância do requisito: "The objective of that requirement is to ensure the reliability and relevancy of expert testimony. It is to make certain that an expert, whether basing testimony upon professional studies or personal experience, employs in the courtroom the same level of intellectual rigor that characterizes the practice of an expert in the relevant field". Seguimos de perto a posição assumida por BERGER, Margaret - The Supreme Court trilogy on the admissibility of expert testimony, *op. cit.,* pp. 21 e ss, que defende que a referência a "the same level of intellectual rigor that characterizes the practice of an expert in the relevant field" não deve ser entendida como recuo ao *general acceptance test* de Frye. A autora, para justificar a sua divergência com a posição daqueles dois autores citados, invoca a *opinion* do juiz Posner no processo Rosen v. Ciba-Geigy Corp., (519 U.S. 819 (1996)) em que o autor, um fumador com historial de doenças cardíacas graves, processou o fabricante de um adesivo de nicotina que lhe havia sido prescrito pelo seu médico, com a esperança de deixar de fumar. O autor sofreu um ataque cardíaco no terceiro dia

este não parece ter sido o pretendido pelo tribunal nem a doutrina maioritária tem perfilhado essa opinião[752].

A decisão foi também criticada porque a exigência do mesmo rigor intelectual exigido ao perito não garantirá, por si só, que a sua prestação seja confiável. Por isso dizia-se que podendo revelar-se este um critério necessário, não deveria considerar-se critério suficiente para a decisão de admissibilidade da prova. Uma objeção mais fundamental vem daqueles que argumentam que este critério nem sequer deveria ser uma condição necessária. Para estes, as convenções científicas relativas ao conhecimento, atenta a natureza aberta da investigação científica, são inadequadas ao contexto judicial em que se exige uma resposta célere ao litígio e por isso neste contexto os peritos movem-se não pelas convenções científicas, mas pelos limites processuais[753].

Independentemente das críticas tecidas, esta decisão mostrou-se um importante marco na história da jurisprudência sobre o *expert testimony* e veio pôr fim a uma discussão mantida desde Daubert*,* que só se poderia resolver com uma estrutura conceitual única para avaliar a admissibilidade de todos os tipos de provas periciais[754]. Este caso vem então fechar o triângulo e firmar ponto assente quanto ao âmbito de aplicação de Daubert a todas as áreas de conhecimento especializado.

---

de uso do adesivo. Resultou provado que tinha continuado a fumar enquanto usava o adesivo, apesar de ter sido advertido a parar. O tribunal distrital negou provimento ao recurso, após excluir o depoimento do cardiologista do autor, reconhecido chefe de departamento da Universidade de Chicago, cuja opinião era de que o adesivo de nicotina precipitava o ataque cardíaco. O tribunal de recurso confirmou a decisão. O juiz Posner afirmou que o objetivo de Daubert "was to make sure that when scientists testify in court they adhere to the same standards of intellectual rigor that are demanded in their professional work" e continuou justificando a razão pela qual o juiz do tribunal de primeira instância havia concluído corretamente quando decidiu que depoimento proposto pelo cardiologista não atendeu a esse padrão: "...Nowhere in Fozzard's deposition is there an explanation of how a nicotine overdose (for remember that Rosen was smoking at the same time that he was wearing the patch) can precipitate a heart attack, or a reference to a medical or other scientific literature in which such an effect of nicotine is identified and tested. Since Fozzard is a distinguished cardiologist, his conjecture that nicotine can have this effect and may well have had it on Rosen is worthy of careful attention, even though he has not himself done research on the effects of nicotine. But the courtroom is not the place for scientific guesswork, even of the inspired sort. Law lags science; it does not lead it. There may be evidence to back up Fozzard's claim, but none was presented to the district court".

[752] Cf. BERGER, Margaret - The Supreme Court trilogy on the admissibility of expert testimony, *op. cit.,* pp. 21 e ss.

[753] Estas críticas foramd esenvolvidas por SANDERS, Joseph - Science, law, and the expert witness. *Law and Contemporary Problems* [Em linha]. V 72 (2009), pp. 63-90. [10.01.2022]. Disponível em http://www.law.duke.edu/journals/lcp. ISSN 239186, pp. 82 e 83.

[754] Cf. AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWERS - Standards and procedures for determining the admissibility of expert evidence after Daubert, *op. cit.,* p. 7.

6. REVISÃO DAS FEDERAL RULES OF EVIDENCE EM 2000

Por força da evolução tecnológica, da crescente dificuldade no acompanhamento das exigências cada vez mais complexas exigências da intervenção da ciência nos processos judiciais e das discussões jurisprudenciais e doutrinárias a que importava dar uma resposta, as FRE sofreram uma importante revisão em 2000[755]. As alterações efetuadas procuraram, entre outras questões, resolver o debate que havia surgido nos tribunais no final do séc. XX com a aplicação do padrão Daubert, codificando uma abordagem rigorosa e estruturada para admissibilidade de especialistas anunciada nessa trilogia.

Confrontando a atual redação das FRE, com aquela adotada em 1975, resulta evidente que as alterações preconizadas no ano 2000 forçaram uma nova configuração sobre a forma como pode ser produzido o *expert testimony.*

De entre as alterações e preocupações subjacentes deve destacar-se, em primeira linha, que, de forma consistente com a posição do Supreme Court apresentada em Kumho, a versão atual das FRE respondeu às dúvidas acerca da extensão de Daubert a todos os tipos de conhecimento especializado, sem se limitar aos campos de conhecimento científico e/ou técnico. Com efeito, a revisão não distinguiu entre a admissibilidade de produção de formas científicas e outras formas de testemunho de especialistas, pelo que se concluiu que a função de *gatekeeping* do tribunal de primeira instância se aplica ao testemunho de qualquer especialista.

---

[755] *Vide* COMMITTEE ON RULES OF PRACTICE AND PROCEDURE OF THE JUDICIAL CONFERENCE OF THE UNITED STATES - *Report of the Advisory Committee on Evidence Rules to the Standing Committee on Rules of Practice and Procedure* [Em linha]. Washington, s.n.: 1999. [09.12.2019]. Disponível em http://perma.cc/CS23- DNGX. O processo que originou estas alterações teve início em 1993 com a formação do Judicial Conference Advisory Committee on Evidence Rules. As FRE já tinham sofrido alterações em 1987, mas de ordem meramente técnica e formal, não se tendo operado qualquer mudança substantiva. Em 2011 e 2014 verificaram-se também ligeiras alterações à redação conferida por esta revisão de 2000, mas também elas se resumiram a alterações estilísticas, para tornar mais coerente o conjunto das regras. Umas e outras alterações, porque não tiveram como intenção ou o efeito de alterar os regimes e os resultados das decisões sobre a admissibilidade do *expert testimony* no regime em vigor, não serão por nós analisadas. Para uma análise mais produnda sobre os motivos das alterações de 2000 às FRE pode ler-se UNITED STATES CODE SERVICE - *USCS Federal Rules Evidence: rule 702*, *op. cit.,* pp. 11 e ss. A propósito dos pilares essenciais desta revisão, referiu o representante da Comissão da reforma «the amendment specifically provides that the trial court must scrutinize not only the methodology that was used by the expert, but also whether the methodology has been properly applied to the facts of the case", "an analysis of the expert's basis cannot be divorced from the ultimate reliability of the expert's opinion.... [and that] the question of whether the expert is relying on an adequate and reliable basis of information - whether admissible information or not - is governed by the reliability requirement of Rule 702" e "the amendment does not distinguish between scientific and other forms of expert testimony.... [but noted that] some expert testimony will be more objectively verifiable, and subject to the expectations of falsifiability, peer review, and publication». Concluindo, por isso «the trial court's gatekeeper function requires more than simply 'taking the expert's word for it» - cf. ADVISORY COMMITTEE ON EVIDENCE RULES - [Em linha]. New York, 1998. [02.01.2020]. Disponível em https://www.uscourts.gov/sites/default/files/2019-05-evidence-agenda-book.pdf, pp. 6 e 7. No anexo F encontram-se as FRE alteradas à luz desta revisão que são neste ponto por nós referidas.

E mais do que isso, esta nova configuração rejeitou a premissa de que o testemunho de um especialista deve ser tratado de forma mais permissiva quando está fora do campo científico e assim concretizou expressamente a doutrina estabelecida na última decisão da trilogia Daubert, sem que também deixasse de admitir variações quanto aos critérios que devem ser atendidos na decisão da sua admissibilidade, em função das particularidades do caso individual e do tipo de prova a produzir[756]. Por isso se tem já por assente que as regras do *expert testimony* são extensíveis a todos os tipos de testemunho especializado e esta prova encontra-se sujeita a um juízo de admissibilidade do tribunal de julgamento, que apenas o deve admitir se a prova se mostrar relevante e confiável (FRE 104 (a))[757].

Além disso merece destaque a novidade estabelecida pela FRE 704, conhecida por *ultimate issue*. Partindo da configuração original de que, por via de regra, o depoimento dos especialistas podia ser prestado relativamente a todos os factos, mesmo que conclusivos, a reforma de 2000 estabeleceu uma exceção: nos processos de natureza criminal, as *expert witnesses* não se podem pronunciar sobre o estado mental ou condição em que o arguido se encontrava aquando da prática do ilícito de que é acusado, uma vez que tal conclusão recai na esfera de competências do *trier of fact.* Tal exceção justifica-se, nesta conceção adversarial do modelo de prova pericial, pela necessidade de eliminação do "espetáculo confuso de testemunhas peritos concorrentes" que atestam consequências contraditórias dos mesmos factos e que dificultaria a apreciação pelo juiz e pelo júri, sobretudo porque na prática era frequente a ocorrência de saltos lógicos no raciocínio do perito quando se exigia que apresentasse, na sua análise, uma relação provável entre conceitos médicos e jurídicos. Perante tais dificuldades, o Senate Judiciary Committee reconheceu que os especialistas em saúde mental não têm capacidade especial para tirar conclusões legais sobre a

[756] A reforma teve, pois, especial cuidado de não detalhar os fatores que o juiz de julgamento deve usar para avaliar a confiabilidade porque quanto mais detalhados os fatores, mais provável seria que alguns deixassem de ser aplicados. O risco de deixar de fora fatores importantes de confiabilidade é elevado porque especialistas em diferentes áreas usarão metodologias diferentes e seria muito difícil descrever uma lista abrangente de fatores de confiabilidade que cobrissem o testemunho de todos os especialistas. Isto porque se alguns tipos de depoimentos de especialistas serão mais objetivamente verificáveis, e sujeitos às expectativas de falseabilidade, revisão por pares e publicação, outros casos de testemunho especializado não se baseiam num método científico e, portanto, terão de ser avaliados por referência a outros princípios da área específica de conhecimento em que se inserem. O essencial será, então, que em qualquer caso o juiz considere que o depoimento se encontra devidamente fundamentado, só assim sendo admissível. Este entendimento já tinha sido desenvolvido pelo AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWERS - *Standards and procedures for determining the admissibility of expert evidence after* Daubert*, op. cit.*

[757] A propósito da indefinição das situações em que deve ser produzido este tipo de testemunho, refere o Comité da reforma "There is no more certain test for determining when experts may be used than the common sense inquiry whether the untrained layman would be qualified to determine intelligently and to the best possible degree the particular issue without enlightenment from those having a specialized understanding of the subject involved in the dispute" - vide *Notes of Advisory Committee on Proposed Rules*, já citadas. Assim, a exclusão deste tipo de prova apenas poderá ser justificada se se mostrar inútil, supérflua ou meramente dilatória.

inimputabilidade dos arguidos e procurou eliminar o testemunho pericial conclusivo sobre estas questões[758].

As alterações reafirmaram ainda o papel do tribunal de primeira instância como *gatekeeper* e forneceram alguns padrões gerais que o juiz que decide a admissibilidade das provas deve usar para avaliar a confiabilidade e a utilidade da prova pericial[759]. Sem deixar de sofrerem influência da decisão do caso Daubert também nesta sede, estes novos critérios fixaram que a apreciação do juiz não se deve centrar somente nos princípios e na metodologia objeto do *expert testimony*, mas também nas conclusões. A revisão previu especificamente que o tribunal de primeira instância deve examinar não apenas os princípios e métodos usados pelo especialista, mas também se esses princípios e métodos foram aplicados adequadamente aos factos do caso. E, além disso, exigem ao tribunal que faça uma análise quantitativa e não meramente qualitativa do testemunho, ao determinar que seja baseado em factos ou dados suficientes porque o foco, como declarado em Daubert, não serão as conclusões, mas os princípios e metodologia aplicados.

---

[758] Mas para o Comité Consultivo da reforma, impedir a intervenção dos especialistas em questões conclusivas seria impedir que o tribunal conhecesse de aspetos que se poderiam relevar importantes e poderia causar complicações de ordem prática sobre aquilo que poderia ou não ser objeto do depoimento - *vide* Notes of Advisory Committee on Proposed Rules já citadas. Esta reforma tem o mérito de admitir o depoimento sobre estas questões conclusivas, mas em casos mais graves excecionar essa possibilidade. Sobre as críticas à admissibilidade da intervenção dos especialistas sobre questões conclusivas e a sua aplicação pelos tribunais, ainda antes da reforma de 2000 às FRE, REILLY, Sean P. - Federal rule of evidence 704 (b): a remedy in need of a cure. *Regent University Law Review* [Em linha]. V 28 (1987), pp. 111-136. [10.12.2019]. Disponível em https://www.regent.edu/acad/schlaw/student_life/studentorgs/lawreview/docs/issues/v28n1/11_Reilly_vol_28_1.pdf. ISSN 1056-3962 e sobre a origem desta exceção, pode ler-se, por todos, BRASWELL, Anne Lawson - Resurrection of the ultimate issue Rule Federal Rule of Evidence 704 (b) and the insanity defense. *Cornell Law Review* [Em linha]. V 72 (1987), pp. 620-640. [10.12.2019]. Disponível em https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol72/iss3/8/. ISSN 00108847, p. 625 e ss. Sobre as dificuldades de ordem prática sentidas pelos tribunais no cumprimento desta disposição, pode ler-se BUCHANAN, Alec - Psychiatric evidence on the ultimate issue. *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* [Em linha]. V 26, N 36 (2006), pp. 14-21. [10.09.2019]. Disponível em http://jaapl.org/content/34/1/14. ISSN 1093-6793 e FISHER, Carl E. *et al.* - Toward a jurisprudence of psychiatric evidence: examining the challenges of reasoning from group data in psychiatry to individual decisions in the Law. *University of Miami Law Review* [Em linha]. V 1 (2004), pp. 685-754. [10.09.2019]. Disponível em https://lawreview.law.miami.edu/jurisprudence-psychiatric-evidence-examining-challenges-reasoning-group-data-psychiatry-individual-decisions-law/. ISSN 0041-9818, pp. 704 e ss. Os autores apresentam o seguinte exemplo para ajudar a compreender a complexidade de aplicação prática desta disposição: a questão "tem a pessoa capacidade para fazer um testamento?" seria excluída, enquanto a pergunta "tinha a pessoa capacidade mental suficiente para conhecer a natureza e a extensão de sua propriedade e os objetos naturais e formular um esquema racional de distribuição?" seria permitida.

[759] Não podemos esquecer que os critérios apresentados em Daubert para auxiliar o juiz na sua decisão de admissibilidade não haviam sido objeto de qualquer tipo de codificação, tanto mais que, naquela decisão, o Supreme Court firmou não se tratarem de critérios exaustivos ou dispositivos. Essa foi a razão, pela qual, como vimos, muitos tribunais se foram afastando dessas linhas orientadoras ou se viram forçados a densificar e desenvolver outras regras para desidir sobre a admissibilidade deste tipo de prova. De entre estes fatores encontramos os seguintes:

1) se os especialistas se propõem testemunhar sobre conhecimentos decorrentes de estudos anteriores e independente do litígio, ou sobre estudos desenvolvidos especificamente em torno do caso em que se propõe testemunhar (no já citado Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.);

2) se o especialista extrapolou injustificadamente uma premissa aceite para uma conclusão infundada (como se observou no já referido caso Joiner, em alguns casos um tribunal de julgamento pode concluir que existe uma lacuna analítica simplesmente muito grande entre os dados e a opinião apresentada);

3) se o especialista respondeu adequadamente e apresentou explicações alternativas (no caso Claar v. Burlington N.R.R., 29 F.3d 499 (9ª Cir. 1994) o testemunho foi excluído quando o especialista não considerou outras causas óbvias para os factos em discussão);

4) se o especialista foi tão cuidadoso quanto seria no exercício da sua profissão (não só no caso Kumho, mas também posteriormente em Sheehan v. Daily Racing Form, Inc., 104 F.3d 940, 942 (7a Cir. 1997);

5) se é sabido que o campo de conhecimento reivindicado pelo especialista alcança resultados confiáveis para o tipo de opinião a que se propõe (o fator de aceitação geral não ajuda a mostrar que o testemunho de um especialista é confiável quando a própria disciplina não possui confiabilidade, como, p. ex., as teorias fundamentadas nos chamados princípios geralmente aceites de Astrologia, Necromancia ou Ecologia clínica, como são exemplos as decisões Moore v. Ashland Chemical, Inc., 151 F.3d 269 (5a Cir. 1998) e Sterling v. Velsicol Chem. Corp., 855 F.2d 1188 (6a. Cir. 1988).

Assim, uma das grandes alterações introduzidas às FRE concretizou-se na adoção de índices de confiabilidade da prova pericial, indicados na nova FRE 702[760]. A mudança acrescentou à disposição original quatro requisitos - dos quais apenas três são novidade, considerando que o primeiro decorria já da FRE 401 de 1975 - orientadores para a decisão de admissibilidade da produção de *expert testimony:*

1) a prova pericial ajudará o tribunal a melhor compreender as provas ou os factos em discussão (*relevant*);
2) o conhecimento assenta em factos ou dados credenciados e suficientes (*relevancy*);
3) o conhecimento especializado é produto de princípios e métodos confiáveis (*reability*);
4) o especialista aplicou os princípios e métodos aos factos em litígio de maneira adequada (*fitness*).

No seguimento das discussões doutrinais e jurisprudenciais fomentadas pela trilogia Daubert e pela nova configuração do *expert testimony,* as FRE e as Federal Rules of Civil Procedure dos EUA[761] também sofreram diversas alterações e preencheram algum vazio notado nos processos de natureza civil. A regra 26 (2) das Federal Rules of Civil Procedure é a mais significativa para efeitos da presente investigação e exige que a parte que requer a produção de *expert testimony* apresente um *mandatory expert report,* assinado também pelo perito, com antecedência de noventa dias até à data designada para o julgamento, de onde constem, entre outras informações:

- identificação completa da identidade do perito;

- descrição da sua experiência e qualificações (mediante a inserção de uma lista de onde constem todas as publicações da autoria do perito nos 10 anos antecedentes);

- indicação de todos os processos judiciais em que tenha testemunhado na mesma qualidade nos quatro anos anteriores;

- declaração de qual será o teor do depoimento que irá prestar em julgamento e quais as bases que o suportam;

- indicação dos honorários que serão pagos pelo serviço prestado.

[760] Outras novidades foram concretizadas pela reforma de 2000 às FRE, mas não serão aqui desenvolvidas porque carecem de relevância para o nosso objetivo final.

[761] A primeira versão das Rules of Civil Procedure para os District Courts foi adotada por ordem do Supreme Court a 20 de dezembro de 1937 e entrou em vigor em 3 de janeiro de 1938. Ao longo dos anos foram sofrendo significativas revisões, a última das quais a 1 de dezembro de 2018. A versão atual pode ser consultada em https://www.uscourts.gov/sites/default/files/cv_rules_eff._dec._1_2018_0.pdf [10.09.2022]. As alterações que analisamos verificaram-se em 2010.

Esta parece ter sido a forma de assegurar que os tribunais, nos processos de natureza cível, asseguram a sua função de *gatekeeper* segundo a doutrina Daubert e de fazer face às inúmeras críticas que têm sido levantadas ao modelo adversarial de *expert testimony* e de que daremos conta já de seguida. É que, apesar dos esforços encetados, permanecia em aberto a questão que se prendia com a forma como as conclusões do especialista deveriam ser apresentadas ao júri, já que os tribunais vinham manifestando alguma dificuldade em cumprir esta tarefa.

De facto, apesar do cuidado em fixar critérios razoavelmente abrangentes para terem aplicação a todo o tipo de conhecimento, a concretização desses esforços acabou por não favorecer uma uniformidade nem simplificação das decisões dos juízes na determinação da confiabilidade da *prova científica*, mesmo após a reforma da FRE 702. Isto porque a afirmação de que o juiz do processo, ao verificar a confiabilidade da *prova científica* para o julgamento da sua admissibilidade não pode desconsiderar as conclusões não devia ser entendida como uma exigência ao tribunal para que se apropriasse da tarefa do especialista e realizasse uma investigação que utilizasse os recursos de competência da ciência e da tecnologia. Efetivamente, o pensamento que lhe está subjacente procura somente forçar o juiz a verificar se os argumentos do especialista não reportam uma lacuna analítica entre os dados utilizados e as conclusões.

A confusão parece subsistir porque se na FRE 702 se estabelece, de entre os critérios mencionados de confiabilidade da prova pericial como condições à sua admissibilidade, a suficiência de factos e dados, na FRE 703 mostra-se previsto que se os factos ou dados em que o perito se baseia para prestar o seu depoimento forem aceites por especialistas na área respetiva do conhecimento, esses factos ou dados não têm que ser admissíveis para que a opinião seja admitida (fala-se a respeito do requisito da confiança razoável); mas se esses factos ou dados não forem admissíveis, o proponente do parecer só poderá divulgá-los ao júri se o seu valor probatório, para ajudar o júri a avaliar o parecer, superar substancialmente o seu efeito prejudicial (FRE 703). Ora, se o primeiro requisito é uma condição de admissibilidade da prova pericial, o segundo será condição de credibilidade[762].

[762] Duas decisões, consideradas incorretas à luz das novas FRE 702 e 703, têm sido dadas como exemplo.

No caso Metaboline International, Inc. v. Wornick 264 F. 3d 832 (Ninth Circ. 2001) a prova pericial foi excluída pelo tribunal de primeira instância porque os especialistas se limitaram a indicar as suas fontes de informação sem explicar precisamente a forma pela qual haviam sido aplicadas ao caso específico. Para o tribunal não se mostrou cumprinda assim a recente alteração da FRE 702, que exigia que os especialistas não procurassem apenas dados suficientes e uma metodologia teoricamente confiável, mas também que fizessem uma aplicação correta ao caso. Para o tribunal, este seria, portanto, um elemento que deveria ser controlado pelo juiz, cujo resultado negativo determinaria uma declaração de inadmissibilidade do *expert testimony.* Julgada em recurso esta decisão, parece ter errado a segunda instância que qualificou como *abuse of discretion* a decisão de inadmissibilidade adotada pelo juiz de primeira instância - cf. DOMINIONI, Oreste - *La prova penale scientifica: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione, op. cit.,* p. 200.

Partindo da exposição anteriormente apresentada, parece-nos chegado o momento de olharmos de forma mais detalhada a atual prática judiciária vivida nos EUA, para depois evidenciarmos as críticas que têm sido apontadas ao modelo adversarial de produção de prova pericial e para as propostas que surgiram para aperfeiçoamento do modelo. De entre estas, não poderemos deixar de conferir particular atenção à reivindicação frequente e veemente da doutrina e jurisprudência ao recurso de peritos independentes, num modelo que se parece aproximar ao modelo de prova pericial adotado nos países de matriz romano-germânica. Terminaremos este capítulo questionando se estaremos a assistir a uma aproximação do modelo adversarial de perícias norte americano ao modelo público de perícias, como o português.

7. ATUAL PRÁTICA E CRÍTICAS AO MODELO

Na mesma linha, desta vez polarizada na exigência de factos ou dados suficientes, foi criticada a decisão do tribunal no caso United States v. Dico, Inc. 226 F. 3d 864 (Eight Circ. 2001). O processo foi instaurado pelo Governo para recuperação dos custos suportados com a reabilitação de aquíferos que se supunha terem sido contaminados pela atividade da empresa Dico. Para suportar a sua alegação, o Governo indicou como seu *expet witness* um hidrogeologista que realizou uma amostragem básica com base na qual concluiu que a poluição da água havia sido causada pelos efluentes provenientes das plantas daquela empresa demandada. Esta, ao opor-se à admissão do julgamento, invocou que a base factual das conclusões do especialista era insuficiente porque ele analisara o estado do solo com amostras de núcleo limitadas, que não permitiam estabelecer se a poluição era derivada da atividade da sua empresa ou de outras que operavam no mesmo local com recurso às mesmas substâncias tóxicas. A esta objeção, o tribunal de recurso respondeu que a base factual da opinião de um especialista estaria relacionada com a credibilidade da testemunha e, portanto, competiria à contraparte, no exercício do contraditório, examiná-la adequadamente. Esta decisão, no entanto, parece contrastar com a nova FRE 702, que identifica os factos ou dados suficientes nos quais a opinião do especialista se deve basear como um requisito de admissibilidade e não como uma questão de eficácia persuasiva da prova. Enquanto a FRE 702 estabelece o requisito geral de admissibilidade e a suficiência da base do testemunho, a FRE 703 prevê o requisito da confiança razoável das informações prestadas pelo especialista. Se essas informações forem partilhadas por outros especialistas da área, então poder-se-á nelas apoiar para formular a sua opinião. No entanto, a questão de saber se o especialista apresenta o seu contributo com base suficiente de informações, sejam informações admissíveis ou não, é regida pelos requisitos da FRE 702. Daí que não seja rara a confusão sentida na prática judicial na aplicação destas duas regras. Apesar da confusão que sempre verificou na articulação entre as FRE 702 e 703, a alteração do seu texto deixou claro que a suficiência da base do testemunho de um especialista deve ser decidida de acordo com a FRE 702. É esta a regra que estabelece a exigência de confiabilidade e uma análise da suficiência da base de especialistas não pode ser separada da confiabilidade da opinião do especialista. Por outro lado, o requisito de confiança razoável da FRE 703 estabelece que quando um especialista confia em informações inadmissíveis para formular a sua opinião, o tribunal deve determinar se o seu valor probatório em auxiliar o júri se sobrepõe ao seu efeito prejudicial. A alteração a esta regra procurou sobretudo enfatizar que, quando um especialista confia razoavelmente em informações inadmissíveis para formar uma opinião ou inferência, a informação subjacente não pode ser admissível simplesmente porque a opinião ou inferência é admitida. Esta nova redação assegura então que o depoimento dos especialistas não possa resultar numa exceção às demais regras de prova. Sucede que estudos doutrinais desenvolvidos uma década após esta nova configuração atestam que a divulgação de provas de outra forma inadmissíveis ainda pode ser esperada num número substancial de casos, pelo que se apela, na doutrina, à previsão de maiores limites à avaliação do testemunho dos especialistas - cf. VOLEK, Ian - Federal rule of evidence 703: the back door and the confrontation clause, ten years later. *Fordham Law Review* [Em linha]. V 80 (2011), pp. 959-1001. [21.10.2019]. Disponível em http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol80/iss2/17. ISSN 0015-704X, p. 990.

O importante a reter das páginas anteriores é que as alterações de 2000 às FRE procuraram resolver o debate vivido nos tribunais dos EUA nos anos 90, codificando uma abordagem que se pretendia mais rigorosa e estruturada para a admissibilidade de *expert testimony*, anunciada na trilogia Daubert. Como já demos nota, a superação progressiva da aceitação geral pela função de *gatekeeping* foi concebida como a passagem de uma conceção conservadora para uma mais atualizada para a nova ciência. Contudo, na prática, inúmeras dificuldades sentidas pelos juízes na aplicação de Daubert levam até a questionar se não se vivia um ponto de retorno ao *Frye test*.

A maior e principal dificuldade que tem vindo a ser reportada não se afasta daquela que é sentida no modelo adotado na tradição continental pelo facto de os critérios de confiabilidade de Daubert exigirem que os juízes avaliem criticamente a qualidade das provas oferecidas e façam julgamentos sobre o seu mérito científico. Parte da preocupação é que os juízes que avaliam a confiabilidade das metodologias científicas e demais conhecimentos especializados têm pouca ou nenhuma experiência em disciplinas científicas e muitas vezes carecerem de ferramentas ou conhecimentos para tomar decisões bem informadas[763]. Ora, se a decisão Khumo aspirava assegurar que os cientistas trouxessem o mesmo nível de rigor intelectual ao tribunal que no seu trabalho científico, não deixa de parecer paradoxal que a discussão que depois se colocou fosse a de saber até que ponto os tribunais ficaram aquém desse objetivo.

Efetivamente, volvidas duas décadas após a grande revisão das FRE, os estudos desenvolvidos pela doutrina mostram que essas alterações apenas parcialmente se fizeram

[763] Estes receios são devidamente desenvolvidos por CAUDILL, David S. - Lawyers judging experts: oversimplifying science and undervaluing advocacy to construct an ethical duty? *Pepperdine Law Review* [Em linha]. V 38 (2011), pp. 675-710. [16.01.2020]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1874947. ISSN 0092-430X. Um estudo desenvolvido em 2007 concluiu que a capacidade e conhecimento dos juízes para analisar provas de ADN é muitas vezes igual ao conhecimento geral dos jurados e, em muitos dos casos analisados, os juízes tinham menos estudos e conhecimentos em matemática e ciências do que alguns jurados. Na conclusão do estudo o autor sugere que a sua capacidade de desempenhar sua função de *gatekeeping* é questionável - cf. HANS, Valerie P. - Judges, juries, and scientific evidence. *Cornell Law Faculty Publications [Em linha]. V 16, N 1 (2007), pp. 19-46. [18.01.2020].* Disponível em https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/302/. ISSN 0010-8847, pp. 28-31. Este estudo comprova outro realizado já em 2001, em que uma equipa avaliou o conhecimento judicial dos princípios científicos básicos envolvidos em Daubert. Lê-se no estudo que quando perguntado aos juízes sobre a eficácia dos fatores Daubert (falseabilidade, taxa de erro, publicação e revisão por pares e aceitação geral) a grande maioria concordou que esses fatores foram úteis para avaliar os depoimentos dos especialistas. No entanto, os juízes que concordaram com essa afirmação foram em grande parte incapazes de fornecer uma definição adequada para os fatores de falseabilidade e taxa de erro. Com base nos dados, concluíram os investigadores que embora os juízes endossem o papel ativo de *gatekeeping* definido por Daubert, muitos podem não ter o conhecimento científico exigido para desempenhar tal função - cf. GATOWSKI, Sophia I. *et al.* - Asking the gatekeepers: a national survey of judges on judging expert evidence in a post-Daubert world. *Law and Human Behavior* [Em linha]. V 25 (2001), pp. 433-458. [15.01.2020]. Disponível em https://link.springer.com/article/10.1023/A:1012899030937. ISSN 1573-661X. No mesmo sentido, Susan Haack, tecendo um comentário crítico quanto às formações de poucas horas sobre ADN, expressa preocupação com o risco de dar aos juízes a falsa impressão de que eles são qualificados para fazer determinações científicas, quando não é realista esperar que algumas horas num seminário de ciências transformem os juízes em cientistas competentes para fazer julgamentos científicos - tal como não seria credível que algumas horas num seminário com conteúdos de Direito pudessem transformar cientistas em juízes competentes para fazer determinações jurídicas. Por isso reconhece a autora que se mostra necessário formar os juízes sobre aspetos essenciais de probabilidade, dando-lhes uma noção de como as amostras podem ser malconduzidas ou alguns erros cometidos no laboratório e que situações desse tipo poderiam afetar os resultados. Cf. HAACK, Susan - Trial and error: the supreme court's philosophy of science, *op. cit.,* p. 69. Todavia, verifica-se um afastamento do modelo típico de prova pericial dos países de tradição romano-germânico porque nos EUA se exige dos peritos uma exposição mais aprofundada e fundamentada de razões objetivas que justifiquem as conclusões do seu testemunho.

repercutir na prática judiciária. Muitos tribunais continuam a resistir e a não assegurar o *gatekeeping*, desconsiderando a FRE 702 ou fazendo uma reinterpretação dessa regra. Os tribunais que, antes da alteração de 2000 às FRE, já mostravam relutância a assumir a função de *gatekeeper*, após a reforma continuam a desconsiderar a intenção clara da FRE 702 (d) e a limitar a sua análise de depoimentos de especialistas apenas à confiabilidade da metodologia, deixando recair sobre o júri a reflexão em torno da confiabilidade da aplicação dessa metodologia ao caso concreto[764]. Acresce ainda que alguns tribunais interpretaram mal a intenção do Committee de alterar as FRE em resposta a Daubert, considerando que se manteria intacta a jurisprudência anterior. Outros ainda estão presos ao teste de aceitação geral ou aplicam um padrão Daubert ou Frye modificado, havendo autores que manifestam inclusivamente uma tendência para o retorno ao padrão estabelecido em Frye[765].

Tudo isto resulta numa administração desigual da justiça, já que a proteção contra os depoimentos de especialistas não confiáveis se manteve dependente da opção tomada por cada tribunal[766]. Situação que contraria não só as intenções das alterações concretizadas em 2000, como ainda a intenção mais ampla do Congresso de uma aplicação uniforme das FRE em todo o país. Mais importante ainda, o fracasso das alterações de 2000 prejudicou um dos objetivos

[764] Cf. caso City of Pomona v. SQM N. Am. Corp., 750 F.3d 1036, 1047 (9th Cir. 2014).

[765] A título exemplificativo, FOSTER, Kari L. - Expert testimony: Frye is dead, long live Frye - Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., *op. cit;* DOMINIONI, Oreste - *La prova penale scientifica: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione, op. cit.,* pp. 201 e ss. O que vem sendo de descrever parece só ganhar uma dimensão prática quando se faz uma consulta da informação constante do site *The expert Institute*, no qual nos é apresentada uma tabela com a indicação dos vários estados dos EUA e, relativamente a cada um deles, qual a regra e o padrão seguido pelos seus tribunais. Para uma ideia geral, em 24 dos estados, os tribunais aplicam a doutrina Daubert*;* em 6, os tribunais aplicam padrão Frye*;* em 2 deles, há uma combinação entre os dois critérios; uma modificação de Daubert é aplicada em 9 dos estados e nos restantes os tribunais aplicam uma interpretação e/ou combinação de destas e/ou de outras decisões. Para maiores detalhes, consulte-se o site https://www.theexpertinstitute.com/daubert-versus-frye-a-national-look-at-expert-evidentiary-standards/ [16.12.2019]. David Bernsteis, a este propósito, evidencia que não deixa de ser irónico que o *Frye test* tenha sendido um amadurecimento por força da trilogia Daubert*,* que só existe pela sua anulação pelos tribunais. Chama, todavia, atenção para o facto de as jurisdições que ainda aplicam o padrão Frye se mostrarem divididas quanto à sua aplicação exclusiva às metodologias ou estendida também às conclusões - do autor, Frye, Frye, again: the past, present, and future of the general acceptance test, *op. cit.*

Numa tentativa de superar as dificuldades de aplicação prática dos critérios apresentados em Daubert, Erica Beecher-Monas propõe adoção de um modelo heurístico para admissibilidade de *expert testminony*, que descreve em cinco passos básicos: "First, the judge must identify and understand the underlying theory and hypothesis. Second, in order to determine whether the theory is supportable, the judge must examine all of the available information-human studies, animal studies, cellular studies, and chemical structure-in concert. Third, where there are information gaps (which are inevitable), judges should fill them with scientifically justifiable default assumptions. Fourth, the judge should conduct an inquiry into the methodology (including the laboratory or observational methods as well as statistical methodology) and assess whether it conforms to generally acceptable practices in the field. Finally, the judge must put all this information together in such a way as to make a probabilistic assessment of the strength of the links between theory, assumptions, methodology, and the conclusion the expert espouses" - cf. BEECHER-MONAS, Erica - The heuristics of intellectual due process: a primer for triers of Science. *New York University Law Review* [Em linha]. V 75 (2000), pp. 1563-1657. [22.01.2020]. Disponível em https://digitalcommons.wayne.edu/lawfrp/307/. ISSN 0028-7881, p. 1590. Nas páginas seguintes a autora explora, minuciosamente, cada um destes passos.

[766] Para um maior desenvolvimento, BERNSTEIN, David E.; LASKER, Eric G. - Defending Daubert: it's time to amend federal rule of evidence 702. *William & Mary Law Review* [Em linha]. V 57, N 1 (2015), pp. 1-48. [17.01.2020]. Disponível em https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/LS1529.pdf. ISSN 2374-8524, pp. 8 e 9.

principais daquela codificação, que seria o de promover o desenvolvimento do direito probatório, a fim de alcançar a verdade e garantir uma composição e decisão justa dos litígios[767].

Procurando compreender a razão pela qual alguns tribunais têm continuado a resistir à mudança revolucionária[768] sobre a admissibilidade do *expert testimony*, a doutrina tem esclarecido que a redação das alterações não foi totalmente feliz porque a linguagem não é suficientemente objetiva para impor aos juízes a sua função de *gatekeeper*. Por isso, tem apelado à conclusão do trabalho iniciado em 2000 e a uma nova revisão para assegurar os intentos de Daubert e proteger efetivamente as partes e os júris do impacto de provas não confiáveis, ainda produzidas em inúmeros julgamentos[769].

Um novo Comité para uma nova revisão das FRE já foi criado e tem vindo a discutir algumas propostas para alteração da redação da FRE 702. Uma das propostas visa impedir que as *expert witnesses* possam atribuir maior grau de confiabilidade ao seu depoimento do que aquele que realmente lhe deveria ser reconhecido, assim evitando uma sobrevaloração do seu depoimento. Outra centra-se na alteração do texto dessa regra de maneira a determinar, expressamente, que compete ao juiz, aquando do julgamento de admissibilidade da prova pericial, assegurar que o depoimento da testemunha especialista se suporta em factos suficientes - assim se esclarecendo definitivamente que essa tarefa cabe ao juiz e não ao júri[770].

Mas a discussão em torno do modelo do *expert testimony* não se fica pelas dificuldades práticas sentidas no desempenho do *gatekeeping*. O debate mais aceso entronca-se num plano anterior: no modelo adversarial da prova pericial. Com efeito, o descontentamento com o modelo adversarial de prova pericial norte-americano é antigo e generalizado[771]: testemunhas especialistas

---

[767] Cf. MILLS, James L.; ALEXANDER, Duane - Teratogens and litogens. *New England Journal Medicine* [Em linha]. N 315 (1986), pp. 1234-1236. [16.01.2020]. Disponível em https://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/NEJM198611063151925. ISSN 1533-4406 e o artigo de opinião intitulado Federal Judges vs. Science, publicado na secção 1, p. 22 do *New York Times* (27.12.1986). [17.01.2010]. Disponível em https://www.nytimes.com/1986/12/27/opinion/federal-judges-vs-science.html.

[768] Nas palavras de David E. Bernstein, "the emergence of the Daubert - 702 reliability test for *expert testimony* is probably the most radical, sudden, and consequential change in the modern history of the law of evidence". Do autor, The unfinished Daubert revolution, *op. cit.*

[769] Por todos, pode ler-se BERNSTEIN, David E.; LASKER, Eric G. - Defending Daubert: it's time to amend federal rule of evidence 702, *op. cit.* Para alguns autores, a atual prática vem reforçar as necessidades de revisão do regime de prova pericial - cf. GOODWIN, Robert J. - Fifty years of Frye in Alabama: the continuing debate over adopting the test established in Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., *op. cit,* p. 238.

[770] Cf. ADVISORY COMMITTEE ON RULES OF EVIDENCE - *Advisory Committee on Rules of Evidence Spring 2019 Meeting* [Em linha]. Washington, s.n.: 2019. [13.01.2020]. Disponível em https://www.uscourts.gov/sites/default/files/2019-05-evidence-agenda-book.pdf. No registo da discussão sobre estas propostas de alteração, não deixa de ser interessante ficarem patentes os receios dos juízes numa eventual concretização destas medidas, mostrando-se abertos a uma maior formação em torno dos requisitos de admissibilidade do *expert testimony* do que numa nova mudança da FRE 702. Reconhecendo, todavia, as dificuldades na alteração da regra em função da primeira proposta, o Subcomité responsável pela pasta está a considerar outras formas de mudar as regras para ajudar tribunais e litigantes a enfrentar os desafios das provas forenses, designadamente através de formação sobre as regras de admissibilidade da prova pericial.

[771] Porque seria manifestamente inviável a apresentação de uma lista completa da doutrina que já trabalhou estas críticas, remetemos para as obras que nas referências seguintes serão apresentadas. Além dessas, podem ainda ler-se GROSS, Samuel - Expert evidence. *Wisconsin Law Review* [Em linha]. (1991), pp. 1113-1232. [17.01.2020]. Disponível em https://repository.law.umich.edu/articles/196/. ISSN 0043-650X; HUBER, Peter - *Galileo's revenge: junk science in the courtroom, op. cit.*. Do mesmo autor, Junk science in the courtroom. *Valparaiso University*

foram denunciadas não só em revistas especializadas, mas também na imprensa generalista, e atacados por serem parciais e se contradizem e confundirem os júris, em vez de os esclarecerem[772]; os próprios especialistas atacaram o processo judicial, argumentando que a abordagem adversarial cria desentendimentos entre os profissionais e criticaram a atuação dos advogados que, com habilidade, condicionam os seus depoimentos bem-intencionados e esclarecidos[773]; e até os juízes manifestaram a sua frustração com aquele que rapidamente se tornava num confronto frequente de especialistas que assumiam posições divergentes sobre o mesmo assunto e se revelava uma prova sem qualquer valor por ser sobretudo eficaz em produzir obscuridades e erros e não elucidar na descoberta da verdade[774].

Num artigo intitulado "Opinion for sale: confessions of an expert witness" Steven Moss, perito com participação frequente em contexto judicial, tece um relato particularmente revelador do *status quo* vivido neste modelo adversarial de prova pericial:

Law Review [Em linha]. V 26, N 3 (1992), pp. 723-755. [10.01.2020]. Disponível em https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2172&context=vulr. ISSN 042-2363; BERNSTEIN, David E. - Expert witnesses, adversarial bias, and the (partial) failure of the Daubert revolution. *Iowa Law Review* [Em linha]. V 93 (2008), pp. 452-490. [10.12.2020]. Disponível em https://ssrn.com/abstract=963461. ISSN 0021-0552; CHENG, Edward K. - Same old, same old: scientific evidence past and present. *Michigan Law Review* [Em linha]. V 104 (2006), pp. 1387-1402. [01.12.2019]. Disponível em https://law.vanderbilt.edu/files/publications/Cheng-Ed-Same-Old-Same-Old.pdf. ISSN 0026-2234; MNOOKING, Jennifer L. - Expert evidence, partisanship, and epistemic competence. *Brooklyn Law Review* [Em linha]. V 73 (2008), pp. 1009-1035. [09.11.2019]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1111764. ISSN 0007-2362; PACIOCCO, David M. - Unplugging jukebox testimony in an adversarial system: strategies for changing the tune on partial experts. *Queen's Law Journal* [Em linha]. V 34 (2009), pp. 565-610. [05.01.2020]. Disponível em https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/queen34&div=24&g_sent=1&casa_token=&collection=journals. ISSN 0316-778X. Este modelo tem ainda sido alvo de desdém por autores de outras ordens jurídicas, como por CHASE, Oscar G. - American "exceptionalism" and comparative procedure. *American Journal of Comparative Law* [Em linha]. V 50 (2002), pp. 277-329. [10.12.2019]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=306759. ISSN 0002-919X. Em MNOOKING, Jennifer L. - Idealizing science and demonizing experts: an intellectual history of expert evidence, *op. cit.,* p. 771 a autora apresenta uma visão diacrónica do modelo de *expert testimony* e o descontentamento dos diferentes atores judiciais e peritos forenses, com as primeiras referências à última década do séc. XIX. Para uma revisão de literatura sobre o tema, pode consultar-se HAACK, Susan - Trial and error: the supreme court's philosophy of science, *op. cit.,* pp. 66-73.

[772] Um jornal, em 1872, escreveu "The summoning of ex- pert witnesses by plaintiff and defendant, like the collision of opposing rays of light, ends only in darkness" - *apud* MNOOKING, Jennifer L.- Idealizing science and demonizing experts: an intellectual history of expert evidence, *op. cit.,* p. 775.

[773] Uma análise profunda desta crítica surge no estudo de GUTHEIL, Thomas G.; COMMONS, Michael Lamport; MILLER, Patrice Marie Miller - Withholding, seducing, and threatening: a pilot study of further attorney pressures on expert witnesses. *The journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* [Em linha]. V 29, N 3 (2003), pp. 336-339. [05.01.2020]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/11758405_Withholding_seducing_and_threatening_A_pilot_study_of_further_attorney_pressures_on_expert_witnesses. ISSN 10936793.

[774] Cf. MNOOKING, Jennifer L. - Idealizing science and demonizing experts: an intellectual history of expert evidence, *op. cit.*, pp. 771 e 772. Nesta referência bibliográfica consta ainda uma relevante citação de uma decisão proferida já em 1892 pelo Michigan Supreme Court, em que se afirmou "expert evidence, while useful in many cases, is dangerous in all, and should be restricted, for the purpose of accuracy in determining the truth, which is the aim of all judicial investigation, to those cases where its use is well-nigh indispensable because of questions of science or skill being involved, in which a special and peculiar knowledge is desired in order to arrive at the peculiar knowledge is desired in order to arrive at the truth". De acordo com a mesma referência, poucos anos mais tarde, em 1899, uma *opinion* do Wisconsin Supreme Court fez constar "the ease with which experts can be arrayed on each side of a controversy, especially where the human anatomy and human afflictions, their cause and probable results, are the subject of judicial inquiry, and two theories be sustained by the evidence of reputable men skilled in their calling, each theory fitting with exactness the necessities of the side on which it is advanced, is an unexplainable mental phenomenon which all have experienced who have had much to do with the trial of cases. It leads to the adoption, as a rule of law, of the expression of Lord Campbell, often quoted by text writers, that skilled witnesses come with such a bias on their minds that hardly any weight should be given to". Numa das outras conhecidas afirmações judiciais sobre o tema, referiu-se que "the partisanship of the opposing lawyers [frequently] blocks the uncovering of vital evidence or... distorts it" - cf. *apud* KIM, H. - Adversarialism defended: Daubert and the judge's role in evaluating expert evidence. *Columbia Journal of Law and Social Problems* [Em linha]. V 34, N 3 (2001), pp. 223-251. [14.01.2020]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/298596538_Adversarialism_defended_Daubert_and_the_judge's_role_in_evaluating_expert_evidence. ISSN 0010-1923.

«Every day, in courtrooms across the country, economists, statisticians, engineers, doctors, and psychologists raise their right hand and swear to tell the truth. Expert witnesses are used in all types of cases [...].

As my experience at the D.C. firm taught me, experts, who are hired and paid by one side in a case, get compensated for saying what the lawyers want to hear. The lawyers invite potential witnesses to their offices for interviews and pepper them with questions, but the question they care most about is "Can you prove my case?"

With such a big paycheck on the line, it's easy to find yourself looking for ways to answer "yes." The expert's thought process goes something like this: In most cases, both sides have experts, so it's perfectly ethical for me to focus on demonstrating that my client is right and that the opposition is wrong. After all, the opposing side will have an expert to do the same, and everything will balance out.

Once you start thinking this way, it's easy for an expert, his training in the scientific method of inquiry notwithstanding, to drift further and further away from analytic neutrality. No one is lying, exactly, but this isn't a search for truth.

[...]

A FEW YEARS AGO, I REALIZED that I was increasingly arguing - in the courtroom and on the tube - on behalf of interests that I didn't care about or flatly opposed trucking firms, chemical companies, and the petroleum sector. I was starting not to like myself very much.

But what troubled me even more was the recognition that the system wasn't as fair and balanced as I had led myself to believe. While it's true that there's more than one side to every argument, more often than not only one has the financial resources to get its story heard. Not everyone has access to a top shelf expert at $600 an hour. The winner is too often the side wealthy enough to purchase the highest-caliber experts. The pretense that I was just a necessary cog in the adversarial process became increasingly hard to believe»[775].

Partilhando das mesmas preocupações o juiz Bradford H. Charles no seu artigo intitulado «Rule 706: an underutilized tool to be used when partisan experts become "hired guns"» escreveu:

«During the past fifteen years as a trial judge, I have begun to carefully look at the faces of jurors when the inevitable "How much are you paid?" question is asked of an expert. The expressions I routinely observe range from shock to disgust. I have seen jurors glance at one another and roll their eyes. I have observed many jurors shake their heads in disbelief. I can almost hear these citizens thinking: "He is nothing but a hired gun." While I know that experts play an important role in educating jurors about matters that are beyond common understanding, I have increasingly observed that cases are won because of the quality of lay-factual witnesses and not the eloquence of the partisan experts.

Perhaps because my anecdotal observations have been shared by others, the cadence of criticism regarding America's utilization of partisan experts has begun to approach snare-drum intensity»[776].

[775] Cf. MOSS, Steven - Opinion for sale: confessions of an expert witness. *Legal Affairs* [Em linha]. (march/april 2003). [05.01.2020]. Disponível em http://www.legalaffairs.org/issues/March-April-2003/review_marapr03_moss.msp.

[776] Cf. CHARLES, Bradford H. - Rule 706: an underutilized tool to be used when partisan experts become "hired guns". *Villanova Law Review* [Em linha]. V 60 (2016), pp. 941-954. [12.12.2019]. Disponível em https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol60/iss5/3/. ISSN 0042-6229, p. 941.

Também John Henry Wigmore teceu um retrato muito crítico deste modelo. Nas suas palavras "[...] the practice [of using *expert witness*es] under the present method has for years exhibited shortcomings which are lamentable [...]. The principle feature of the breakdown seems to be the distrust of the *expert witness*, as one whose testimony is shaped by his bias for the party calling him. That bias itself is due, partly to the special fee which has been paid or promised him, and partly to his prior consultation with the party and his self-committal to a particular view. His candid scientific opinion thus has had no fair opportunity of expression, or even formation, swerved as he is by this partisan committal"[777].

Perdoe-nos o leitor as longas citações anteriores, mas julgamos que a sua referência se revela pertinente para a melhor compreensão das inquietações quanto ao modelo norte-americano de prova pericial. É, pois, evidente que as dificuldades de aplicação das FRE não decorrem propriamente (ou não só exclusivamente) do quadro processual do modelo de *expert testimony,* mas resultam também do modelo adversarial da prova pericial.

Ao assumirem-se como testemunhas contratadas pelas partes não se espera que atuem com imparcialidade nem comprometidos com a descoberta da verdade, já que de antemão sabem que apenas terão participação no processo judicial (e por isso serão remuneradas) caso estejam dispostas a lutar pelos interesses da parte que as contrata, ainda que tal signifique que o seu depoimento seja tendencioso ou desonesto. E, considerando que o seu depoimento não está sujeito às regras de perjúrio, parece que nada obstará a esse tipo depoimento partidário.

Não se pense que este é um risco meramente teórico: um jurista da University of Georgia College of Law descreveu as *expert witnesses* como mercenárias, prostitutas ou pistoleiros que vendem as suas opiniões a quem lhes oferecer maior remuneração[778]. Como resultado, o depoimento destas testemunhas não conhece especial valor probatório.

Não deixa de ser curioso que houvesse quem fizesse notar que além de proibir completamente o uso de especialistas, provavelmente não poderia ter sido projetado um

[777] *Apud ibidem,* pp. 942 e 943. Uma outra descrição da *praxis* aponta no mesmo sentido "Unlike virtually any other business, expert witnesses are not typically held accountable in either tort or contract law for their commercial activities. This means that many are inclined to deliver what the market demands - partisan, biased, or plainly dishonest testimony - without concern for the costs this testimony may impose on others. This immunity from the internalization of the social cost of their testimony is hard to reconcile with any moral or economic standard" - Cf. HARRISON Jeffrey L. - Reconceptualizing the expert witness: social costs, current controls and proposed responses. *Yale Journal on Regulations.* [Em linha]. V 18 (2001), pp. 253-314. [15.01.2020]. Disponível em https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/yjor18&id=320&men_tab=srchresults. ISSN 0741-9457, p. 253.

[778] Yunwei Jiang *apud* CHARLES, Bradford H. - Rule 706: an underutilized tool to be used when partisan experts become "hired guns", *op. cit.,* p. 943. Nas palavras do autor "[...] mercenaries, prostitutes, or hired guns... whose opinions are sold to the highest bidder". Estas expressões também já tinham sido utilizadas na doutrina que, em finais do séc. XIX (a referência data de 1899), referia «the public believes that expert testimony is a hired, a purchased commodity, and that the number of experts on each side is measured by the size of the purse of the respective sides. That it is just as easy to obtain the same expert on one side as on the other, if you only "have the price." That the expert has no conscientious scruples about the side he is on. That he doesn't think about the side, only money» - cf. MNOOKING, Jennifer L. - Idealizing science and demonizing experts: an intellectual history of expert evidence, *op. cit.,* p. 773.

procedimento mais adequado para minimizar a influência de especialistas do que o modelo adversarial consagrado[779]. E numa visão mais extremada há autores que parecem preferir a não participação dos peritos à sua participação nestes moldes por entenderem que os peritos são sobretudo especialistas em charlatanismo e a sua prestação, em vez de auxiliar a administração da justiça, constitui um verdadeiro obstáculo à descoberta da verdade[780].

Mas como adiantamos em momento anterior, o partidarismo não assume relevo apenas no momento em que o perito participa no processo judicial, mas também no momento em que o perito é selecionado. Esta realidade motivou o fenómeno do *expert shopping,* com milhares de peritos a publicitarem os seus serviços em periódicos da especialidade e *online*, e a possibilitar que as partes, de entre o mercado dos especialistas, selecionem aquele que melhor (ou mais disposto esteja) a defender os seus interesses. Com isso, e por efeito, proliferaram também as *pseudo* ciências e as maiores dificuldades em discernir a confiabilidade do conhecimento que entra nas salas dos tribunais[781]. Uma realidade que justificará então as maiores reservas à admissibilidade da prova pericial e maiores cuidados no exercício do *gatekeeping*.

Toda maneira, apesar de reconhecida a insatisfação deste modelo, não se reduziu o número de situações em que se requer a produção de prova pericial. Em vez disso, à medida que o coro de reclamações aumentava, o uso de provas periciais nos tribunais tornou-se cada vez mais comum: enquanto, no início do século XIX, o testemunho de especialistas ainda não era quotidiano, no século XX tornara-se frequente. No século XIX, o testemunho de especialistas foi visto como um modo potencial de prova particularmente autoritário. Como apenas um dos sinais da sua crescente importância, vários tratados inteiramente dedicados ao *expert testimony* foram publicados nas décadas de 1880 e 1890[782]. Todavia, as frustrações generalizadas dirigidas à prova pericial resultaram precisamente da divergência entre essas expectativas grandiosas e idealizadas

[779] Esta observação de John H. Langbein foi apresentada em 1985, *apud* JURS, Andrew W. - Balancing legal process with scientific expertise: *expert witness* methodology in five nations and suggestions for reform of post-Daubert U.S. reliability determinations. *Marquette Law Review* [Em linha]. V 95 (2012), pp. 1329-1415. [15.11.2019]. Disponível em https://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol95/iss4/12/. ISSN 0025-3987, p. 1341.

[780] O. W. Wight *apud* MNOOKING, Jennifer L. Idealizing science and demonizing experts: an intellectual history of expert evidence, *op. cit.,* p. 774.

[781] Esta realidade é descrita por VERKERK, Remme - Comparative aspects of expert evidence in civil litigation, *op. cit.,* pp. 184 e 185 que não deixa esquecer que, mesmo que virtualmente todos os especialistas respeitáveis do campo de conhecimento discutido num determinado processo concordem com a posição de uma das partes, pode ser possível (ou, quase certamente, pelo preço certo será possível) que um advogado encontre alguém com credenciais plausíveis que esteja disposto a discordar do consenso geral e talvez até a negar que tal consenso exista. Há inclusivamente manuais que oferecem esclarecimentos de como encontrar *expert witnesses* e de como estes podem ser convincentes - um exemplo é a obra de BRENNAN, Michael et. all. - *Finding and Researching Experts and Their Testimony* [Em linha]. 2.ª ed. S.l.: LexisNexis, 2009. [12.12.2019]. Disponível em https://www.lexisnexis.com/documents/pdf/20071211111707_large.pdf.

[782] Cf. MNOOKING, Jennifer L. - Idealizing science and demonizing experts: an intellectual history of expert evidence, *op. cit.,* p. 784 e ss e referências aí apresentadas. Justifica a autora este fenómeno com a idealização de que a ciência poderia oferecer ao processo uma resposta à frustração resultante do triste e confuso espetáculo de especialistas em debate.

associadas à *prova científica* e sua capacidade tipicamente limitada na prática real. As atitudes condenatórias de juízes e advogados de que demos conta eram também produto de deceção e as suas frustrações resultavam, pois, de uma enorme lacuna entre o ideal e o real[783].

Anos, décadas e até séculos volvidos, o que mais chama a atenção é o quão familiares e universais as críticas permanecem aos observadores nas últimas décadas do século XX e já no início do séc. XXI[784]. Muito embora se acredite que muitos dos especialistas indicados pelas partes sejam corretos e honestos e se recusem pendenciar o seu testemunho a favor de quem os contratou, em alguns casos os tribunais começaram a rejeitar o testemunho de especialistas por considerarem que seriam pouco mais do que defensores da posição dos seus clientes[785].

Se os críticos culpam os especialistas por permitirem que o partidarismo supere a racionalidade científica ou apontam um elevado grau de culpa aos advogados por conspirar para pendenciar o depoimento dos especialistas ou empecer os especialistas honestos, todos concordam que o modelo de *expert testimony* é muito insatisfatório.

Na doutrina, as explicações para este fenómeno resvalam para uma discussão em torno do adversarialismo do próprio modelo de processo judicial, assente no contraditório e na ideia de que este modelo poderá mais eficazmente ajudar na descoberta da verdade. Em abono desta tese, argumenta-se que o júri estará melhor posicionado para decidir de forma esclarecida, e por isso mais próxima da verdade, quando lhe são apresentados dois pontos de vista que podem ser sujeitos a um debate cruzado. Esta ideia é apoiada por uma longa linha de pesquisa empírica que sugere que o contraditório entre as partes induz à exposição ou verificação de declarações falsas

[783] Seguimos, de perto, MNOOKING, Jennifer L. - Idealizing science and demonizing experts: an intellectual history of expert evidence, *op. cit.,* pp. 783 e ss.

[784] O Federal Judicial Center redigiu um relatório em 2002, baseado numa investigação que envolveu todos os juízes ativos dos tribunais federais e concluiu que o maior problema com os depoimentos das *expert witnesses* é que os especialistas abandonam a objetividade e tornam-se advogados da parte que os contratou - cf. KRAFKA, Carol *et al.* - Judge and attorney experiences, practices, and concerns regarding expert testimony in federal civil trials, *op cit.,* pp. 6 e 7, nota de rodapé 4. As preocupações com este sistema não escaparam à atenção dos media. Em 2008, o New York Times publicou um artigo intitulado "In U.S., expert witnesses are partisan". No artigo, citou um advogado reconhecido, Melvin Belli, que declarou "If I got myself na impartial witness... I'd think I was wasting my money" e ainda Samuel R. Gross "To put it bluntly, in many professions, service as an expert witness is not considered honest work [...]. The contempt of lawyers and judges for experts is famous. They regularly describe expert witnesses as prostitutes" - cf. LIPTAK Adam - In U.S., Expert witnesses Are Partisan. *New York Times* (11.08.2008). [20.01.2020]. Disponível em http://www.nytimes.com/2008/08/12/us/12experts.html?pagewanted=all&_r=0.

[785] Na doutrina, leia-se CHARLES, Bradford H. - Rule 706: an underutilized tool to be used when partisan experts become "hired guns", *op. cit.,* p. 946.

e, por conseguinte, favorece a destrinça entre informações verdadeiras e melhora a tomada de decisões[786].

Todavia, esta parece não ser a posição defendida pela maioria dos atores judiciários, que considera que estas vantagens do modelo no quando do *expert testimony* tendem a ficar insignificantes quando se constatam as dificuldades na sua aplicação ou os seus resultados práticos. Efetivamente, a generalidade da doutrina lembra que o modelo adversarial não é suficiente nem adequado para assegurar resultados confiáveis e muitas vezes resulta precisamente no contrário, já que um interrogatório inadequado pode ter um efeito indesejado nas perceções que o júri retira do depoimento das *expert testimony*[787].

Não deixa, por isso, de ser curioso que o modelo adversarial da prova pericial nos EUA assente no contraditório como ferramenta epistémica e, depois, seja precisamente a forma como decorre o interrogatório e o contrainterrogatório o principal ponto de discussão e o que parece afastar este modelo adversarial do fim cognoscitivo visado. De facto, se o modelo adversarial foi instituído como meio para auxiliar a valoração da cientificidade da prova como solução para a sua admissibilidade e valoração, acabou por se converter no maior problema do modelo. É que no julgamento assiste-se a uma perpétua batalha de especialistas que, sob juramento, discordam veementemente uns dos outros sobre assuntos em que se pensava (ou mais corretamente, se esperava) existir apenas uma resposta correta. Mais do que isso: em muitos casos, cada um dos especialistas reivindica confiança absoluta nas suas próprias opiniões. O resultado? Não só o tribunal fica entretido com o espetáculo e não dá o devido relevo à discussão dos factos juridicamente relevantes, como se mostra crescente a desconfiança e desvalorização da prova produzida pelos especialistas, conotada com a falta de objetividade que lhe seria exigível e com a chamada *junk science*, "ciência das causas" ou "ciência de favor"[788].

---

[786] Para um resumo sobre todos os estudos e uma completa lista de referências, veja-se BOUDREAU, Cheryl; MCCUBBINS, Mathew - Nothing but the truth? Experiments on adversarial competition, *expert testimony*, and decision making. *Journal of Empirical Legal Studies* [Em linha]. V 5, N 4 (2008), pp. 751-789. [10.12.2019]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1094029. ISSN 1740-1461. De acordo com o estudo, as vantagens mostram-se ainda mais significativas quando se preveem sanções para os falsos depoimentos e os peritos são colocados em contraditório direto. Por isso, para estes investigadores, não se mostra necessário alterar o paradigma em que assenta o *expert testimony,* bastando que se desenvolvam formas de fortalecer o modelo já previsto.

[787] Um estudo aprofundado sobre o tema merece destaque - JURS, Andrew W. - Balancing legal process with scientific expertise: *expert witness* methodology in five nations and suggestions for reform of post-Daubert U.S. reliability determinations, *op. cit.,* pp. 1340 e ss. No mesmo sentido referia SANDERS Joseph - From Science to evidence: the testimony on causation in the bendectin cases. *Stanford Law Review* [Em linha]. V 46, N 1 (1993), pp. 1-86. [20.01.2020]. Disponível em https://www.jstor.org/stable/pdf/1229235.pdf?seq=1. ISSN 1939-8581, p. 41 que o método de contraditório poderia muito bem ter sido projetado para confundir e para deixar o júri perante um conflito não resolvido e que aparentemente é insolúvel.

[788] Esta expressão ganha especial relevância nos anos 90, nos EUA, com o crescimento exponencial da litigância, reclamando-se avultadas indemnizações assentes na demonstração "científica" de um nexo de causalidade adequado entre danos e factos. Vide CALHEIROS, Maria Clara - *Para uma teoria da prova, op. cit.,* p. 141, nota de rodapé 270 e VERKERK, Remme - Comparative aspects of expert evidence in civil litigation, *op. cit.,* p. 187.

Percebe-se que assim seja se pensarmos na forma como o contraditório é exercido.

Efetivamente, em primeira linha, sendo as *expert witnesses* contratadas pela parte que as indica, muito dificilmente não se sentirão pressionadas a defender uma posição que permita à parte que lhe paga os honorários o vencimento da causa. Os receios quanto a esta falta de imparcialidade valem tanto para aqueles que têm um ponto de vista mais sensacionalista (para os quais os especialistas serão, fundamentalmente corruptos, dispostos a mancharem o seu *curriculum* em prol do lucro), como para aqueles que acreditam na integridade dos especialistas (para os quais é difícil não reconhecer que há um elevado risco, ainda que inconsciente, de que os especialistas sejam influenciados por uma lealdade natural à parte que os contratou).

Em segunda linha porque, assumindo-se como testemunha, o seu depoimento é preparado ao pormenor com os advogados da parte que a contratou. Esta preparação permitirá ao mandatário da parte, no decurso do interrogatório, selecionar e delimitar as questões a colocar em função das respostas que pretende que sejam apresentadas. Além dos problemas de confiabilidade que lhe são inerentes, a este facto estão ainda associadas as preocupações com a igualdade de armas quando uma das partes não tem capacidade financeira para suportar os custos com a contratação e preparação de testemunhas especializadas[789].

Mas vários aspetos do interrogatório e do contrainterrogatório parecem também justificar a conclusão de que a credibilidade deste tipo de prova pode ser afetada pelas metodologias usadas na inquirição dos especialistas.

Desde logo pelo facto de no interrogatório, ao procurar reduzir o grau de incerteza do depoimento do especialista, o advogado da parte que o contratou tender a omitir questões que fragilizem a posição assumida no processo. Do lado oposto, o contrainterrogatório faz recair sobre o advogado da parte contrária àquela que nomeou a *expert witness* o dever de encontrar, explorar

[789] Tal assume particular relevância porque o valor da compensação paga aos especialistas é impressionante. Nos Estados Unidos, os serviços de testemunhas especializadas representam uma indústria de bilhões de dólares. Para melhor compreensão, devemos atentar no facto de, em 2009, três empresas de testemunhas especializadas integrarem a Wall Street - cf. FEOLA, Steven; ALCORN, Richard A. - Expert witness advocacy: changing its culture, *op. cit.* Empregando uma pesquisa com mais de mil testemunhas especializadas em mais de trezentas áreas de especialização, a SEAK, Inc. publicou um guia sobre procedimentos de cobrança e estimou que os especialistas cobraram, em média, pelo seu depoimento em juízo, US $385 por hora e US $ 254 por hora de preparação do julgamento. Isto sem contar o facto de a maioria dos especialistas ter imposto um montante mínimo diário a cobrar pelo tempo gasto em juízo ou em depoimento - cf. BABITSKY, Alex *et al.* - *National Guide to Expert Witness Fees and Billing Procedures*. Falmouth: SEAK, Incorporated: 2009. ISSN 1892904357. Quando se reconhece que estes valores podem representar uma parte significativa dos rendimentos anuais da maioria das partes e dos jurados, torna-se fácil compreender as limitações daqui decorrentes à igualdade de armas porque nem todas as partes podem contratar estes serviços.

e criar dúvidas sobre as opiniões desse especialista, ou até o dever de gerar a aparência de desacordo mesmo em campos em que tais dúvidas não se colocam[790].

Acresce ainda que, não raras vezes, o contrainterrogatório geralmente acaba por resultar num ataque não relacionado com a matéria sobre a qual se propõe depor o especialista, mas muitas vezes com aspetos da sua vida pessoal e profissional, tendente à descredibilização da sua pessoa e não dos argumentos ou teorias que aduz ou esclarece. A veemência com que se desenvolve o contraditório é de tal forma acalorada que muitos especialistas se têm recusado a participar em processos judiciais.

Por força de tudo isto, as partes têm tendência a contratar não os especialistas que têm maior conhecimento ou experiência na área de discussão, mas aqueles que acreditam que poderão melhor convencer o júri e o tribunal[791].

Como resultado, chega-se à conclusão que o contraditório entre os especialistas é apenas um ritual que em pouco esclarece a verdade e não raras vezes os jurados formam a sua convicção com base noutros fatores que não a validade científica dos argumentos apresentados pelos especialistas[792]. Susan Haack sugere que os procedimentos do método adversarial e os padrões

---

[790] Cf. ASANOFF, Sheila J. - What judges should know about the sociology of science. *Jurimetrics* [Em linha]. V 32, N 3 (1992), pp. 345-359. [12.01.2020]. Disponível em https://www.jstor.org/stable/29762258?seq=1. ISSN *ISSN* 0897-1277, pp. 353-354. Um estudo desenvolvido sobre o tema já em 1994, concluiu que 77% dos especialistas concordaram que os advogados manipulavam os seus especialistas para enfraquecer o testemunho desfavorável e fortalecer o testemunho favorável - SHUMAN Daniel W. *et al.* - An empirical examination of the use of *expert witness*es in the courts: part ii - a three city study. *Jurimetrics* [Em linha]. V 34, N 2 (1993), pp. 193-208. [12.01.2020]. Disponível em https12.01.2020]. Disponível em https://www.jstor.org/stable/29762258?seq=1. ISSN *ISSN* 0897-1277, p. 201. Sobre o contrainterrogatório nos EUA e a arte de persuação no Direiro, leia-se KRITZER, Herbert M. - The arts of persuasion in science and law: conflicting norms in the courtroom. *Law and Contemporary Problems* [Em linha]. V 72 (2009), pp. 41-61. [22.12.2019]. Disponível em https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol72/iss1/4/. ISSN 1945-2322, pp. 50 e ss. Esta veemência com que os peritos são inquiridos nos EUA é, para os sistemas continentais, desconhecida. Atenta a importância do *cross examination* das *expert testimony,* vários estudos já foram levados a cabo nos EUA tendo em vista analisar os fatores mais relevantes ao convencimento dos diferentes intervenientes processuais. Das respostas, que variam ao longo dos tempos e de acordo com quem está a assistir ao interrogatório, destacam-se a capacidade de transmitir informações técnicas não tecnicamente, a vontade de tirar conclusões firmes e a experiência e credibilidade dos peritos. Sobre o tema, *vide* JURS, Andrew W. - Expert prevalence, persuasion, and price: what trial participants really think about experts. *Indiana Law Jounal* [Em linha]. V 91 (2016), pp. 353-391. [20.01.2020]. Disponível em https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol91/iss2/4/. ISSN 00196665, pp. 359 e ss. A propósito, lei-ase ainda AWN, McQuiston-Surrett; SAKS, Michael J. - The testimony of forensic identification science: what *expert witness*es say and what factfinders hear. *Law and Human Behavior* [Em linha]. V 55 (2009), pp. 436-453. [05.12.2029]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/24175922_The_Testimony_of_Forensic_Identification_Science_What_Expert_Witnesses_Say_and_What_Factfinders_Hear. ISSN 1573-661X.

[791] Os especialistas são assim vistos como comercializáveis por serem « [...] a 'team player,' and telling potential employers (that is, parties) what they want to hear" - cf. MNOOKING, Jennifer L. - Expert evidence, partisanship, and epistemic competence, *op. cit.,* pp. 1011 e 1012.

[792] Cf. JURS, Andrew W. - Balancing legal process with scientific expertise: *expert witness* methodology in five nations and suggestions for reform of post-Daubert U.S. reliability determinations, *op. cit.,* pp. 1343 e 1344. Constatando que os parcos estudos sobre a produção de *expert testimony* que se encontravam disponíveis eram datados ou eram demasiado restritos, esse mesmo autor desenvolveu um estudo que teve por objeto todos os casos civis que foram a julgamento em 2012 numa comarca de Iowa e quatro grupos diferentes de participantes nesses casos (juízes, jurados, advogados e especialistas). Com pertinência para este ponto, concluiu o autor: juízes e jurados concordaram que o que torna o depoimento de um especialista mais eficaz em juízo é a sua capacidade de transmitir informações técnicas de maneira não-técnica, e que uma aparência física atraente é o fator menos importante; as respostas dos especialistas são amplamente consistentes com estas, embora valorizem outros fatores (como uma personalidade agradável) e desvalorizem outros (como a experiência pessoal e profissional); para os advogados, os fatores mais relevantes a considerar na ponderação da prova pericial seriam as qualificações e experiência das testemunhas, mas não a sua imparcialidade (fator esse que em 2016 se mostrou ser menos relevante também para os juízes do que comparativamente com os estudos anteriores); os juízes são o grupo que se mostrou mais à vontade com a produção de *expert testimony,* muito embora apenas 20% do advogados inquiridos se tenha mostrado satisfeito com o desempenho do *gatekeeping* pelos juízes.

legais de Daubert se combinam para reduzir o testemunho de peritos para algumas "brief verbal formulae" que carregam um peso desproporcional no mundo jurídico[793]. Mais do que isso, parece não resultar este modelo num meio para produção de conhecimento confiável e seguro compatíveis com as exigências dos processos judiciais. Mas o ponto central das críticas é um: o da falta de imparcialidade (de origem) dos peritos contratados pelas partes. E prova disso resulta do facto de as propostas de revisão do modelo se centrarem sobretudo em assegurar maior imparcialidade no quadro do *expert testimony*[794].

7.1. PROPOSTAS DE REVISÃO DO MODELO

Vimos na parte I que o aumento desmedido da produção de prova pericial, sobretudo de natureza científica e verificado no século XIX, resultou em larga medida da crença de que o testemunho de especialistas seria capaz de oferecer mais garantias de certeza e segurança do que os demais meios de prova disponíveis nos processos judiciais. Sucedeu que, particularmente na experiência dos EUA a prática revelou-se fonte de enorme deceção. Noutras palavras, a idealização da ciência e a ansiedade generalizada resultou numa insatisfação e frustração para todos quanto esperaram alcançar, com o contributo da prova pericial, a verdade[795]. A ciência, sobre a qual recaía uma esperança generalizada de fornecer certezas incontestáveis sobre o mundo, acabou por revelar-se fonte de mais desacordos e confusões. A frustração quase universal com o uso de provas periciais nos tribunais nesse período resultou não apenas de uma noção idealizada

[793] Cf. HAACK, Susan - Irreconcilable differences? The troubled marriage of Science and Law, *op. cit.,* pp. 19-20. A título de exemplo, a autora observa que na comunidade científica a revisão pelos pares não é sinónimo de confiabilidade, apesar de os advogados utilizarem a revisão como indicador de ciência confiável, por ser um dos critérios apontados em Daubert

[794] Veremos, nas secções seguintes, as diferentes propostas nesse sentido apontadas nos EUA. Porém, cremos ser relevante referir que estes esforços também se verificam no sistema inglês e galês. Efetivamente, algumas das recentes alterações às Criminal Procedure Rules preconizadas em 2010, contrariando o que é típico num sistema adversarial puro, estabelecem um claro dever de o perito ajudar o tribunal através da emissão de opinião de forma objectiva e imparcial, dever que se sobrepõe a qualquer obrigação que o perito se sinta compelido a cumprir a quem lhe pagou a perícia (regra 19.2).

[795] Cf. MNOOKING, Jennifer L. - Idealizing science and demonizing experts: an intellectual history of expert evidence, *op. cit.,* p. 773. A autora chama atenção para o facto de a conclusão de que a prova pericial se mostra no modelo norte-americano pouco confiável apenas corresponder a parte da história. Como descreve, esta queixa nasce da crença de que o depoimento das *expert witnesses* seria um superior meio de prova, capaz de oferecer certezas em matérias que nenhum outro poderia alcançar. A frustração no seu uso resultou, pois, da distância entre teoria e prática, decorrente da visão idealizada do seu potencial e das imperfeições do seu uso real. Por isso manifesta a autora que as críticas ao testemunho de especialistas cresceram a partir de aspirações não satisfeitas, porque à medida que se constatou um incremento no seu uso assistiu-se à tomada de consciência de que os especialistas não conseguiam cumprir a promessa de apresentar uma prova mais autoritária e segura dos factos em discussão, já que se constatou que a ciência em muitas situações se mostrou incapaz de fornecer a certeza que os atores do sistema legal ansiavam. Contudo, lembra que essa profunda frustração com o testemunho de especialistas não deve demover a esperança do sistema judicial do final do século XIX - a esperança de que o testemunho científico, se adequadamente aproveitado, possa oferecer uma forma de conhecimento mais convincente que a das testemunhas comuns - *Ibidem,* pp. 791 e 792. A autora, distinguindo entre aqueles que idealizam a ciência ao ponto de acreditarem que nos pode oferecer certezas absolutas e aqueles que reconhecem que nenhuma ciência pode ser considerada verdadeiramente exata, esclarece que para os primeiros, o problema do *expert testimony* pode residir, de facto, no modelo adversarial, enquanto para os segundos o problema deste tipo de prova e da sua valoração não se centra no modelo processual contraditório, mas resulta inerente à própria ciência que não pode, atendendo à sua natureza, gerar respostas consistentes e definitivas em todas as áreas, independentemente da honestidade e profissionalismo dos especialistas - *Ibidem,* pp. 775 e 776.

da própria ciência, de que deveria ser capaz de fornecer certezas incontestáveis, mas também dos fundamentos estruturais do adversarialismo, reconhecidos pelos seus participantes.

Daí que, face às críticas apontadas ao modelo, não se tardassem vozes dos diversos setores de atividade jurídica e forense a apresentar inúmeras propostas para a sua revisão[796]. Lembrando que o verdadeiro problema reside na forma como é avaliada a relevância e a confiabilidade do testemunho, as propostas apresentadas pela doutrina passam por uma reforma das regras que determinam o que acontece antes, durante e depois do julgamento e que podem implicar, nuns casos, pequenas ou nenhumas alterações às regras existentes e, noutros, verdadeiras mudanças que desafiam as premissas do sistema. Para facilitar a exposição, seguiremos esta lógica e deixaremos para uma secção própria as propostas de revisão à regra da nomeação de peritos pelos tribunais.

De entre as medidas para revisão do modelo a respeito das regras que determinam o que acontece antes do julgamento encontramos na doutrina apelos à necessidade de definição do papel das *expert witnesses* e da sua relação com o tribunal[797]; a maiores exigências para a seleção e nomeação dos especialistas, aqui se devendo equacionar a necessidade de serem definidas as qualificações e experiência mínima para que determinada pessoa possa ser indicada como *expert witness*; à necessidade de formação dos peritos sobre os princípios norteadores dos processos judiciais, para que possam prestar um testemunho adequado às finalidades do processo, mormente aquando do seu interrogatório; à formação dos magistrados sobre outras áreas de conhecimento; à escolha dos jurados em função das suas qualificações e conhecimentos; ao recurso a peritos para escolher painéis de especialistas e, em seguida, recurso a esses painéis para esclarecer o *status* científico das questões levadas a julgamento; à definição de limites dos honorários e taxas devidas pela intervenção dos especialistas nos processos judiciais; e à previsão

[796] São inúmeros os estudos que têm por objeto a apresentação de propostas, mais ou menos radicais, para revisão do modelo do *expert testimony* tal como hoje previsto nos EUA. Dada a impossibilidade de apresentarmos aqui um conjunto de referências significativo sobre cada uma destas propostas, apresentaremos aquelas que consideramos serem mais relevantes para a investigação que desenvolvemos, seguindo de perto os trabalhos compilatórios desenvolvidos por KAUFMAN, H. H. - The expert witness: neither Frye nor Daubert solved the problem: what can be done? *Scientific & Technical* [Em linha]. V 41 (2001), pp. 7-20. [03.12.2019]. Disponível em https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1355030601718448. ISSN 1934-8118 e GROSS, Samuel - Expert evidence, *op. cit.*

[797] Para a doutrina existem ainda hoje muitas questões nucleares deixadas em aberto. De entre as que reclamam por uma resposta, destacam-se as seguintes: qual natureza das *expert witnesses* (os especialistas contratados pelas partes são verdadeiras testemunhas ou consultores do tribunal, ou até juízes das questões dentro da sua competência especial? Esta medida mostra-se pertinente porque as regras previstas no article VII resultam numa confusão em torno da distinção entre as testemunhas especialistas e os consultores técnicos. Tal deriva não só da ambiguidade da forma como as regras se encontram escritas, como do facto de não se encontrarem codificadas as regras para os consultores técnicos e, por essa razão, os tribunais aplicarem inconsistentemente as regras ou atribuíram papéis e diretrizes para testemunhas e consultores); poderão as testemunhas conduzir novas investigações a propósito e no decurso dos processos ou a sua competência deve reduzir-se a descrever e explicar descobertas e princípios gerais do campo da sua especialização que se mostrem relevantes para o caso em discussão? As descobertas dos especialistas são vinculativas para o tribunal ou poderá o tribunal ignorar os contributos destas testemunhas? Como deve o tribunal resolver as divergências entre peritos?

da possibilidade de os especialistas contratados pelas partes se renuírem antes do julgamento para trocar opiniões porque a discussão e o debate não mediados entre especialistas poderia resultar num método para resolver disputas entre especialistas de forma extrajudicial e até permitir chegar a um acordo de base comum[798].

Por sua vez, de entre as propostas para a reforma das regras que determinam o que acontece durante o julgamento encontramos solicitações de reorganização da prática da estrutura adversarial para tornar as informações de especialistas menos confusas e mais instrutivas, devendo os especialistas testemunhar alternadamente cada ponto para que as suas visões opostas possam ser comparadas em simultâneo e discutidas de forma mais percetível; de os especialistas poderem ser obrigados a testemunhar na presença um do outro e, eventualmente, com a possibilidade de os especialistas fazerem questões uns aos outros; de eliminação da possibilidade de o júri ser informado se estas testemunhas depõem como *expert witness*, pois só assim se garantiria que os tribunais de julgamento não colocariam inadvertidamente um selo de autoridade na opinião de uma testemunha e se protegeria o júri de uma subjugação relativamente aos especialistas[799]; de exigência de que o juiz decida as questões relacionadas com a experiência e qualificação das *expert witnesses* apresentadas pelas partes fora da presença do júri, proibindo que no decurso do interrogatório e contrainterrogatório os advogados possam valer-se das

[798] Se tal fosse possível, poder-se-ia exigir a elaboração de um relatório que incluísse: definições de termos-chave; uma lista e descrição de questões materiais com as quais concordam; uma lista e descrição de quaisquer questões materiais sobre as quais não concordam; respostas a quaisquer perguntas específicas formuladas em conjunto (incluindo, p. ex., a identidade de quaisquer especialistas que sejam competentes para avaliar as questões em disputa, com os quais concordem e não sejam parte no processo). Para um maior detalhe, AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWERS - *Standards and procedures for determining the admissibility of expert evidence after Daubert*, *op. cit.,* p. 11.

[799] Esta proposta foi discutida em 2009 no Comité responsável por realizar novas alterações às Federal Rules of Evidence - cf. UNITED STATES CODE SERVICE - *USCS Federal Rules Evidence: rule 702*, *op. cit.,* p. 6. Apoiando esta crítica, Charles R. Richey defende que o termo *especialista* é tão prejudicial à causa que nunca devia ter sido adotado. Este entendimento foi já sufragado pela American Bar Association, que recomendou: "The court should not, in the presence of the jury, declare that a witness is qualified as an expert or to render an expert opinion, and counsel should not ask the court to do so". Jutifica, referindo «It is not uncommon for a proponent of expert testimony to tender an expert witness to the court, following a recitation of the witness's credentials and before eliciting an opinion, in an effort to secure a ruling that the witness is "qualified" as an expert in a particular field. The tactical purpose, from the proponent's perspective, is to obtain a seeming judicial endorsement of the testimony to follow. It is inappropriate for counsel to place the court in that position. A judicial ruling that a proffered expert is "qualified" is unnecessary unless an objection is made to the expert's testimony. If an objection is made to an expert's qualifications, relevancy of expert testimony, reliability or any other aspect of proffered expert testimony, the court need only sustain or overrule the objection. When the court overrules an objection, there is no need for the court to announce to the jury that it has found that a witness is an expert or that expert testimony will be permitted. The use of the term "expert" may appear to a jury to be a kind of judicial imprimatur that favors the witness. There is no more reason for the court to explain why an opinion will be permitted or to use the term "expert" than there is for the court to announce that an out-of-court statement is an excited utterance in response to a hearsay objection. Because expert testimony is not entitled to greater weight than other testimony, the practice of securing what may appear to be a judicial endorsement is undesirable. As United States District Judge Charles R. Richey has observed in a related context, "It may. be an inappropriate judicial comment ... for the court to label a witness an 'expert". Veja-se recomendação 14 da AMERICAN BAR ASSOCIATION - *Civil Trial Practice Standards* [Em linha]. S.l., s.n.: 2007. Disponível em https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/litigation/ctps.pdf. [20.01.2020], pp. 29 e ss. Mas, por outro lado, não podemos esquecer que só a indicação de que a testemunha é especialista é que permitirá fazer um controlo sobre as suas qualificações e só esse dado justifica que o juiz explique brevemente ao júri que, depondo uma testemunha como especialista, esta possa testemunhar mediante a apresentação de uma opinião, diferentemente do que acontece com as demais testemunhas. Em Portugal, contrariamente ao que é defendido por esta corrente, sempre que há produção de prova pericial, a qualidade de perito resulta expressa de forma clara e evidente de todos os documentos ou das declarações prestadas.

qualificações para reforçar o valor da prova e evitando-se assim que ataques pessoais, académicos e/ou profissionais fossem feitos no decurso dos julgamentos; eliminação do depoimento oral das *expert witnesses*[800] e reforço da nomeação de especialistas independentes (voltaremos mais à frente a esta proposta).

Finalmente de entre as propostas para revisão das regras que determinam o que acontece depois do julgamento será de destacar a previsão da responsabilização dos peritos por uma atuação negligente ou por dolosamente terem condicionado o seu testemunho.

Para além das propostas analisadas, há inclusivamente outras que, sendo mais radicais, defendem a eliminação dos júris[801].

Mas a par de todas estas, talvez a mais frequente seja a de revisão da atual redação da FRE 706. Veremos, na secção seguinte, quais as reivindicações e se estaremos a assistir a uma aproximação ao modelo de provas periciais caraterístico do modelo continental.

7.2. APROXIMAÇÃO DO MODELO ADVERSARIAL DE PERÍCIAS NORTE AMERICANO AO MODELO PÚBLICO DE PERÍCIAS CONTINENTAL?

Propositadamente nas secções anteriores não nos pronunciamos sobre a FRE 706. Resolvemos manter a ausência de referência a essa norma porque, considerando o objeto e os objetivos da nossa investigação, julgamos que essa regra é merecedora de uma especial atenção, já que parece concretizar uma aproximação ou, no mínimo, uma abertura ao modelo de perícias realizadas por perito nomeado pelo tribunal e, por isso, imparcial (de origem). E, nessa medida, cremos serem merecedores de uma análise mais detalhada os motivos dessa opção. Procuraremos, pois, identificar os méritos que, na ótica dos atores judiciários norte-americanos,

[800] Esta proposta é desenvolvida por GROSS, Samuel - Expert evidence, *op. cit.,* para quem a presença dos especialistas no julgamento não só multiplica os custos dos processos, como fomenta distorções dos factos discutidos, alimenta o fenómeno do *expert shopping* e afasta os especialistas mais experientes e reconhecidos. Para o autor, a solução passaria pela apresentação de relatórios escritos que, após serem remetidos às partes, poderiam ser objeto de discussão também por escrito (p. ex., pedido de esclarecimentos, levantamento de questões complementares,...). Se o caso fosse submetido a julgamento com júri, bastaria ler os relatórios apresentados e a discussão posterior dos mesmos. Reconhece, apesar disso, que esta alteração encontraria resistência por parte dos advogados aos quais seria negada a possibilidade de contrainterrogar o especialista apresentado pela contraparte e, por isso, aceitaria uma versão mas branda desta proposta em que todo o processo escrito fosse obrigatório, prevendo-se a possibilidade de o perito testemunhar pessoalmente, se a contraparte o requeresse e suportasse os correspondentes custos. Apesar das inerentes desvantagens (mormente com os custos de preparação do julgamento e honorários do especialista), a proposta não deixaria de ter algumas vantagens (seria mais facilmente aceite pelos advogados do que a proposta radical; facilitaria a compreensão dos relatórios e a preparação do interrogatório; sem negar o direito ao interrogatório, sempre limitaria o número de situações em que o mesmo seria produzido; porque menos onerosa, permitiria que a prova pericial fosse produzida em maior número de processos; e por último potenciaria maior discussão entre especialistas do que entre especialistas e advogados).

[801] A proposta é igualmente apresentada por GROSS, Samuel - Expert evidence, *op. cit.,* que esclarece que as normas processuais que regulam os julgamentos do júri inibem muitas vezes reformas mais ousadas e inovadoras e por isso, as reformas vindas de discutir seriam mais facilmente implementadas se fossem eliminados os julgamentos com júri.

justificam uma alteração ou abertura a um modelo que (pelo menos na prática) lhes é ainda distante, mas também as razões pelas quais este não se tornou ainda o modelo principal de produção de prova pericial. Tudo isto nos ajudará a refletir, com auxílio de uma visão afastada da nossa, sobre as vantagens e dificuldades do nosso próprio modelo de prova pericial.

Como fomos já adiantando, uma das propostas de alteração mais difundidas ao modelo do *expert testimony* norte-americano passa por conferir maior atenção à possibilidade já prevista legalmente de o tribunal designar peritos independentes em vez de serem as partes a contratar as suas testemunhas especializadas. Efetivamente, as reclamações para um maior recurso à figura de um especialista independente nomeado pelo tribunal não são recentes nos EUA mas é nos últimos anos que esta figura tem vindo a conquistar maior atenção[802].

Uma rápida excursão por várias edições do tratado de Henry Wigmore é instrutiva. Quando publicou a primeira edição de sua obra em 1903, o autor apresentou uma crítica leviana à prática adversarial da prova pericial e, embora tenha reconhecido que esta configurasse uma questão importante, mostrou-se agnóstico quanto ao conteúdo da reforma[803]. Na segunda edição do seu tratado, vinte anos depois, Henry Wigmore reconhece já que o modelo adversarial de *expert testimony* se tinha revelado um fracasso, que apenas se poderia reverter com a revisão do modelo e substituição por um que instituísse um perito independente, nomeado pelo tribunal[804]. À data, esta solução não tinha sido objeto de ampla discussão, mas reconhecia o autor que seria esse o caminho futuro. E parece que estava certo. É que por essa altura, em 1920, pela primeira vez o Supreme Court of the United States reconheceu a autoridade aos tribunais para nomearem peritos[805] e em 1937 a Uniform Law Commission, seguindo em parte as suas sugestões, abriu portas à nomeação de especialistas pelos tribunais, criando um modelo de *expert testimony* que

[802] Para uma visão diacrónica, podem ler-se CECIL, Joe; WILLGING, Thomas E. - Accepting Daubert's invitation: defining a role for court-appointed experts in assessing scientific validity. *Emory Law Journal* [Em linha]. V 43, N 3 (1994), pp. 995-1017. [24.01.2020]. Disponível em https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/emlj43&div=32&id=&page=. ISSN 0094-4076, pp. 998 e ss; GROSS, Samuel R. - Expert evidence, *op. cit.,* pp. 1188 e ss; COPE, Sophia - Ripe for revision: a critique of federal rule of evidence 706 and the use of court-appointed experts. *Gonzaga Law Review* [Em linha]. V 39 (2003/2004), pp. 163-196. [10.01.2020]. Disponível em http://blogs.gonzaga.edu/gulawreview/files/2011/01/Cope.pdf. ISSN 0046-6115 e CHARLES, Bradford H. - Rule 706: an underutilized tool to be used when partisan experts become "hired guns", *op. cit.,* pp. 954 e ss. Estas foram as fontes por nós seguidas de perto para apresentação desta breve incursão.

[803] John Henry Wigmore - A treatise on the system of evidence in trials at common law *apud* GROSS, Samuel R. - Expert evidence, *op. cit.,* p. 1188.

[804] *Ibidem,* p. 1188.

[805] Caso 253 U.S. 300,312-14 (1920) *apud* COPE, Sophia - Ripe for revision: a critique of federal rule of evidence 706 and the use of court-appointed experts, *op. cit.,* p. 165. No processo, o tribunal admitiu a nomeação de um auditor pelo tribunal distrital para examinar os cálculos apresentados pelas partes, que debatiam obrigações contratuais decorrentes de um contrato de compra e venda de carvão. A *opniniion* do juiz Louis Brandeis, que representou a maioria, afirmou "Courts have *inherent power* to provide themselves with appropriate instruments required for the performance of their duties... This power includes authority to appoint persons unconnected with the court to aid judges in the performance of specific judicial duties, as they may arise in the progress of a cause".

previa essa nova figura. Posteriormente, esta medida foi também acompanhada pela Association of the Bar of the City of New York, que propunha o recurso, em processos judiciais, a um leque de médicos imparciais[806]. Na terceira edição do seu tratado, Henry Wigmore estava otimista porque considerava que o problema teria encontrado a sua solução final[807].

Ainda que expressamente regulada a nomeação de peritos pelos tribunais na FRE 706 de 1975, tal prática parece apenas ter chamado atenção no final dos anos 90, no contexto de uma onda de ações judiciais contra os fabricantes de implantes de silicone, quando, em 1976, no caso Hall v Baxter Healthcare Corp., o juiz Samuel Pointer nomeou um painel nacional de ciências para o auxiliar no exame de provas apresentadas nos vários milhares desses casos que haviam sido instaurados no tribunal em que exercia funções[808]. E parece que, à medida que as responsabilidades de *gatekeeper* se iam incrementando, mais juízes estavam dispostos, como pediu o juiz Breyer em Joiner, a chamar diretamente a comunidade científica em auxílio dos tribunais[809].

A atratividade deste modelo é óbvia porque permite resolver os maiores riscos do *expert testimony* adversarial: a escolha dos especialistas deixa de ser feita pelas partes e, por isso,

---

[806] Cf. ASSOCIATION OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK - *Report of the Special Committee on the Federal Loyalty-Security Program*. New York: Dodd, Mead & Company, 1956. Algumas tentativas neste sentido tinham sido já levadas a cabo, designadamente em Baltimore. Nesta cidade foi feita uma experiência judicial, no âmbito das perícias psiquiátricas, na qual a comunidade médica forneceu uma lista de três ou quatro especialistas qualificados em cada especialidade e, sempre que houve necessidade de o juiz ser auxiliado por especialistas em determinadas matérias, estes foram convocados em rotação para aconselhar o tribunal, sendo o custo repartido pelas partes, que mantinham o seu direito de apresentar os seus próprios especialistas. Os méritos deste modelo foram reconhecidos por todos os intervenientes processuais e são-nos descritos por GUTTMACHER, Manfred S. - The psychiatrist as an expert witness. *The University of Chicago Law Review* [Em linha]. V 22, N 2 (1955), pp. 325-330. [11.08.2021]. Disponível em HTTPS://WWW.JSTOR.ORG/STABLE/1598423. ISSN 1939-859X, PP. 329 e 330.

[807] Cf. GROSS, Samuel R. - Expert evidence, *op. cit.,* p. 1188.

[808] Cf. Hall v Baxter Healthcare Corp, 947 FSupp 1387 (D Ore 1996). Também o Juiz Steven Breyer do United States Supreme Court mostrou as suas preocupações na interseção entre a lei e a ciência e, citando um documento arquivado no New England Journal of Medicine, lembrou: "[A] judge could better fulfill this gatekeeper function if he or she had help from scientists. Judges should be strongly encouraged to make greater use of their inherent authority... to appoint experts... Reputable experts could be recommended to courts by established scientific organizations, such as the National Academy of Sciences or the American Association for the Advancement of science", após o que acrescentou ainda "Given this kind of offer of cooperative effort, from the scientific to the legal community, and given the various Rules-authorized methods for facilitating the courts' task, it seems to me that Daubert 's gatekeeping requirement will not prove inordinately difficult to implement; and that it will help secure the basic objectives of the Federal Rules of Evidence; which are, to repeat, the ascertainment of truth and the just determination of proceedings" - *apud* CHARLES, Bradford H. - Rule 706: an underutilized tool to be used when partisan experts become "hired guns", *op. cit,* p. 950. O caso que justificou o recurso a um especialista independente foi um processo de divórcio em que se discutia a avaliação patrimonial da prática odontológica do marido. As duas partes apresentaram os respetivos especialistas, que apresentaram avaliações de US $ 276.300,00 e de US $ 614.500,00.39. O juiz concluiu que, em consciência, não podia aderir a nenhuma das avaliações, que se afastavam em mais de um terço de um milhão de dólares e que para tomar uma decisão assente na realidade e não em especulação, teria que nomear um especialista independente. Este é outro motivo que justifica o apelo a peritos sem relação com as partes pelo facto de poder abrandar a propensão para a especulação porque sempre que há divergência nos depoimentos de peritos, a tendência é concluir que apenas o coincidente entre esses depoimentos pode ser tomado por certo, e nem sempre tal conclusão reflete a verdade. Além disso, um raciocínio desse tipo encoraja as partes a oferecer opiniões extremadas e sem suporte, para que o meio termo esteja mais próximo do resultado que pretendem alcançar. O perito independente poderá assim ser olhado como fonte de maior racionalidade e equidade.

[809] Foi o caso, p. ex., do juiz Richard Posner que por diversas ocasiões recomendou o recurso a especialistas independentes, solicitando ao perito contratado por cada parte que designasse um terceiro, um perito neutro, que seria nomeado pelo tribunal para realizar os estudos necessários no sentido de o auxiliar a exercer as suas funções de *gatekeeping* (cf. Indianapolis Colts, Inc. v. Metro. Balt. Football Club Ltd., 34 F.3d 410, 415 (7th Cir. 1994) e High Fructose Corn Syrup Antitrust Litig., 295 F.3d 651, 665 (7th Cir. 2002)). Uma referência biográfica é pertinente para lembrar que Richard Posner é um dos principais expoentes do movimento *Law and Economics,* uma corrente de pensamento segundo a qual os processos judiciais, mais do que assegurar direitos, devem produzir a mais eficiente alocação de recursos.

tendenciosa, e a compensação recebida pelos especialistas deixa de ser motivo para duvidar da sua imparcialidade. Dito de outra forma, se as testemunhas são escolhidas e compensadas pelo tribunal, reduzem-se os riscos de parcialidade e há maior empenho do perito em auxiliar na descoberta da verdade do que em satisfazer as pretensões da parte que o designou. Simultaneamente, a designação pelo tribunal de um perito impede os efeitos nefastos do *cross-examination,* já que os advogados das partes não podem preparar a sua inquirição nem condicionar as respetivas respostas. Uma aproximação aos motivos que justificam, no modelo continental, a preferência pela perícia pública/oficial ou realizada por perito nomeado pelo tribunal.

Das notas do Advisory Committee para justificar a nomeação de testemunhas especializadas pelo tribunal, resulta uma clara preocupação com a venalidade de alguns especialistas e a relutância de muitos outros cooperarem em processos judiciais[810]. E, embora à data admitisse que o seu uso era pouco frequente, supunha a entidade que a disponibilidade do procedimento por si só diminuía a necessidade de a ele se recorrer, porque existindo a possibilidade de o juiz nomear um perito num determinado caso, os especialistas contratados pelas partes receariam que o seu trabalho fosse sujeito a escrutínio por especialistas independentes e, por isso, teriam menor tendência para apresentar resultados parciais e pouco confiáveis.

Se considerarmos ainda que os peritos independentes podem assumir as funções do *technical advisor*, a conclusão óbvia é que não só se tornará desnecessária esta figura, como se mostrará também possível um esclarecimento prévio ao julgamento sobre os princípios subjacentes à matéria em discussão. Isto permitirá que, aquando da inquirição dos peritos indicados pelas partes, o tribunal e o júri tenham já conhecimento sobre os princípios científicos fundamentais de que aqueles não podem discordar ativamente.

Ademais, este perito independente estará em melhor posição para auxiliar o juiz a determinar se os peritos das partes apresentam um conhecimento cientificamente admissível, ou se se reporta a *junk science.* Igualmente permitirá sintetizar e clarificar afirmações cientificamente contestadas: um especialista independente designado pelo tribunal pode ser encarregue de conduzir um levantamento da literatura existente sobre a questão em litígio, de maneira a fornecer ao tribunal informações sobre o tema que permitam acolher alguma das posições defendidas ou,

[810] *Vide* Notes of Advisory Committee on Proposed Rules, disponíveis em https://www.law.cornell.edu/rules/fre [17.02.2019].

inclusivamente, dar ao tribunal o conhecimento de factos, objeções e teorias não evidenciados nos depoimentos ou relatórios dos especialistas das partes. E por isso tem ainda a vantagem de combater a tendência generalizada dos jurados atribuírem um peso indevido ao depoimento do primeiro especialista ouvido em julgamento.

Por último, a opção pela nomeação de um perito pelo tribunal permite reduzir os custos com este tipo de prova, desde logo pelo facto de as partes poderem dividir a compensação devida ou ser esta paga pela parte vencida. Além disso, a capacidade financeira das partes poderá revelar-se um fator menos determinante para o tipo e a forma de prova pericial apresentada em juízo.

Por tudo isto, variações dessa solução foram defendidas por muitos atores frustrados com o pernicioso espetáculo preconizado pelas *expert witnesses.* Propostas de mecanismos para a seleção de especialistas neutros, a serem nomeados pelo governo ou pelo tribunal, para substituir (ou complementar) testemunhas especialistas controladas pelas partes são ainda hoje bastante comuns.

Embora em teoria estes peritos independentes possam acalmar muitas das preocupações sobre o partidarismo, há, no entanto, uma tensão nessa solução proposta: é que se foram as incertezas da cientificidade do depoimento dos especialistas designados pelas partes que justificaram a nomeação de peritos pelo tribunal, certo é que estes não podem eliminar as dúvidas científicas ou perspetivas teóricas divergentes. Nestas situações pode verificar-se uma de duas consequências: o especialista independente explica os conflitos que levaram os especialistas a conclusões diferentes e, neste caso, o júri enfrentaria o mesmo dilema (afirmações contraditórias e nenhum mecanismo epistémico legítimo para resolver a divergência); ou, alternativamente, o perito apresenta apenas uma das teorias possíveis, mascarando-a como única aceitável, mas apenas pela superação de uma perspetiva dissidente ilegítima, já que uma alternativa do ponto de vista científico plausível seria mantida longe dos ouvidos do júri[811]. Esta preocupação já havia sido apresentada pelo Advisory Committee aquando da previsão da FRE 706, que não deixou de chamar atenção para o facto de, nestas situações, as declarações dos peritos poderem adquirir uma aura de infalibilidade que não lhes deveria ser reconhecida[812]. Um risco que verificamos ser real na nossa conjuntura.

[811] A objeção é bem desenvolvida por MNOOKING, Jennifer L. - Idealizing science and demonizing experts: an intellectual history of expert evidence, *op. cit.,* p. 778.

[812] *Vide* Notes of Advisory Committee on Proposed Rules sobre a rule 706, já citadas.

Esta não é, porém, a única preocupação que justifica que a *práxis* não se tenha mostrado aberta à mudança e não tenha acompanhado os esforços legislativos e doutrinais para incrementar o uso de especialistas independentes[813]. De entre as razões apresentadas pela literatura para justificar a falta de abertura dos tribunais à nomeação de peritos independentes aquela que reúne maior relevo é o receio de interferência na natureza adversarial do processo[814]. Assim é por diferentes motivos.

Por um lado porque há ainda a ideia de que sempre que há a nomeação de um perito independente pelo tribunal parece ser negado o direito às partes de apresentarem os seus meios de defesa, designadamente as suas *expert witnesses*[815].

Por outro lado porque há um reconhecimento generalizado de que sobre o perito nomeado pelo tribunal se depositam esperanças da sua independência e da contribuição na descoberta da verdade. Ora, partindo dessa premissa, não se antevê como pode ser evitado que a estes especialistas se reconheça um poder sobre o processo que venha a concorrer com o poder que as partes detêm sobre o mesmo. Este receio é precisamente o que justifica a resistência da maioria dos advogados a procedimentos que limitariam o seu controlo sobre a apresentação da prova. Se tivermos em linha de conta que o modelo de especialistas independentes das partes implica que as partes cedam no controlo que detêm sobre o processo a favor de terceira pessoa, então não podemos ignorar que qualquer advogado reconhece que perder o controlo criará um risco para o resultado final da causa, que pode ser prejudicial aos interesses dos seus clientes. Por isso parte precisamente dos próprios advogados alguma resistência à mudança do sistema existente e o mais crível é que sejam os próprios advogados a insurgirem-se contra uma qualquer mudança a

[813] Diversos estudos foram desenvolvidos ao longo dos anos para verificar a abertura dos tribunais aos peritos independentes. As conclusões de todos eles não deixam de ser pouco animadoras e parecem contrariar as reivindicações da doutrina e da legislação, que há muito vêm com bons olhos o recurso a este tipo de prova pericial. Um estudo elaborado pelo Federal Judicial Center, que incluiu uma pesquisa de todas as decisões dos tribunais federais publicadas até 1985, encontrou apenas quarenta e cinco referências à regra 706 e apenas em trinta e sete casos foi feita alguma nomeação. Mais tarde, essa mesma entidade desenvolveu um novo estudo empírico que envolveu 79% de todos os juízes de tribunais federais e destes 81% admitiu nunca ter indicado um perito sob a regra 706 e apenas 8% afirmou ter nomeado um especialista independente mais de uma vez. Cf. GROSS, Samuel R. - Expert Evidence, *op. cit.,* p. 1191.

[814] Num estudo desenvolvido por Andrew Jurs ficou bem patente que 77% dos juízes não tinha nomeado especialistas independentes precisamente por receio de ferir o modelo adversarial - JURS, ANDREW W. - Questions from the bench and independent experts: a study of the practices of state court judges. *University of Pittsburgh Law Review* [Em linha]. V 74 (2012), pp. 47-83. [10.12.2019]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2027549. ISSN 1942-8405, p. 64.

[815] Cf. MNOOKING, Jennifer L. - Idealizing science and demonizing experts: an intellectual history of expert evidence, *op. cit.,* p. 778.

favor deste tipo de prova pericial. Esta parece ser, para a doutrina, a verdadeira explicação para a residual nomeação de especialistas independentes[816].

Em terceiro lugar porque se reconhece o risco de ser associada uma ideia de imparcialidade e infalibilidade das informações prestadas pelos peritos nomeados pelo tribunal quando a experiência já permitiu demonstrar que os peritos são tão falíveis quanto qualquer outra pessoa[817]. Além disso, tendo em conta o poder que lhes é reconhecido, a inexistência de uma entidade administrativa responsável pela avaliação da prestação de serviços destes especialistas e pela regulação da sua atuação parece elevar o temor de os tribunais ficarem reféns destes peritos[818].

Em quarto, receia-se ainda a (im)parcialidade do juiz, que associa o seu prestígio a uma testemunha em particular e a limitação do direito das partes a uma decisão do júri, já que o perito se tornará no verdadeiro *factfinder*[819].

E no final de tudo isto porque a produção de prova pericial por peritos independentes parece deixar enfraquecido o sistema contraditório em que assenta o processo judicial porque não será possível a preparação do seu depoimento e respetivo contraditório[820].

Mas outras explicações têm sido apontadas para o uso residual deste poder de nomeação de especialistas pelos tribunais.

Uma delas prende-se com o facto de a FRE 706 não ser suficientemente estruturada e uma interpretação conjunta com as demais regras permitir o afastamento da nomeação de especialistas pelos tribunais.

---

[816] Cf. Howard K. Berry *apud* GROSS, Samuel R. - Expert evidence, *op. cit.,* p. 1197. Na mesma obra, a p. 120, lê-se a seguinte passagem das palavras de um advogado, que é demonstrativa disto mesmo: "I love nothing more than to have a good forensic psychiatrist in a case. I enjoy going over their testimony with them beforehand, preparing with them, reviewing all their records and everything else pertinent to the case, developing all our reasons and erecting all our supports for the case together. When all of this has been built in advance, and when we have done our job well, it's a beautiful thing when they come into court. When they 'have done their job well, I don't even have to make a closing argument. They have made it for me". Esta explicação demonstra bem que no modelo adversarial a principal tarefa do advogado é tentar controlar o especialista e o principal método para tal é a preparação do seu depoimento. No desempenho do patrocínio, o advogado de julgamento tem como dever saber antecipadamente todas as respostas que as testemunhas - suas e da contraparte - apresentarão no seu depoimento e no contrainterrogatório. Ora, se os especialistas nomeados pelas partes se enquadram neste esquema, o mesmo já não acontece com os peritos nomeados pelo tribunal. Estes não têm qualquer compromisso com as partes em preparar o seu testemunho e muitas vezes a sua posição geral não será conhecida antecipadamente, mas mesmo que seja conhecida e favorável a um lado específico, não será controlável o seu depoimento em julgamento. A consequência lógica é que interrogatório deixa de ser hostil e por vezes é até inexistente, resultando numa aceitação acrítica da opinião do especialista, sem passar pelo crivo do contraditório. Os advogados receiam tais riscos e assim preferem confiar em especialistas nomeados pelas partes, ainda que suspeitos de parcialidade, mas mais próximos e previsíveis. Veja-se ainda MNOOKING, Jennifer L. - Idealizing science and demonizing experts: an intellectual history of expert evidence, *op. cit.,* p. 778 e ss.

[817] Para considerações mais detalhadas, veja-se GROSS, Samuel R. - Expert evidence, *op. cit.,* p. 1193.

[818] Cf. MNOOKING, Jennifer - L. Idealizing science and demonizing experts: an intellectual history of expert evidence, *op. cit.,* p. 778.

[819] Cf. GROSS, Samuel R. - Expert evidence, *op. cit.,* p. 1193.

[820] Veja-se a anterior nota de rodapé n.º 815.

Outra, pelo facto de a norma não definir áreas específicas de especialização nem ajudar os juízes a identificar e selecionar os especialistas mais adequados[821].

Por vezes, tem ainda sido apontada a ignorância dessa possibilidade por parte dos juízes e advogados: não por falta de informação, mas por desinteresse e por falta de reconhecimento de resultados positivos porque se a prática fosse reconhecida como vantajosa, seria mais divulgada e amplamente conhecida[822].

Outras tantas, o facto de o papel do especialista independente ser olhado com algum desprezo pelos defensores do modelo adversarial ou simplesmente pelo facto de alguns especialistas não aceitarem sujeitar-se às hostilidades dos interrogatórios preconizadas pelos advogados das partes.

Também o receio de os peritos nomeados pelos tribunais fazerem um trabalho rotineiro e de má qualidade, sem a devoção e a perfeição que marcam o trabalho do especialista indicado pelas partes (muitas vezes até pelo facto de não terem acesso ilimitado e imediato ao processo como os especialistas indicados pelas partes) a que acrescem as limitações do controlo exercido pelas partes sobre a perícia[823].

Por fim, outro dos motivos que justifica a falta de nomeação de especialistas independentes em mais casos, prende-se com o facto de tribunais se mostrarem fechados a esta possibilidade. E tal é facilmente compreensível: na medida em que os juízes vêm seu papel de supervisionar a apresentação de provas ao júri, os especialistas indicados pelas partes são o menor dos seus problemas, já que *a priori* serão pessoas experientes, bem preparadas e competentes, e a sua indicação será sempre da responsabilidade das partes. Por sua vez, um especialista nomeado pelo tribunal não é da responsabilidade de ninguém e mesmo que os juízes quisessem assumir

[821] Uma vez que encontrar especialistas se mostra, por vezes, como um dos obstáculos à nomeação de especialistas independentes, a literatura clama pela criação de painéis de especialistas qualificados e dispostos a aceitar nomeações judiciais - cf. GROSS, Samuel R. - Expert evidence, *op. cit.,* p. 1193. O New York Medical Expert testimony Project colocou em prática precisamente esta proposta, mas caiu em desuso geral em 1976.

[822] Cf. GROSS, Samuel R. - Expert evidence, *op. cit.,* p. 1197.

[823] Bernard L. Diamond *apud* GROSS, Samuel R. - Expert evidence, *op. cit.,* p. 1193. Apesar disso, reconhecem os autores não terem conhecimento de qualquer queixa apresentada contra peritos nomeados pelos tribunais, à exceção das participações contra psiquiatras e psicólogos.

essa responsabilidade estariam numa posição desfavorável para o fazer[824]. A passividade judicial é a consequência inevitável.

Apesar disso, alguns esforços têm sido levados a cabo para fomentar a intervenção de peritos nomeados pelo tribunal sempre que seja necessário apreciar factos que exijam especiais conhecimentos de que os juízes e/ou o júri não disponha.

Um desses esforços resultou na criação do projeto Court Appointed Scientific Experts desenvolvido pela American Association for the Advancement of Science para promover o uso de especialistas independentes[825].

Outros resultaram no desenvolvimento e apresentação de propostas para melhorar o modelo. De entre estas, algumas passam pela reformulação do texto da FRE 706, de maneira a que forneça aos tribunais uma maior orientação no uso de especialistas independentes, já que a sua redação se mostra ambígua e falha em abordar uma infinidade de questões implicadas pelo uso de peritos independentes. Neste seguimento, a doutrina tem vindo a equacionar um conjunto de questões que têm que ser respondidas para a concretização de um modelo mais consentâneo com as necessidades judiciais e que potencie a sua utilização. De entre essas, surgem as seguintes: os especialistas indicados pelo tribunal devem ajudar os juízes nas suas funções de seleção de Daubert ou devem testemunhar perante os júris, juntamente com os especialistas

[824] Como esclarece GROSS, Samuel - Expert evidence, *op. cit.,* p. 1203, os juízes norte americanos têm pouca ou nenhuma informação prévia sobre os cacos com os quais se depararão e pouco ou nenhum tempo para se preparar para o julgamento. Por isso, não poderão realizar o tipo de preparação que é feito entre advogados e *expert witnesses*. Além disso, a preparação de testemunhos extrajudiciais pelo juiz é um conceito estranho para a lei norte-americana e contraria as normas vigentes. Dito de outra forma, os especialistas designados estão sozinhos, o que torna os juízes relutantes em usá-los, sobretudo nos julgamentos com júri, onde as formalidades e a necessidade de preparação são maiores. Recorrendo à metáfora apresentada por Samuel Gross "in a system in which expert witnesses generally come from well managed stables, a court- appointed expert is a horse with no rider".

[825] O projeto procura auxiliar os juízes federais, estaduais e de direito administrativo na identificação de cientistas, engenheiros e profissionais de saúde altamente qualificados para atuarem como peritos nos processos judiciais. A equipa seleciona especialistas para cada caso concreto, em função da área em que se inserem os factos em discussão e lançando mão a vários métodos e recursos para identificar os especialistas mais adequados. De entre estes, destacam-se informações recolhidas junto das diferentes ordens profissionais e outras instituições científicas e a elaboração de um painel de recrutamento e seleção, composto por cientistas, engenheiros e profissionais de saúde altamente respeitados. Desde 2001 que este projeto recebeu solicitações dos mais variados tribunais e com diferentes finalidades: avaliar as qualificações e conflitos de interesse dos especialistas propostos pelas partes; assessorar na gestão de litígios envolvendo especialistas recomendados pelo CASE; auxiliar os juízes a decidir sobre o admissibilidade das provas apresentadas; coadjuvar os juízes a aperfeiçoar as questões a serem abordadas pelos especialistas; e determinar que tipos de especialistas são mais apropriados para depor sobre os factos em litígio. Para conhecer o projeto, veja-se a sua página *online* https://www.aaas.org/programs/court-appointed-scientific-experts. Apesar de na sua página se encontrarem inúmeros agradecimentos, a doutrina tem chamado atenção para o facto de a maioria dos processos com intervenção do CASE terminarem em acordos. Essa foi a principal razão que motivou que o projeto não recebesse mais pedidos de colaboração a partir de 2008 - *Vide* HAACK, Susan - Irreconcilable differences? The troubled marriage of Science and Law, *op. cit.,* p. 21. Contudo, Andrew Jurs alerta para o facto este fracasso da experiência não justificar o abandono destas formas de seleção dos especialistas nos processos judiciais, esclarecendo que há diferenças significativas entre os modelos: o projeto CASE nasceu e desenvolveu-se tendo apenas por destinatários os juízes que sentiam necessidade de solicitar um especialista; além disso, o projeto só procurava avaliar e identificar os especialistas após haver uma solicitação por algum tribunal, não possuindo por isso grupos de especialistas permanentes; por fim, o projeto surge de uma proposta institucional de uma organização privada e, ainda que sem fins lucrativos, dependia em grande parte dos mais de cento e vinte mil membros - cf. JURS, Andrew W. - Balancing legal process with scientific expertise: expert witness methodology in five nations and suggestions for reform of post-Daubert U.S. reliability determinations, *op. cit.,* pp. 1413 e 1414. Sobre o projeto, pode ainda ler-se RUNKLE, Deborah - Court appointed scientific experts: a demonstration project of the American Association for the Advancement of Science. *Risk Decision and Policy* [Em linha]. V 6 (2001), pp. 139-143. [16.12.2019]. Disponível em DOI: https://doi.org/10.1017/S1357530901000369. ISSN 1466-4534.

contratados pelas partes; quem deve pagar os honorários dos serviços prestados pelos peritos independentes e como devem ser instruídos sobre potenciais conflitos de interesse[826].

Outra sugestão partilhada pela doutrina passa pela adoção de uma regra mais abrangente, que autorize o uso de especialistas nomeados pelo tribunal para dois propósitos principais: auxiliar o juiz na decisão de admissibilidade e auxiliar o decisor (seja ele juiz ou júri) na decisão de valoração (p. ex., explicando a terminologia básica e conceitos subjacentes da área de conhecimento que envolve o processo, como um consultor técnico)[827]. Para a doutrina, a nova redação deveria ainda impedir o juiz de instruir o especialista verbalmente em audiência, assim assegurando que todas as instruções fiquem registadas por escrito, para facilitar a apreciação da decisão em caso de recurso. De todo o modo, deveria sempre assegurar que tanto o juiz como os advogados das partes têm legitimidade para formularem ao perito nomeado as questões tidas por relevantes[828].

As propostas sugerem ainda que a nova regra tenda a sugerir aos juízes que incentivem uma comunicação entre advogados das partes e o agendamento de uma conferência pré-julgamento tendo em vista a discussão sobre a (des)necessidade de consulta de um perito[829]. Tem também sido discutida a possibilidade de uma intervenção dos especialistas nomeados pelo tribunal numa fase anterior ao julgamento, na qual se desenrolaria o contraditório e se poderia chegar a acordo quanto a algumas das questões em discussão, situação que evitaria assim toda a hostilidade do contraditório[830].

O Federal Judicial Center acrescentou que deveria ainda ser exigida uma descrição do trabalho a desempenhar pelos peritos independentes em todos os casos em que participassem, que permitisse servir os seguintes propósitos: estabelecer um registo dos termos e condições da nomeação; esclarecer o papel do especialista em relação ao papel do juiz; definir as questões

[826] Por todos, KAUFMAN, H. H. - The *expert witness*. Neither Frye nor Daubert solved the problem: what can be done?, *op. cit.,* pp. 17 e 18.

[827] Esta redação deveria, contudo, permanecer fiel aos conceitos tradicionais, fazendo a distinção conveniente entre o especialista nomeado pelo tribunal que facilita a decisão de admissibilidade do juiz, do especialista que auxilia o juiz ou júri (*consulting expert* ou *neutral educator* e *testifying expert*).

[828] Cf. COPE, Sophia - Ripe for revision: a critique of federal rule of evidence 706 and the use of court-appointed experts, *op. cit.,* pp. 177 e ss.

[829] *Ibidem,* pp. 177 e ss.

[830] A título exemplificativo, vide REDMAYNE, Mike - Expert evidence and criminal justice. Oxford: Oxford Uuniversity Press, 2004. ISBN 0198267800, p. 198.

legais e técnicas do caso; identificar as questões técnicas que o especialista devesse tratar; e estabelecer procedimentos para reunir informações e relatar descobertas e opiniões[831].

Reflete-se ainda sobre a exigência de apresentação de um relatório no qual fiquem a constar estudos ou informações adicionais que o especialista considere relevantes para o esclarecimento das questões que lhe são colocadas, bem como a sua opinião sobre o significado de outras provas admitidas e testemunhos de demais especialistas, sendo reconhecida ao juiz a liberdade de examinar também a admissibilidade dessas provas[832].

Recorrendo a soluções encontradas noutros ordenamentos, a doutrina também apelou ao desenvolvimento do regime em vigor nos EUA, através da concretização de transplantes localizados. Um dos estudos mais desenvolvidos foi levado a cabo por Andrew W. Jurs que, no seguimento do modelo vigente no Canadá, sugere que as partes sejam obrigadas a apresentar um resumo da prova pericial que será produzida antes do julgamento para que o juiz consiga determinar quais as divergências entre os especialistas, o suporte para as mesmas e quais as (in)certezas científicas e o atual estado de investigação. Depois disso o tribunal poderia marcar uma diligência para esclarecimento de questões ou para tomar uma decisão quanto à prova. Tal teria a vantagem de permitir ao tribunal um registo claro das questões divergentes, já que o relatório permitiria delinear especificamente o estado da ciência sobre um assunto no momento da decisão. Por isso, tornar-se-ia mais fácil para o juiz aplicar o teste de confiabilidade de Daubert e permitiria ainda um controlo mais eficaz e eficiente do que o recurso ao especialista independente previsto na FRE 706[833].

O autor não deixa ainda de fazer apelo ao modelo adotado na Alemanha e no Japão nos processos de natureza cível (em larga medida semelhantes ao modelo português), em que o tribunal nomeia um perito independente para o auxiliar na apreciação da prova, colocando então o acento tónico nas regras de nomeação dos especialistas para assegurar que o perito único selecionado é qualificado e imparcial para intervir no processo judicial. Inspirado nesta solução, sugere que os especialistas passem a ser nomeados pela ordem a que pertencem, já que são essas entidades que têm competência para determinar quais as qualificações apropriadas para

[831] Cf. FEDERAL JUDICIAL CENTER - Court-appointed experts: defining the role of experts appointed under federal rule of evidence 706 [Em linha]. Washington, Federal Judicial Center: 1993. [16.12.2019]. Disponível em https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/experts.pdf.

[832] Cf. COPE, Sophia - Ripe for revision: a critique of federal rule of evidence 706 and the use of court-appointed experts, *op. cit.*, pp. 187.

[833] Cf. JURS, Andrew W. - Balancing legal process with scientific expertise: *expert witness* methodology in five nations and suggestions for reform of post-Daubert U.S. reliability determinations, *op. cit.,* pp. 1403 e ss. Ciente das dificuldades, o autor reconhece que esta proposta poderia sofrer alguma resistência advinda dos receios de morosidade processual e da ingerência no modelo adversarial dos processos.

cada situação e para identificar os especialistas dotados dos mais altos padrões de profissionalismo e ética. Uma vez selecionados, os especialistas deveriam estar disponíveis para intervir em duas situações: como especialistas independentes, a nomear nos termos da FRE 706; ou ser chamado pelas partes como seus especialistas.

Os benefícios desta proposta são evidentes: para além da possibilidade de os juízes serem auxiliados, de forma célere, por especialistas imparciais, tornaria o contraditório num instrumento que exporia as fraquezas das opiniões do especialistas contratados pelas partes; o uso cada vez mais frequente imporia que os especialistas nomeados pelas partes se tornassem menos partidários porque seriam expostos como especialistas contratados e não neutros; ao fazê-lo, o enfoque poderia novamente mudar da persuasão para o mérito científico do testemunho; os especialistas neutros e o uso adicional do procedimento especializado da FRE 706 poderiam ainda auxiliar o juiz no desempenho de suas funções e auxiliar no incentivo de resultados que reflitam metodologias científicas precisas. Tal não teria implicações para o direito à prova das partes, que manteriam a possibilidade de apresentar os seus próprios especialistas. Estes seriam, contudo, sujeitos a um maior escrutínio por peritos independentes que, apesar disso, não retirariam a autoridade final para decidir ao júri. Conclui o autor afirmando que o equilíbrio entre o processo judicial e a perícia científica não estaria sujeito a mudanças radicais e sem apoio inconsistente com o regime jurídico vigente.

Reconhece, apesar disso, que algumas objeções poderão ser levantadas a esta conceção, desde logo porque a prática judicial evidencia que os juízes permaneceriam relutantes em indicar um especialista independente, seja porque tal desvirtuaria o modelo processual norte-americano, seja porque relevariam os receios de morosidade e dificuldades na identificação dos especialistas. Em resposta ao argumento de que uma nomeação desse tipo põe em causa o modelo adversarial, Andrew Jurs argui que a própria FRE 706 remove essas barreiras; quanto ao segundo, afirma que a sua sugestão resolveria esse receio. E assim finaliza defendendo que as objeções só demonstram que o atual sistema deve ser repensado[834].

Ao procurarmos agora responder à questão que colocamos no título deste capítulo, não podemos esquecer que, contrariamente àquilo que se verifica no nosso modelo, não se encontra

[834] O autor vai mais longe e refere mesmo que não deve ser posta de lado esta solução por mero orgulho. Lembrando o trabalho de John H. Langbein - Cultural Chauvinism in Comparative Law, afirma que o argumento muitas vezes esgrimido para manutenção do modelo adversarial de perícias é verdadeiramente a vontade de rejeitar outras abordagens, por força de um preconceito de superioridade dos norte-americanos relativamente aos todos os demais.

nos EUA qualquer referência à preferência pelas perícias públicas/oficiais ou realizadas por peritos nomeados pelos tribunais.

Além disso, é também evidente que o regime de designação dos peritos nomeados pelo tribunal se encontra bem mais pormenorizado e densificado nos países de família continental do que nos EUA. Note-se, a respeito, que as preocupações com a isenção e imparcialidade do perito são ainda muito mais vincadas no nosso modelo de Direito probatório do que no modelo norte-americano, que se centra sobretudo na fase de admissibilidade da prova pericial, mais dependente da sua relevância e confiabilidade, do que da sua valoração, que é deixada para o juiz dos factos.

Estas observações seriam o bastante para, pelo menos à primeira vista, darmos uma resposta negativa à interrogação formulada. Porém, consideramos que não devemos ignorar que a preocupação subjacente à disposição em análise partilha dos mesmos objetivos da formulação da prova pericial no modelo continental. Aliás, só por essa razão é que se compreendem os diversos estudos a reclamar por um transplante ou uma inspiração que parta do modelo de nomeação dos peritos pelo tribunal. Com efeito, julgamos ser inegável que os reptos para promoção de peritos independentes demonstram uma preocupação maior com a imparcialidade na produção do *expert testimony* e, por consequência, uma aproximação ao modelo do perito sem relação com as partes, eleito pelo modelo dos países integrantes da tradição romano-germânica.

Para finalizar, não podemos concluir sem chamarmos atenção para aquele que para nós se reveste de um curioso paradoxo: é que muito embora tenha ainda reduzida expressão na prática judicial este modelo de especialista nomeado pelo tribunal, a literatura e jurisprudência não deixaram de manifestar algumas preocupações decorrentes desta opção (designadamente os riscos que podem ocorrer por força de uma inevitável atribuição de uma aura de confiabilidade ou de uma delegação de competências do tribunal para tais peritos) quando atualmente se vêm envoltos num modelo contraditório de perícias que parece não agradar a nenhum participante da justiça. E, por isso, é de salientar que mesmo não tendo ainda repercussão prática esta opção, não deixam os juristas e atores judiciais norte-americanos de estar mais conscientes das limitações e repercussões negativas do nosso modelo, que parecem ainda largamente ignoradas ou desconsideradas pela comunidade da *civil law*.

PONTO DE ORDEM

Da análise que foi feita nas páginas anteriores, constatamos que o modelo de *expert testimony* dos EUA assenta na estrutura de um processo adversarial, em que a produção de conhecimento especializado é da iniciativa das partes, sobre as quais recai o ónus de contratar os seus próprios especialistas e de os preparar para a ribalta do julgamento.

Por essa razão se compreende que os maiores cuidados em se assegurar que só o conhecimento relevante e confiável entra nas salas dos tribunais surjam numa fase anterior à sua produção. É por isso na fase em que se decide sobre a sua admissibilidade que se centram maiores atenções porque é aí que se opera o juízo da sua relevância e confiabilidade, sendo a valoração deixada ao juiz dos factos.

O modelo tem sido muito criticado, sobretudo pela falta de imparcialidade das *expert witnesses* e, por efeito, a falta de credibilidade das opiniões apresentadas. Por isso é que há muito tempo têm subsistido reivindicações legislativas e doutrinais sobre uma revisão ao modelo, apontando como um dos caminhos a nomeação de especialistas pelos tribunais. Reconhecendo vantagens no modelo, certo é que esta proposta não tem merecido acolhimento, designadamente pelo facto de se reconhecer o risco de uma delegação da decisão ou, no mínimo, de uma atitude deferencial. Muito apesar das preocupações apontadas, a proposta desta aproximação aos modelos de prova pericial aos estados que integram a tradição romano-germânica oferece, para a doutrina, vantagens significativas e por isso são inúmeras as aspirações de abrir portas aos processos judiciais apenas a especialistas neutros. Tudo isto permite então legitimar a conclusão de que, pelo menos na área do *expert testimony*, os EUA estão a considerar a abertura do sistema da prova pericial adotado nos ordenamentos de matriz romano-germânico e cujos méritos não deixam de ser reconhecidos mesmo pelos adeptos do sistema adversarial de perícias.

Daqui extraímos então que o modelo que aqui analisámos nos permitiria concluir pela desadequação de um modelo puro de perícia adversarial à boa administração da justiça. Pese embora isso, julgamos ter ficado evidenciado que, de entre as vantagens deste modelo, uma delas reside na consciência de que há bons argumentos para evitar o critério da cientificidade do conhecimento como sinónimo da sua confiabilidade. Se estamos interessados na qualidade da prova, mais importante do que o seu caráter técnico, científico ou artístico, será conhecer as razões da sua qualidade. Outras preocupações só obscurecem os problemas reais na obtenção de informações relevantes. E julgamos que os critérios desenvolvidos na experiência norte-americana se revelam epistemologicamente orientados e podem ser um bom ponto de partida para a revisão

do nosso modelo, que pretendemos também epistemologicamente orientado e sem atropelo de competências.

PARTE VII

CONTRIBUTOS PARA O APERFEIÇOAMENTO DO REGIME JURÍDICO DA PROVA PERICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ANÁLISE E ORDEM METODOLÓGICA DA EXPOSIÇÃO

E assim chegamos à parte final. Depois de dedicarmos cada uma das partes anteriores à problematização, sob diferentes perspetivas, da (des)adequação dos modelos de prova pericial previstos no CPP e CPC, julgamos ser o momento de contribuirmos para a sua (re)aproximação ao exercício adequado da administração da justiça. Para isso temos por necessário repensar os modelos à luz de critérios epistemicamente orientados e que devolvam o exercício da função jurisdicional ao tribunal.

Partimos para esse propósito com a consciência de que parte dos problemas que identificamos nas partes anteriores não são (exclusivamente) originados pelo nosso ordenamento jurídico nem pela forma como no mesmo se encontra desenhada a entrada de conhecimento especializado no processo judicial. De resto, vimos que partilham de iguais preocupações outros ordenamentos jurídicos da mesma tradição jurídica. Mas aferimos que um modelo largamente distinto e de tradição jurídica distante encontra também problemas (distintos) de ordem epistémica. Julgamos que estes são antes fenómenos que decorrem de processos sociais que vão além dos ordenamentos jurídicos específicos. E que independentemente das soluções que se adotem elas deparar-se-ão sempre com dificuldades. Por isso sublinhamos: um bom ponto de partida para abordar possíveis soluções é reconhecer que as preocupações com a participação de peritos no contexto judicial e probatório ocorrem não apenas dentro do nosso sistema, mas em diversos sistemas de distintas tradições e com uma variedade de modelos de prova pericial. Mas precisamente por isso acreditamos que a experiência estrangeira é um lugar natural para encontrarmos formas de melhorar os nossos modelos.

Não pretendemos com isto defender um transplante legal de qualquer outro modelo de prova pericial até porque julgamos que seria pouco proveitoso um transplante de um modelo de um ordenamento da mesma tradição jurídica porque os problemas que apontamos não conheceriam aí solução. Além disso, resultou da nossa análise que o modelo dos EUA também suscita sérias reservas do ponto de vista epistémico. E muito apesar de criticarmos o modelo de perícia pública/oficial, reconhecemos que quando comparado com um modelo adversarial o mesmo pode oferecer diversas vantagens caso tomemos mais atenção às necessidades epistémicas do caso do que à mera institucionalização do perito, frequentemente usada como (única) justificação para adesão ao relatório pericial e como fundamento da decisão judicial.

Pese embora esta nossa afirmação estamos convictos de que há algumas práticas da experiência anglo-saxónica que nos poderão auxiliar a apontar pistas para um conteúdo substantivo, epistemicamente orientado, que cremos deva ser ponto central da revisão do atual regime da prova pericial. Assim, partindo dos préstimos desse modelo de prova pericial, apresentaremos pontos de reformas para ajudar os juízes a equilibrar a necessidade de exatidão e confiabilidade do processo, mantendo a respetiva estrutura processual. Mais do que defendermos um distinto modelo de prova pericial ou de apontarmos uma lista de parâmetros para a sua valoração como forma de resolução dos problemas que identificamos ao longo da investigação, consideramos que o caminho mais adequado seja o desenvolvimento de um conjunto de esforços para obter o melhor desempenho dos modelos existentes para enfrentar adequadamente o problema do recurso à prova pericial nos diferentes contextos processuais.

Ao fazê-lo, reconhecemos que os problemas e as soluções são difíceis, mas não intransponíveis, desde que os abordemos com mente aberta, espírito explorador e desejo de melhorar os resultados.

Por tudo quanto já fomos dizendo, cremos que um modelo de prova pericial adequado aos fins epistémicos do processo não se deve centrar apenas na determinação de critérios para designação de peritos (pretensamente imparciais e competentes), nem na determinação de critérios objetivos e formais para uma adequada valoração das informações por eles prestadas. Porque defendemos uma componente testemunhal à prova pericial e porque nos parece pouco frutífero defender a todo o custo o brocardo *peritus peritorum* ou questionar simplesmente as capacidades do juiz e advogados para realizarem uma adequada valoração da prova pericial, consideramos mais apropriada a proposta que refere que a melhor estratégia será questionar de que forma o testemunho de um especialista pode servir como fonte de conhecimento para o juiz[835]. Uma proposta que exige (re)pensarmos parte significativa dos modelos de prova pericial tanto na fase de admissibilidade, como na fase de produção e de valoração. É por isso nestes três momentos que dividiremos esta parte final.

Antes de avançarmos com as nossas propostas, alguns esclarecimentos serão necessários.

Em primeiro lugar para relembrar que na delimitação da parte V já afastamos a alternativa à prova pericial que apontaria para que conhecimento pericial do juiz fosse um aspeto decisivo

[835] Cf. VÁZQUEZ, Carmen - *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015. ISBN 9788416402762, p. 82.

para o exercício da função jurisdicional. Em causa, uma proposta de juízes-peritos especialistas tanto em matéria de Direito como no domínio de factos que, muito apesar de atender às preocupações epistémicas, não se revelaria exequível sem profundas alterações ao modelo de administração de justiça.

Em segundo lugar pretendemos deixar claro que não defendemos uma alteração da preferência da perícia pública/oficial ou por perito nomeado pelo tribunal em benefício de um modelo que eleja preferência por perícias de parte. E explicamos porquê.

Por um lado, não o fazemos porque vimos serem inúmeros e sérios os riscos decorrentes dessa proposta, cujos resultados parecerem subverter as preocupações que lhe são subjacentes. De entre esses riscos talvez o mais relevante seja o facto de o *expert shopping* e a parcialidade assumida pelos peritos contrariar as preocupações com a descoberta da verdade, que impõem a necessidade de toda a informação pertinente ser fornecida ao tribunal. Mas a este juntam-se ainda as dificuldades acrescidas no exercício do contraditório e o acentuar de desacordos dos peritos em audiência, que privilegiam o ceticismo sobre o consenso, criando uma impressão de conflito mesmo quando, na prática, existe pouca ou nenhuma discordância[836] e que tendem a agravar os problemas decorrentes da dependência epistémica. A somar-se ainda a relutância de peritos qualificados e experientes em participarem nos julgamentos pela forma como se desenrola o contraditório e as maiores dificuldades de controlo da qualidade dos peritos que participam nos processos, para lá da franca possibilidade de, em caso de assimetria de recursos disponíveis entre as partes, não se assegurar uma igualdade de armas, pesando a capacidade económica das partes no desfecho do resultado da perícia e ainda e não menos relevante a descredibilização da imagem da justiça. Ora, se estas críticas são apontadas mesmo pelos partidários de um sistema adversarial, elas serão suficientes para alertarem para a necessidade de um debate profundo sobre uma qualquer aproximação do nosso sistema pericial a este modelo. De resto, como demonstramos, as últimas tendências no mundo anglo-saxónico atendem para uma implementação de práticas oficiais ou apelos à preferência por peritos nomeados pelo tribunal, ainda que se admita a possibilidade de apresentação de perícia contraditória pela contraparte.

Por outro lado, não o fazemos porque outras razões concorreriam para o afastamento da mudança do nosso paradigma. Desde logo porque tal mudança, como refere João Henrique

[836] Cf. JASANOFF, Sheila - What judges should know about the Sociology of Science. *Jurimetrics* Em linha]. V 32, N 3 (1992), pp. 345-359 [10.06.2022]. Disponível em https://www.jstor.org/stable/29762258. ISSN 2154-4344.

Gomes de Sousa, acarretaria uma "[...] abrupta destruição de um sistema já estabelecido e de fundas tradições [...] com reflexos catastróficos na eficácia investigatória"[837]; e depois porque esta alteração de paradigma exigiria a criação de um novo modelo *ex novo* de perícia, com resultados que não se podem augurar como mais positivos do que o modelo que já conhecemos, desde que corrigidos os vícios incorridos na sua aplicação.

E por fim não o fazemos porque, apesar das imperfeições que identificámos, parece-nos que o modelo de perícia oficial oferece diversas vantagens caso tomemos mais atenção às necessidades epistémicas do caso.

Assim, e não pretendendo a substituição por um modelo do tipo adversarial, estamos convictos de que há algumas práticas que nos podem ajudar no tratamento teórico e substantivo da prova pericial. Estas práticas resultam de um conjunto de iniciativas e recomendações apontadas na literatura, mas também da experiência norte-americana que tem assumido papel muito determinante.

E é precisamente este ponto que nos exige outros esclarecimentos adicionais. Esclareçamos: a alusão à experiência dos EUA e aos critérios desenvolvidos pela trilogia Daubert como ponto para a apresentação das nossas propostas de *jure condendo* suscita um conjunto de questões quanto à aplicabilidade desses critérios a outros cenários não contemplados na trilogia. E essas questões merecem, desde já, uma resposta.

A primeira questão seria a da aplicabilidade desses critérios a outras jurisdições, como a criminal[838]. Já nos fomos pronunciando sobre as diferenças mais significativas entre as jurisdições cível e penal, mas agora cumpre-nos sublinhar uma em particular. Para o que neste ponto assume maior relevância, uma das grandes diferenças entre as jurisdições penal e civil reside no facto de o standard de prova ser mais exigente no processo penal no que processo civil. E por isso, tanto nos EUA quanto na Inglaterra, em matéria civil, a prova pericial está sujeita a controlos mais exigentes para sua admissão do que em matéria penal. Adicionalmente não devemos desconsiderar que muitas das provas periciais tradicionalmente utilizadas provirem de disciplinas desenvolvidas para o processo penal (pensemos, p. ex., no caso de muitas das ciências forenses)

[837] Cf. SOUSA, João Henrique Gomes de - A "perícia" técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial. *Julgar.* Coimbra. ISSN 1646-6853. N 15 (2011). Pp. 27-52, pp. 31 e 32 e SÁ, Fernando Oliveira - A medicina legal em Portugal e a peritagem contraditória. *Boletim do Ministério da Justiça.* ISSN 0870-337 X. N 303 (1981). Pp. 5-20, p. 5.

[838] Já não referimos o problema da distinção entre a prova pericial *científica* e a prova pericial *não científica* porque Kumho Tire Company v. Carmichael determinou, precisamente, que não deve ser traçada ums distinção entre conhecimento científico e outros tipos de conhecimento, enfatizando, em vez disso, que qualquer tipo de conhecimento poderá constituir prova pericial e que a qualidade de qualquer tipo de conhecimento deverá ser verificada aquando da sua admissão em juízo.

e que de alguma forma esse tipo particular de provas foi conhecendo algumas particularidades comparativamente à restante atividade probatória (p. ex., por força da sua institucionalização) e que, por isso, a admissão da prova pericial em processo penal seria justificada por essa suposta maior confiabilidade nessa esfera penal[839]. Tudo isto permitira então defender que a doutrina Daubert não seria aplicável ao processo penal. Contudo, não defendemos um tratamento desigual da prova pericial consoante a natureza do processo porque, atendendo às preocupações epistémicas do processo e ao afastamento dos mitos da imparcialidade e competência do perito oficial e às conclusões do relatório da National Academy of Sciences sobre a falta de validade científica de muitas das ciências forenses, cremos que não se justificará o abrandamento de requisitos de admissibilidade, produção e valoração. Com isto não pretendemos dizer que defendemos uma abertura às perícias de parte no processo penal. Mas apenas e tão só que os níveis de exigência de admissibilidade e valoração da prova pericial deverão ser idênticos quer a prova pericial seja produzia do domínio do processo penal ou processo civil. Ou, de forma mais clara: que, independentemente da jurisdição, a admissibilidade, a prática e a valoração se devem pautar por critérios epistemicamente orientados e não por critérios de natureza formal que não servem a boa administração da justiça.

Uma segunda questão prende-se com a eventual possibilidade de os critérios da trilogia Daubert só se revelarem pertinentes na prova pericial de parte ou também na perícia pública/oficial ou realizada por perito designado pelo tribunal. Já dissemos que um dos principais fatores de distinção do sistema dos EUA dos sistemas de tradição romano-germânica no que diz respeito à prova pericial é que as partes têm a faculdade de escolher um perito que esteja disposto a encontrar suporte técnico ou científico para a tese que lhe seja mais favorável e por isso ninguém espera que este perito de parte ofereça um conhecimento objetivo formulado de forma neutra e imparcial. E seria exatamente essa eventual falta de imparcialidade que imporia a criação de diversos remédios destinados a assegurar a aquisição de *provas científicas* válidas por meio de peritos confiáveis[840]. Diferentemente, como vimos, nos países de direito romano-germânico um dos principais critérios de valoração é a imparcialidade (de origem) do perito. Dada esta ausência de relação com as partes denota-se uma atitude de afrouxamento nas exigências na admissibilidade,

[839] Vide VÁZQUEZ, Carmen - *De la Prueba Científica a la Prueba Pericial*, *op, cit.,* pp. 137 e ss.

[840] Cf. TARUFFO, Michele - Lê prove scientifiche nella recente esperienza statunitense. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.* Milano. ISSN 0391-1896. A L, N 1 (1996), pp. 219-249, p. 241.

produção e valoração da prova pericial. Porém, como vimos, há uma ampla panóplia de vieses que afeta a atuação do perito e que por isso pouco relevante será esse juízo (redutor) da sua imparcialidade. Por isso já deixamos claro que mais importante do que valorar a prova pericial em função da sua natureza de parte ou pública/oficial será avaliar a sua confiabilidade. Acreditamos, dessa forma, que o acerto metodológico dos critérios decorrentes da experiência norte-americana é transversal, independente do sistema de perícias utilizado. E por isso tais critérios serão válidos mesmo num sistema diverso de perícias.

Por fim devemos salientar, como um aspeto relevante e algo inovador relativamente à nossa tradição e ao qual apelaremos nas nossas propostas de *jure condendo*, que a decisão Daubert teve a valia de clarificar a distinção entre as etapas de admissibilidade da prova e da sua valoração. Esta parte da experiência norte-americana com o *expert testimony,* densificada nas FRE de 2000, mostra-se particularmente relevante porque conseguiu chamar atenção para a etapa de admissão como possível filtro da qualidade da informação que entrará no processo judicial, na qual é possível excluir não apenas provas irrelevantes ou ilícitas, mas conhecimento que não assente em factos ou dados suficientes; que não seja produto de princípios e métodos confiáveis; ou que não resulte da aplicação adequada de princípios ou de métodos aos factos em litígio (FRE 702). Ora, ao não deixar essa tarefa para a fase da própria valoração da prova, como tradicionalmente acontece no sistema de tradição *civil law,* é evidente uma preocupação sobretudo voltada mais para a diminuição do risco de erro do que propriamente com a distribuição do risco de erro[841]. A questão que então teremos que colocar é se se justifica, no modelo português, a distinção destas duas fases e a adoção dos mesmos critérios na fase da admissibilidade. Para responder a esta questão temos que lembrar que outros dos motivos que justifica a adoção no sistema norte-americano desses critérios na fase da admissibilidade decorre de uma certa desconfiança na capacidade de os jurados leigos fazerem uma adequada valoração de prova deste tipo. E por isso parece-nos que teremos que questionar se se justificam tais critérios quando é um juiz profissional a valorar, sob o princípio da livre apreciação, a prova pericial. Em resposta, devemos começar por dizer que não

[841] É aqui pertinente fazermos alusão ao contributo de Michael Pardo que, partindo das conclusões do relatório da National Academy of Sciences, procura desenvolver uma teoria da prova epistemicamente orientada e propõe a análise da prova em dois níveis: micro e macro. O nível macro envolve a análise das regras de distribuição do ónus da prova e dos standards de prova como estratégias para distribuir, de forma justificada, os erros potenciais entre as partes; já a nível micro considera que deve ser permitido às partes ofererecem qualquer prova, desde que relevante, porque de um ponto de vista epistémico, quanto mais informação relevante maior é a probabilidade do acerto da decisão - cf. PARDO, Michael S. - Evidence theory and the NAS report on forensic science. *Utah Law Review.* N 2 (2010), pp. 367-383. [10.01.2022]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1511719. ISBN 1942-8529.

há estudos empíricos que comprovem uma maior ou menor capacidade dos juízos profissionais em avaliar a confiabilidade da prova face aos júri e por isso seria difícil retirar daqui conclusões[842]. Até porque, na verdade, no nosso sistema, muitas vezes pode suceder que o juiz que toma a decisão sobre a admissibilidade é o juiz que irá valorar a prova. Apesar disso, considerados os riscos que identificamos inerentes à produção de prova pericial, cremos que não fará sentido uma política aberta de admissibilidade de prova pericial sem o mínimo de conhecimento sobre a sua potencial validade. Ao mesmo tempo julgamos ser necessário garantir às partes o direito de verificarem o raciocínio probatório *in itinere*.

Assim, todas essas questões geradas a partir de Daubert e seus descendentes vão muito além da distinção entre o domínio civil e penal, entre juízes leigos ou profissionais e entre demarcação do conhecimento científico e não científico[843]. Relevante será a confiabilidade do conhecimento. Este é, como já dissemos, o préstimo da experiência norte-americana e o busílis da nossa tese. Tentaremos, nas próximas páginas, alguns rumos para se tornar também este o escopo da nossa prática judiciária.

1. ADMISSIBILIDADE DA PROVA PERICIAL

Na parte IV denunciamos uma confusão e insuficiência nos critérios de admissibilidade e valoração da prova pericial utilizados pela jurisprudência. Poderia até dizer-se que parece que toda a prova pericial está condensada na fase da sua valoração probatória porque os critérios que observados tanto na sua admissão como na sua produção são sugeridos apenas para a atribuição do seu valor probatório, embora alguns deles por vezes sejam também considerados para sua

[842] Cf. VÁZQUEZ, Carmen - *La prueba pericial: entre la deferencia y la educación* [Em linha]. Girona: Universitat de Girona, 2014. Tese de Doutoramento. [08.08.2022]. Disponível em https://www.tdx.cat/handle/10803/284763#page=1, nota de rodapé n.° 336.

[843] Neste sentido, VÁZQUEZ, Carmen - *La prueba pericial: entre la deferencia y la educación, op. cit.,* nota rodapé n.° 256. Para mais e para nós no caso da prova pericial, a linha que marca a diferença entre os juízes profissionais e jurados torna-se muito mais ténue, principalmente no que diz respeito a especialistas em disciplinas científicas ou altamente técnicas.

admissibilidade[844]. Assim será porque sendo o único requisito de admissibilidade da prova pericial a sua relevância, sem se exigir um controlo específico sobre a sua validade e confiabilidade, deixando-se para momento posterior aquando da sua valoração a verificação destes aspetos, gera-se um itinerário em que a confiabilidade e a validade tende a confundir-se com o próprio valor probatório.

Considerando as críticas que desenvolvemos na parte V e diante da experiência norte-americana, em que na fase da admissibilidade a par do controlo da relevância se exige a realização de um controlo de confiabilidade diferente daquele que é realizado na fase de valoração da prova, questionamos se será a estratégia mais adequada considerar estas questões no final da atividade probatória e apenas aquando da valoração, ou se faria mais sentido atender a estas questões nas etapas anteriores, fornecendo mais informações tanto para o juiz quanto para as partes.

Criticando a nossa tradição, dela divergimos, defendendo que faria sentido adotar a estratégia norte-americana e distinguir o momento da admissibilidade do momento da valoração da prova pericial. Cremos que essa mudança permitiria um distanciamento daquela que é a prática atual e, ao invés de cultivar a imagem de um juiz passivo e uma atitude deferencial face ao perito, promoveria uma atitude ativa e racional do juiz e das partes. Naturalmente que essa alteração exigiria uma política mais restrita de admissibilidade de prova pericial. Mas cremos que tal alteração se encontraria justificada não só porque a política aberta de admissibilidade nos deixa mais vulneráveis aos riscos que pontamos na secção 2.2. da parte I, mas também porque acreditamos que um juízo de admissibilidade mais exigente seja necessário para evitar abusos processuais e para contribuir para um processo de qualidade[845]. Sobre estes aspetos também nos pronunciamos na parte V. E por isso acreditamos que as preocupações de ordem epistémica exigem critérios mais estritos para admissibilidade deste tipo de prova para além dos critérios gerais da relevância e licitude e implicam uma ponderação sobre relevância, necessidade, validade e competência.

O que aqui dissemos e os critérios que apontaremos serão no nosso entender tanto aplicáveis às jurisdições penal e civil porque a questão que nos ocupa é de ordem epistemológica

[844] Esta é uma critica que podemos dirigida ao modelo de prova pericial comum na tradição de direito romano-germânica - cf. VÁZQUEZ, Carmen - *La prueba pericial: entre la deferencia y la educación, op. cit.,* nota rodapé n.° 352.

[845] Por essa razão lemos autores que defendem que as *provas científicas* que escapam, devido à sua excessiva complexidade, ao entendimento das partes e do juiz, têm que ver limitada sua utilização processual no poder das partes e nos próprios critérios que o sistema de garantias procedimentos estabelece - cf. DOMINIONI, Oreste - In tema di nuova prova scientifica. *Diritto Penale e Processo.* Milano. ISSN 1591-5611. N 9 (2001), p. 1061.

e conhece preocupações comuns nos dois domínios, não se antevendo como já referimos que a dependência epistémica seja maior ou menor em qualquer um deles. Julgamos que estas exigências poderiam operar como um incentivo para as partes e o tribunal tornarem necessário um controlo mais rigoroso da prova que se pretende levar a julgamento.

1.1. RELEVÂNCIA

Já dissemos na secção 1.1 da parte IV que a jurisprudência tem tomado partido por uma política de admissibilidade da prova pericial que atende à sua relevância como único critério para a produção d eprova pericial. E muito particularmente que a ideia de relevância da prova pericial utilizada para aferir da sua admissibilidade decorre de uma conceção lógica da relevância da prova: a prova é relevante sempre que exista vinculação do conteúdo desta prova aos factos em discussão. Está assim relacionada com a sua potencialidade para provar factos que poderão ser objeto de discussão (independentemente da razoabilidade dos factos, questão que só posteriormente será debatida pelo tribunal aquando da decisão final)[846]. Subjacente a esta interpretação, a ideia de que quanto mais informação estiver disponível no processo mais completo será o conjunto dos elementos que determinará a decisão dos factos e, por isso, a admissibilidade de provas relevantes contribui para um incremento da probabilidade de correção da decisão. Simultaneamente, ao excluir informação não pertinente para a decisão, evita-se a duplicação de informação que poderia contaminar ou confundir o juiz[847]. Esta será uma perspetiva bastante razoável que permite um equilíbrio entre uma gestão eficiente dos recursos disponíveis e as preocupações epistémicas.

[846] Esta é a noção adotada por, entre outros, TARUFFO, Michele, *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, ISBN 9788497686167, p. 38. Para o autor, o teste da relevância exigiria assim o preenchimento de dois requisitos: a relação entre a informação com os temas de prova e a possibilidade de essa informação influenciar na decisão sobre os factos. Esta é ainda a perspetiva de Michael Pardo na análise a um nível micro que desenvolve sobre a prova judiciária - cf. PARDO, Michael S. - Evidence theory and the NAS report on forensic science, *op. cit.,* pp. 372 e ss.

[847] De facto, parece ser princípio epistemológico indiscutível que quanto mais informação relevante estiver à disposição de quem decide maior a probabilidade do acerto da decisão, i.e., de a decisão se aproximar da verdade. Uma afirmação que levaria a pensar que a relevância seria o único filtro para admissão de provas em juízo porque qualquer limite probatório seria um limite à descoberta da verdade e, como tal, irracional por não proporcionar o máximo de informações e não maximizar as possibilidades de descoberta da verdade. Uma constatação que não é nova e foi expressa por Jeremy Bentham. O problema é que a abundância de informação também pode conduzir ao risco de tornar difícil o processo de tomada de decisão e por isso será aconselhável excluir provas supérfluas. A questão é que nem todas as provas supérfluas sáo provas relevantes, desde logo porque permitem aumentar grau de corroboração de hipóteses e caberá ao juiz chegar ao ponto de equilíbrio. Mas problema é diferente quando provas são supérfluas por serem do mesmo tipo porque neste caso entra em jogo uma regra epistemologicamente distinta que indica que a confirmação de uma hipótese não depende só da quantidade de dados favoráveis de que se dispõe, mas também da sua variedade: quanto maior variedade maior será o apoio resultante. Mais uma vez caberá ao juiz chegar ao ponto de equilíbrio ótimo e será assim quando a produção de mais prova apenas acrescentar um grau adicional de corroboração muito reduzido – cf. NIEVA FENOLL, Jordi - *La valoración de la prueba.* Barcelona: Marcial Pons, 2010. ISBN 978-84-9768-757-7, pp. 68-76.

Porém, não é a única perspetiva que parece satisfazer estes dois aspetos. De facto, se olharmos o desenvolvimento experimental cunhado em países como os EUA em relação a este requisito geral de admissibilidade, é possível identificar um segundo nível de análise de relevância mais sofisticado e que poderá limitar a admissibilidade da prova pericial. Este segundo nível de análise da relevância, designado por Mauricio Duce como "relevância jurídica"[848], deixa de perspetivar a relevância lógica como o único critério a ser considerado na decisão sobre a admissibilidade da prova, para a qual concorrerá também um juízo sobre custos e benefícios decorrentes da produção da prova, recaindo sobre o juiz o dever de pesar e ponderar as respetivas implicações (p. ex. custos financeiros, morosidade, eventual limitação de direitos, liberdades e garantias ,...)[849]. Consequentemente, se a relevância lógica é justificada como um mecanismo destinado a evitar o uso indevido dos recursos do sistema, a relevância jurídica tenta proteger vários valores do mesmo, incluindo, é claro, o uso eficiente de seus recursos.

Ora, considerando os riscos de utilização indevida da prova pericial que fomos identificando ao longo da investigação, mas também a morosidade e respetivas implicações, julgamos que o princípio geral de admissibilidade pode, de facto, conhecer algumas limitações quando os benefícios que se possam retirar da prova pericial sejam suplantados pelos prejuízos que dela possam derivar. Temos, por isso, que se a relevância é condição necessária, não se revela condição suficiente para a admissão de provas[850].

1.2. NECESSIDADE

Em complemento, defendemos dever ser adotado, no juízo de admissibilidade da prova pericial, o critério da necessidade da sua produção. Julgamos que esta afirmação exige maiores

[848] Cf. MAURICIO DUCE, J. - *La prueba pericial: aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2013. ISBN 978-987-28379-7-6, pp. 56 e ss.

[849] Nos EUA a prova será relevante quando tendencialmente faz a existência de um facto mais ou menos provável do que sem essa prova e quando o facto é uma consequência de determinada ação (FRE 401). No entanto, é ressalvado na FRE 403 que, embora relevantes, as provas podem ser excluídas se o seu valor probatório for substancialmente inferior ao risco de preconceito ou causar confusão das questões ou engano do júri, se provorarem um atraso indevido ou a apresentação desnecessária de factos irrelevantes. De entre estas situações, podemos destacar aquelas em que a prova, a produzir-se, provoca prejuízo porque assenta em bases incorretas; ou quando a contribuição que se espera da prova é relativamente baixa em relação ao tempo e esforço que irá exigir; a tecnicidade e as dificuldades de perceção dos métodos ou dos resultados podem justificar a exclusão desta prova quando se antevê que o julgador terá dificuldades em compreendê-la, ou quando é possível que este venha a valorar desproporcionalmente (p. ex. quando não se pode requerer nova perícia porque os factos não são de acesso público, o objeto de análise se deteriorou; quando há dúvidas sobre a confiabilidade da perícia ou dos conhecimentos do perito ou quando o perito é de tal forma reconhecido como especialista que qualquer análise que faça crie um estado de certeza no julgador que não lhe permita afastar da mesma, sendo o julgador desproporcionalmente influenciado pelo prestígio do perito, mas não pelo desempenho ou conclusões do seu trabalho).

[850] Uma observação que tem o seu fundamento no facto de o princípio geral segundo o qual a prova relevante deve ser admitida e a prova irrelevante não deve ser admitida conhecer algumas limitações por vezes justificadas por preocupações de índole epistémica (p. ex. as provas ilícitas) ou preocupações de política pública independentes da descoberta da verdade (p. ex., prazos processuais para a sua apresentação).

esclarecimentos porque, como nos ensina a doutrina, este requisito pode conhecer diferentes alcances[851].

Dentro de um primeiro, e mais óbvio, a necessidade de produção de prova pericial refere-se à potencial contribuição do perito para auxiliar o tribunal na sua tomada de decisão. Este será um alcance que aproxima a necessidade da utilidade, abrindo-se portas à conveniência na produção de prova e sem que se exija verdadeiramente a sua necessidade[852]. E muito apesar de para nós ser certo que a utilidade deva ser ponderada para efeitos de admissibilidade, julgamos que não deve ser o único critério a ser ponderado (como até já vimos na secção anterior).

Num alcance mais exigente, a necessidade é apreciada em função da inexistência de outro meio de prova que possa ser apropriado a esclarecer o tribunal e as partes, i. e., a introduzir a mesma informação que o perito é capaz de introduzir no processo. Ou seja, só se pode admitir a produção da prova pericial quando não há outro meio que permita esclarecer o tribunal e as partes sobre o mesmo assunto. Este entendimento permite afastar a prova pericial desnecessária, irrelevante, supérflua ou redundante, mas fere o direito à prova e exige um juízo de prognose sobre a potencialidade das demais provas que não nos parece razoável nem consentâneo com as necessidades epistémicas do processo judicial[853].

Numa outra perspetiva, a necessidade da produção da prova pericial pode decorrer do facto de ser este o meio de prova mais adequado a introduzir determinadas informações no processo. A necessidade resultará então não do facto de o juiz precisar de receber determinada informação, mas de precisar de receber essa informação de um perito. A ideia subjacente a este pensamento é que se as informações inseridas pelo perito podem ser incorporadas por outro meio de prova que permitirão ao juiz ter os mesmos elementos para tomar uma decisão, esses outros meios de prova devem ser preferidos à prova pericial. Julgamos que esta perspetiva seja mais adequada do que as propostas anteriores por permitir alcançar um equilíbrio entre os vários interesses envoltos ao critério da relevância jurídica[854].

---

[851] Na doutrina encontramos interpretações de diferentes níveis em MAURICIO DUCE, J. - *La prueba pericial: aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina, o. cit.,* pp. 55 a 89.

[852] Entendimento seguido nos acs. TRP. 21.03.2007. Proc. 0635835 e TRE. 31.05.2012. Proc. 28/11.5-B.

[853] Este parece ser o entendimento de Rui do Carmo que afirmou que o regime consagrado no art. 151.º do CPP afastou a "*fungibilidade*" e a "*substituibilidade*" da prova pericial por outros meios de prova e assim faz-nos crer que o legislador terá adotado aquela segunda conceção com um nível mais exigente da interpretação do critério da necessidade enquanto crivo para produção de prova pericial - cf. CARMO, Rui do - A prova documental e a prova pericial no Código de Processo Penal: o regime e alguns aspectos práticos. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - / *Congresso de Processo penal.* Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 9789724023908. Pp. 381-393, p. 392. Na jurisprudência já demonstramos ser por vezes preferido este entendimento, p. ex., no ac. TRE. 31.05.2012. Proc. 28/11.5-B.

[854] Tratar-se-ia de regular a admissibilidade da prova pericial pelas partes em sistemas contraditórios como os EUA, em que existe um princípio da "melhor prova disponível", nos termos do qual se preferem provas com maior valor probatório e menos onerosas para o juiz ou que

Já Carmen Vázquez avança com uma outra interpretação. Para a autora, uma prova pericial será necessária quando afete a função jurisdicional do juiz[855]. Parece-nos ser esta uma conceção que tem o mérito de tornar mais objetivo o critério de decisão conquanto que afasta já a necessidade de se aferir a necessidade em função da ausência de conhecimentos do juiz ou das partes, tornando a prova pericial necessária em função da contribuição que possa ter na decisão do juiz. Contudo, poderá decorrer da mesma a necessidade de desenvolvimento de um juízo de prognose porquanto só saberemos se a prova teve influência na tomada de decisão quando se conheça a decisão ou quando se tome conhecimento do relatório pericial. Para além disso, julgamos que a prova pericial pode ser necessária não apenas quando tenha a potencialidade de afetar a tomada de decisão, mas também quando possa de alguma forma contribuir para o conhecimento das partes e do tribunal sobre o *thema probandum*. Para nós, a prova pericial não deve ser analisada como tendo por destinatário único o juiz, mas também todos os sujeitos processuais e a comunidade.

Considerando todas estas perspetivas julgamos que o juízo da necessidade deverá passar pela ponderação conjunta de duas das conceções abordadas. Num primeiro momento a necessidade deve apartar do facto de o meio adequado para inserir as informações seja a perícia e não outro meio de prova. Num segundo momento julgamos que a necessidade deve ser aferida em função da contribuição do perito no processo de tomada de decisão quando a decisão implica o conhecimento de matérias que exijam especiais conhecimentos. Assim asseguramos que a decisão é compreendida pela comunidade e evitamos a apresentação de provas supérfluas ou redundantes e, por outro, evitamos que trabalho dos especialistas substitua a própria função do juiz[856]. Além disso, há uma maior exigência perante a parte que pretende produzir a prova pericial

alcancem um melhor equilíbrio entre essas duas questões. Em Portugal assim foi decidido no caso retratado no ac. TRP. 21.03.2007. Proc. 0635835 que, revogando decisão 1.º instancia, considerou que seria mais adequado aferir-se o valor patrimonial de um imóvel por prova pericial do que através do valor patrimonial constante da caderneta predial ou da situação descrita no ac. TRE. 31.05.2012. Proc. 28/11.5-B no qual o tribunal de 2.ª instância entendeu ser mais adequada a prova pericial do que a prova documental para conhecer situação financeira de uma empresa.

[855] Cf. VÁZQUEZ, Carmen - Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales: apuntes desde la epistemología jurídica. *Problema Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* [Em linha]. N 11 (2017). Pp. 341-378 [05.06.2021]. Disponível em https://www.scielo.org.mx/pdf/paftd/n11/2007-4387-paftd-11-341.pdf. ISSN 2448-7937, p. 362. Esta parece-nos ser uma aproximação à ideia de relevância desenvolvida por Michele Taruffo e à qual apelamos na secção anterior.

[856] Assim se justificaria, p. ex., a exclusão de prova pericial sobre a intenção de matar ou a credibilidade do testemunho ou a inimputabilidade dos arguidos. Em primeiro porque, no primeiro nível de análise, qualquer uma dessas avaliações é da competência exclusiva do julgador. Em segundo porque, de acordo com o segundo nível de análise, estes factos não exigem especiais conhecimentos do perito mas a valoração de toda a prova produzida e por isso admitir que um perito intervenha nos processos para declarar sobre qualquer um destes factos seria invadir o poder jurisdicional, substituindo o julgador na sua função.

e quer que seja considerada na decisão, ao mesmo tempo que se incentiva os tribunais a serem consumidores mais exigentes da prova pericial[857].

No nosso entender este juízo deverá assentar sobretudo em critérios objetivos e mostrar-se menos dependente das necessidades epistémicas de um juiz específico relativamente ao conhecimento especializado que a prova pericial pode oferecer. O que importa não será realizar um juízo de prognose sobre o resultado da perícia e se esse resultado poderá contribuir para o esclarecimento efetivo da questão levada a decidir, mas sobretudo um juízo de avaliação sobre a capacidade de o tribunal, os sujeitos processuais e a comunidade, compreenderem devidamente todos os elementos necessários à boa decisão da causa - juízo que deve ser realizado à luz do que espera de um "homm médio" e do seu saber comum. Alguns argumentos concorrem para esta nossa posição.

Um primeiro propiciado pelo pressuposto ideológico de que o juiz deve ser o intérprete do corpo social e que seus aparatos de escrutínio das provas devem, portanto, refletir a "cultura comum do homem médio"[858].

Outro, que deriva da estrutura processual dialética e da própria conceção dialética da prova em que o contraditório, como instrumento técnico-processual com função gnosiológica, requer, portanto, "saber comum" na relação entre as partes e entre estas e o juiz e por isso não se afigurar o juiz decidir ao abrigo de uma "arroganza dell'enciclopedismo"[859]. Sobretudo porque se assim se permitisse não só se dificultaria a sindicabilidade da decisão de admissibilidade da prova pericial, mas também da decisão final, que poderia ser tomada à luz da ciência privada do juiz. Já avançamos estes problemas.

Cumpre agora referir que esta ideia de "conhecimento comum" ou "cultura do homem médio" mostra-se, no contexto que investigámos, particularmente acutilante porque de um ponto de vista positivo, o conhecimento comum limita as competências do uso legítimo, pelas partes e pelo juiz, da reconstrução dos factos com recurso aos seus conhecimentos e regras de experiência e em simultâneo, de um ponto de vista negativo, marca o limite além do qual é necessário recorrer

[857] Nesse sentido, pode ser considerada como uma estratégia cujo objetivo é aumentar a qualidade da prova pericial que será praticada e valorizada. Sobre o tema VÁZQUEZ, Carmen - *La prueba pericial: entre la deferencia y la educación, op. cit.,* p. 224.

[858] Cf. RIVELLO, Pier - *La prova scientifica.* Milano: Giufrè Editore, 2014. ISBN 9788814188480, p. 135 e DENTI, Vittorio - Scientificità della prova e libera valutazione del giudice. *Rivista di diritto processuale.* Padova. ISSN 0035-6182. V 27 (1972). Pp. 414-437, p. 415 e ainda a visão histórica retratada no nosso capítulo III. Já tivemos oportunidade de desenvolver esta ideia nas partes I e V a respeito da legitimidade do sistema judicial.

[859] E. Amodio *apud* RIVELLO, Pier - *La prova scientifica*, *op. cit.,* p. 134.

à prova pericial. É a determinação do seu conteúdo que permitirá destrinçar quando é que a prova pericial é, na perspetiva que defendemos, necessária.

O problema é que a necessária indeterminação do seu significado pode conduzir a julgamentos arbitrários[860]. Um problema que se revela cada vez mais complexo porque, como referimos na parte I, a divisão entre o conhecimento técnico e científico mostra-se cada vez mais ténue por ser cada vez mais difícil traçar uma fronteira clara entre o que é científico e o que não o é. Além disso, a vulgarização ou simplificação, implementada no nível do senso comum através de procedimentos em que se perdendo a noção da natureza técnica e científica, acaba por afastar a sua tecnicidade original, sendo adquiridos, transformados e absorvidos no contexto da cultura média da população[861]. Por essa razão, nos últimos tempos temos vindo a assistir a uma mudança destes limites. Tal deve-se ao facto de assistirmos a um certo deslocamento de fronteiras entre conhecimento especializado e conhecimento comum, marcado por um aumento da área deste último. E nessa medida o juiz e o modelo de homem médio parecem não ser mais assumidos como termos de referência para registar a comunhão de conhecimento.

Atualmente mede-se a riqueza dos conhecimentos institucionalmente comuns que, como tal, embora superiores aos do homem médio, podem permitir a reconstrução do facto sem necessidade de recurso ao especialista[862]. De facto, na doutrina sugere-se atualmente a substituição do paradigma tradicional pela "cultura médio-alta", que é aquela que encontra sua

---

[860] Já o vimos no capítulo 3 da parte I. Apesar disso reconhecemos que, como refere Pier Rivello, qualquer pretensão de concretização não produzirá frutos porque, excluindo uma perspetiva estatística por ser impraticável, não se pode contar com uma base dotada de alguma concretude e, portanto, de uma objetividade reconhecível, a ponto de acabar na inevitável deriva de um juízo apodíctico - cf. RIVELLO, Pier - *La prova scientifica, op. Cit.,* p. 135.

[861] Cf. RIVELLO, *La prova scientifica*, *op. cit.,* pp. 49 e 50. A título de exemplo refere o autor que a afirmação de que "um pedaço de chumbo cai se alguém o largar da sua mão" pode ser definida como um conhecimento científico, deduzido das leis gravitacionais de Newton, ou também e simplesmente como uma máxima de experiência. O autor não deixa de notar que esse processo de simplificação pode levar a consequências negativas: além da inevitável diminuição da precisão e exatidão, pode originar deformações mistificantes, destinadas a serem impressas na imaginação coletiva. Consequentemente, pode acontecer que um paradigma científico seja assimilado em um nível básico quando, de um ponto de vista teórico, está sujeito a um processo de revisão crítica radical. Mas simultaneamente, as máximas da experiência representam uma ferramenta fundamental para dar concretude à condução do procedimento contraditório, onde o objetivo perseguido não é alcançar uma espécie de "verdade absoluta", mas desmascarar o erro, precisamente à luz dos dados da experiência comum, sem esquecer que a refutação dialética também pode permitir alcançar um conhecimento "em positivo" (e não apenas mostrar "em negativo" o erro da tese refutada). Também lembra a este respeito Michele Taruffo que a incorporação das noções científicas da cultura dos especialistas à cultura média faz-se com alguma dificuldade, lentamente e por modos indiretos, muitas vezes sem clareza e não raramente através de vulgarizações e manipulações, o que pode se revelar problemático justamente pela falta de rigor científico - cf. TARUFFO, Michele - Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista da Escola Paulista da Magistratura* [Em linha]. V 2, N 2 (1001), pp. 171-204. [05.06.2021]. Disponível em https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=20535. No mesmo sentido VERBIC, Francisco - La prueba cientifica en el proceso judicial: Identificacion de la nocion en el marco de la teoria general de la prueba. Problemas de admisibilidad y atendibilidad. Santa Fe: Rubinzal, 2008. ISBN: 9789507279515, pp. 87-88). Mas isso, diríamos, é algo que só poderemos combater com mais e melhor informação e mediante a adoção das propostas que apresentaremos nesta parte.

[862] Pensemos, p. ex., na situação em que o tribunal de 1.ª instância considerou não ser necessária realização de prova pericial tendo por objeto a contabilidade de uma sociedade para aferir existência de dívidas. O tribunal considerou não ser necessário porque tal análise contabilística, apesar de estar fora de alcance da cultura do homem médio, não ultrapassaria um certo nível de complexidade, acreditando-se que estivesse de acordo com a cultura institucional comum do juiz e das partes. Nestas situações o conhecimento do "homem médio" não é suficiente, mas o conhecimento pericial também não se revela necessário em muitas situações porque a "superespecialização" é um evento excecional, uma vez que na experiência judicial normal o conhecimento do juiz e das partes é muitas vezes o suficiente.

medida na aptidão para dominar os níveis de competências gradualmente adquiridos pela ciência e pela tecnologia[863]. De acordo com esta interpretação, a prova pericial está destinada a ser privilegiada no que diz respeito a informações ou noções com embasamento técnico, científico ou artístico sempre que as disciplinas técnicas, científicas ou artísticas possam fornecer critérios relevantes para a decisão. Para isso não se exigirá um "juiz cientista", mas pelo menos um juiz informado e atualizado, capaz de compreender os problemas que se são colocados e ciente da necessidade de verificar a confiabilidade dos seus próprios critérios de avaliação. Todavia, não podemos esquecer as dificuldades sentidas na concretização desta pretensão que, nas situações de maior especialização, se pode revelar pura ficção.

Sem esquecer este quadro, mas procurando desenvolver uma proposta mais adequada deste novo cânone, Oreste Dominioni desenvolve uma interpretação do conceito de "conhecimento comum" segundo um parâmetro endoprocessual, procurando superar a "cultura do homem médio" pela "cultura institucional" comum do juiz e das partes. Para o autor, em última instância o que assegurará uma decisão justa será o contraditório como método de gnosiologia judicial e um contraditório efetivo exige que juiz e as partes, na medida em que compartilham a função de reconstruir o facto nos seus respetivos papéis, utilizem, para realizá-lo, conhecimentos que possuem em igual medida. Um ponto de vista aplicável não apenas quanto à utilização do conhecimento de factos, como de máximas de experiência, leis de pensamento, princípios científicos ou técnicos que permitam a prática de meios de prova não especializados, mas também na utilização de tais conhecimentos para valoração de resultados de meios de prova científicos e não científicos. Compreende-se esta proposta porque, de outra forma, se cada um pudesse recorrer ao seu próprio património cultural, o contraditório mostrar-se-ia ineficaz na sua função. Daí a necessidade do tal saber comum para o estabelecimento de uma relação processual dialética. Adicionalmente a tese do autor também se projeta num ponto de vista extraprocessual porque defende que o conceito de "saber comum" deve ser construído a partir das relações funcionais entre as partes e entre estas e o juiz, entendido como uma realidade institucional e concreta. Uma realidade concreta na medida que em determinado momento histórico, ela se manifesta na experiência jurídica, ou seja, no desempenho das tarefas de reconstrução do facto e no conhecimento que nele se emprega; e realidade institucional porque não é o nível cultural

[863] Cf. TARUFFO, Michele - *La prueba de los hechos.* 2.ª ed. Bologna: Editorial Trotta, 2005. ISBN 84-8164-534-6, p. 333.

pessoal contingente que se encontra, caso a caso, em cada um, em alguns ou em todos os sujeitos que se fazem passar por figuras de parte e juízes, mas o nível cultural padrão que para eles é postulado para as tarefas processuais de que são portadores e que, portanto, é, precisamente, institucionalmente comum a todos[864].

Julgamos que esta proposta deve ser acolhida. Dela resulta que o poder do juiz de admitir a perícia em termos de discricionariedade não é um poder livre, mas vinculado aos interesses das partes e da comunidade. No fundo esta decisão influirá também a legitimidade da decisão final[865].

Uma palavra final para sublinhar que o instrumento para verificar se o juiz decide com recurso à sua "ciência privada" ou com recurso a conhecimentos de senso comum será representado na motivação da decisão. É na motivação que tem o dever de explicar, de forma plausível, lógica e não contraditória, os passos lógicos através dos quais chegou à sua decisão, de molde a permitir o controlo da decisão não apenas relativamente ao raciocínio e mérito das considerações epistemológicas, mas também sobre eventual utilização de conhecimento cognitivo do qual não se deveria ter socorrido[866].

1.3. VALIDADE

A partir de Daubert o binómio relevância e confiabilidade converteu-se num requisito essencial para a admissibilidade do *expert testimony*. De facto, a experiência dos EUA, preocupada com a qualidade do conhecimento produzido no processo, para além do critério geral da relevância, estabeleceu um critério de confiabilidade como necessário à produção do testemunho especializado. Um requisito que impõe uma espécie de julgamento prévio ao momento de valoração da prova e que exclui a produção, na fase de julgamento, de depoimentos de especialistas quando o conhecimento a produzir não seja assente em factos ou dados credenciados e suficientes; não seja produto de princípios e métodos confiáveis e não resulte da aplicação de princípios e métodos aos factos em litígio de maneira adequada (FRE 702).

---

[864] Cf. DOMINIONI, Oreste - *La prova penale scientifica: glistrumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione.*, *op. cit,* pp. 45 e ss. Ainda a respeito das críticas que lança à noção de "cultura médio-alta" refere que o conceito de "cultura do homem médio" é inadequado por defeito e que a da "cultura médio-alta", para remediar esta inadequação, põe em jogo a ideologia do juiz intérprete da comunidade, a ponto de exigir, para se legitimar, outro fundamento que não uma suposta conexão simplificadora com o corpo social.

[865] Seguimos aqui o pensamento de MALATESTA, Nicola Framarino - *A logica das provas em materia criminal.* Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1911. V I, p. 304 quando revelava que se atendermos ao critério da sociabilidade do convencimento judicial é salutar que as provas não induzam apenas uma certeza individual no juiz, mas sobretudo que sejam capazes de gerar a mesma certeza a qualquer homem médio, pois que será precisamente neste convencimento e certeza da comunidade que residirá a justeza e o corretivo do arbítrio judicial. Desenvolvemos já esta ideia anteriormente.

[866] Cf. RIVELLO, Pier - *La prova scientifica*, *op. cit.,* p. 135.

Julgamos que podemos daqui retirar alguns préstimos, ainda que não nos afigure ser possível um juízo de todos estes requisitos no momento em que se decide a admissibilidade da prova pericial porque na nossa tradição a decisão da admissibilidade ocorre antes do desempenho da atividade pericial e por isso a verificação desses requisitos, tal como concebidos, só será possível em momento posterior. Apesar disso, parece-nos relevante que um dos critérios de admissibilidade seja um critério geral de validade que destes três critérios podemos extrair.

Na base deste entendimento a ideia de que no processo só deverá ser produzida informação que atenda a determinadas características que são consideradas indicadoras da sua qualidade. Para nós este seria um requisito que deveria figurar no plano legal como critério de admissibilidade da prova pericial. Um requisito que exigiria que existisse informação sobre a qualidade do tipo de prova pericial que viesse a ser produzida. Não se trata, devemos esclarecer, de uma avaliação da qualidade da informação da prova pericial nem de realizar um controlo sobre erros ocasionais (que só será possível na análise da confiabilidade a realizar aquando da valoração), mas sobre a base epistémica do tipo de perícia a realizar. Trata-se, pois, de um problema sistemático e até previsível.

Em causa, compreender se o campo do conhecimento em que se projeta a prova pericial merece validade[867]. Assim será porque no nosso entender devemos ser particularmente cautelosos com a admissibilidade das informações periciais porque a experiência na operação de modelos adversários mais estabelecidos, como a norte-americana, demonstram já a potencial falibilidade de uma política aberta de admissibilidade deste meio de prova e o impacto significativo que informação pouco confiável pode ter sobre juízes e jurados.

Uma questão fundamental é como o juiz obteria tais informações sobre a validade dos conhecimentos cuja produção se propõe. Seguindo a doutrina Daubert poderíamos responder a esta questão fazendo apelo aos princípios gerais como se as técnicas ou teorias científicas inerentes à prova pericial solicitada foram aplicadas anteriormente; se foram publicadas em periódicos reconhecidos e se são utilizadas regularmente na prática; se se conhece o grau ou

[867] Carmen Vázquez refere mesmo que tal deriva do facto que o campo merecer aceitação pela comunidade científica. Acompanhamos a autora quando refere que o único critério indiscutível neste ponto quanto ao tipo de informação que se admite é que exista informação empírica capaz de fornecer dados sobre a qualidade do conhecimento a produzir. Uma exigência que resultaria até do critério mais geral da relevância porque se não podemos ter informações sobre a qualidade da prova pericial, ela não é admissível simplesmente por ser irrelevante. A autora exemplifica até referindo que se não tivermos nenhuma informação sobre a qualidade da astrologia ou da leitura de pó de café em caso algum poderíamos motivar uma decisão com base na informação prestada em perícias produzidas ao abrigo desse tipo de conhecimento porque não aumentariam as possibilidades de acerto da decisão - cf. VÁZQUEZ, Carmen - *La prueba pericial: entre la deferencia y la educación, op. cit.,* p. 205. No mesmo sentido defende MAURICIO DUCE, J. - Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: un modelo para armar en la jurisprudencia nacional. *Revista Institucional de la Defensa Pública* [Em linha]. (dec 2011), pp. 57-92. [01.02.2022]. Disponível em https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/03/doctrina33402.pdf. ISSN 1853-5828, pp. 80-84.

potenciais margens de erro e a variabilidade e a incerteza dos seus resultados; e se são geralmente aceites pela comunidade científica internacional. Uma aproximação do juiz a *gatekeeper*[868].

Estamos mais uma vez na presença de um requisito de admissibilidade bastante lógico: se o que justifica a abertura do processo é a necessidade de produção de conhecimento especializado o mínimo que deve ser exigido é que esse conhecimento se insira numa categoria válida de especialização, i. e., se existe um campo de conhecimento que tenha ferramentas válidas para produzir respostas válidas para perguntas como as que serão colocadas. Caso contrário, o sistema abre a possibilidade de admitir informações de pouco valor e qualidade. Algo que seria contraproducente. Diríamos, por isso, que a não admissibilidade de prova pericial em áreas de especialização não validadas se justificaria precisamente por razões de ordem epistemológica.

Poderíamos objetar dizendo que na experiência norte-americana este requisito fará sentido porque, verificando-se uma clara distinção entre a fase da admissibilidade e fase da valoração, o agente que decide a admissibilidade não é o agente que valora a prova e, nessa medida, este juízo de admissibilidade da confiabilidade evitaria a contaminação do julgador de facto[869]. Dito de outra forma, neste cenário, assumindo-se uma certa incapacidade do juiz dos factos em destrinçar a prova válida daquela que não é em virtude do sistema adversarial em que é produzida, assume-se que o papel do juiz da causa é excluir a prova pericial de baixa qualidade para evitar uma persuasão irracional do primeiro, principalmente quando se trata de um júri leigo. E a ser assim poderia parecer que tal cuidado seria um *non sense* no nosso sistema tradicional, em que por via de regra é só um agente que decide ambas as questões e aí o argumento da contaminação poderia perder interesse. Não será assim se, como explica Carmen Vázquez, perspetivarmos o problema

[868] Na doutrina, partilhando desta nossa posição, destacamos uma proposta de criação de um comité europeu para atuar como principal assessor de autoridades políticas e judiciais sobre a confiabilidade das técnicas científicas utilizadas em contexto probatório. Tal órgão não teria poderes vinculativos, mas poderia, no entanto, emitir recomendações aos tribunais nacionais que ajudariam os juízes quando tivessem que decidir sobre a admissibilidade de uma nova técnica forense para efeitos da sua validade ou confiabilidade, ou para efeitos de rejeição de técnicas comummente utilizadas quando se revelem pouco válidas ou confiáveis - cf. CHAMPOD, Christophe; VUILLE, Joëlle - Scientific evidence in Europe: admissibility, evaluation and equality of arms. *International Commentary on Evidence* [Em linha]. V 9, N 1 (2011), pp. 1-69. [01.09.2021]. Disponível em https://core.ac.uk/download/pdf/85212846.pdf. ISSN 1554-4567, pp. 48 e 49. Neste estudo é evidente um apelo a uma harmonização europeia no sistema judicial de prova pericial e por essa razão sugerem os autores este organismo europeu com competência alargada a vários países.

[869] Um outro argumento poderá justificar, no sistema norte-americano, o estabelecimento de uma fase de admissão. É que nesse sistema encontra-se prevista a chamada *burden of production* que consiste na exigência às partes de produzirem provas suficientes desde a apresentação ou contestação da ação judicial sobre os factos que consideram litigiosos para que o juiz da causa decida, em função da informação prestada nessa fase inicial (*pre-trial*), se o caso deve ser submetido à apreciação de um júri. O cerne então reside em saber se a informação disponível no pré-julgamento é suficiente para uma pessoa racional considerar que se justifica a continuação do processo, atendendo aos requisitos probatórios estabelecidos pelo padrão de prova aplicável. Se não, então o juiz de primeira instância resolve o caso adotando uma das moções preclusivas fornecidas e o processo termina antes da prática completa de todas as provas perante o júri. Na verdade, foi o que aconteceu em *Daubert*: a exclusão da prova pericial apresentada pelos demandantes, por questões relacionadas com a sua qualidade, significou que estes não satisfizeram o ónus de produção sobre a relação causal alegada e assim o caso terminou nesta fase de *pre-trial*, decidindo-se o caso sumariamente. Ainda que esta lógica não conheça concretização no nosso modelo de administração da justiça, julgamos que se mantêm válidos e suficientes os demais argumentos por nós apresentados para justificar o juízo de admissibilidade mais exigente.

da contaminação do juiz dos factos como mais relacionado com o funcionamento intelectual do ser humano (e seus vieses cognitivos) do que especificamente relacionado com a prova pericial[870].

Acresce que cremos que não se justificará afastar este requisito pelo facto de em Portugal não termos vislumbrado nenhuma situação em que tivesse sido requerida a prova pericial em áreas de conhecimento controversas. É que não podemos olvidar que com a maior especialização, a democratização do ensino e novas áreas de conhecimento, essa questão se venha a colocar[871]. A doutrina já alertou para novas áreas e bem evidenciou que os tribunais não estão preparados para realizar o juízo sobre a sua validade. Além disso, devemos salientar, a política de aceitação sistemática de *provas científicas* não estabelece necessariamente a sua precisão ou validade - argumentar isso é inverter a lógica das coisas[872]. E por isso cremos ser necessário adicionar estes requisitos aquando da decisão sobre a admissibilidade da prova pericial.

Reiteramos novamente que para esta avaliação será necessário deixar clara a distinção entre a fase da admissibilidade da prova pericial e a fase da sua valoração porque a decisão sobre a sua validade técnico-científica não se deve confundir com o seu valor probatório: admitir uma prova pericial não é pronunciar-se sobre o seu valor, que dependerá de outros juízos de diferentes naturezas, como veremos, mais relacionados com a sua confiabilidade. Esta destrinça levaria a adotar, tal como decorre da doutrina Daubert, uma espécie de um duplo julgamento, a versar sobre dois aspetos distintos: um sobre a validade; outro sobre a confiabilidade. O primeiro seria uma questão categoria e o segundo de grau. A este voltaremos mais à frente.

---

[870] Cf. VÁZQUEZ, Carmen Vázquez - La prueba pericial enla experiencia estadounidense: el caso Daubert. *Jueces para la Democracia* [Em linha]. N 86 (2016), pp. 92-112. [10.10.2021]. Disponível em https://www.academia.edu/28305930/LA_PRUEBA_PERICIAL_EN_LA_EXPERIENCIA_ESTADOUNIDENSE_EL_CASO_DAUBERT. ISSN 1133-0627, p.105. A autora exemplifica com o que sucede com as informações obtidas através de provas relevantes e confiáveis, mas que, por serem ilegais, a lei exige que sejam excluídas e não consideradas na decisão de decisão. Refere que um juiz que sabe por tais provas que o arguido é culpado não conseguirá controlar a influência de tal conhecimento sobre a forma como valorará as demais provas admitidas e produzidas. Se for assim, então, para evitar a contaminação do juiz dos factos, um modelo melhor seria justamente aquele em que um sujeito filtra as informações apropriadas com as quais o(s) outro(s) decidirão(ão). Mas, como concluiu, essa contaminação não tem que ver necessariamente com a qualidade epistemológica da prova, como no caso de provas ilícitas e muito menos com as provas periciais em geral, mas antes com a incapacidade de os juízes avaliarem as provas sem sofrerem quaisquer vieses.

[871] A única solução que viria a tocar neste aspeto, ainda que não tinha sido propriamente versada na decisão ocorreu num processo crime em que arguido era acusado crime de furto e referia que muito apesar de a prova pericial poder fazer corresponder a impressão encontrada no objeto furtado à sua impressão digital, não conseguiria esclarecer a datação dessa informação. E o tribunal de recurso, concordando, referiu que esta questão da datação de impressões digitais ou palmares, tendo sido estudada na comunidade científica sem que fosse possível obter resultados "com métodos científicos suficientemente fiáveis" não deveria ser objeto da perícia porque os seus resultados seriam sempre inconclusivos. Porém, como se viu, o arguido não solicitou uma perícia sobre esse mesmo objeto e por isso não saberíamos se o tribunal nessa situação excluiria esse meio de prova numa fase de admissibilidade ou apenas não a consideraria no momento da sua valoração - cf. ac. TRL. 28.05.2019. Proc. 520/16.5PAMTJ.L1-9. Para além desta, ainda não se colocou, que tenhamos conhecimento, nenhuma situação em que os tribunais tivessem que realizar este juízo de validade. Porém, com o advento das novas tecnologias e de novas áreas do saber, estas questões podem vir a colocar-se. Pense-se nas dificuldades das novas provas identificadas por Psicografia forense, a Grafologia forense, a Fonoaudiologia forense e a Ergonomia forense refletidas por RODRIGUES, Benjamim Silva: *Da prova penal. novos métodos "científicos" de investigação criminal nas fronteiras das nossas crenças.* Sintra: Rei dos Livros: 2010. ISBN 9789898305220.

[872] Cf. MNOOKIN, Jennifer L. *et all* - The need for a research culture in the forensic sciences. *Northwestern University School of Law Scholarly Commons: Faculty Working Papers.* Paper 26. [Em linha]. (2011). [12.06.2022]. Diponível em https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1025&context=facultyworkingpapers, p. 25.

1.4. COMPETÊNCIA DO PERITO

Refletimos agora sobre outro aspeto que para nós deveria ser perspetivado como requisito de admissibilidade da prova pericial e não ponderado apenas aquando da sua valoração. Para a discussão que agora abrimos temos que a relevância da prova pericial também se afere em função da competência[873] do perito responsável pela produção porque só se deverá admitir a prova pericial quando se acreditar que o perito que se apresenta como especialista o seja efetivamente. Este é mais um requisito óbvio e que resulta da lógica que justifica precisamente a produção da prova pericial nos processos judiciais.

Porém, apesar de óbvio, parece não merecer atenção suficiente na nossa prática judiciária que não realiza nenhum tipo de controlo sobre a capacitação de um sujeito para a atividade pericial de que é incumbido. Com efeito, como já denunciamos, um erro comum é que este juízo da competência do perito seja mecanizado pelos advogados e pelos juízes, bastando a referência de que será alguém com conhecimento especializado ou que integra uma entidade acreditada para se confiar nas informações por si prestadas e por isso esta etapa da admissibilidade não assume relevância.

Já tivemos oportunidade de criticar a desadequação dos critérios previstos pelo legislador para seleção os peritos, já que parecem desconsiderar que relevante será eleger o melhor perito para a questão em litígio e redundarem numa atitude de "laissez- faire" denunciada por Christophe Champod e Joëlle Vuille a respeito da perícia do tipo oficial, na qual resulta evidente uma fé quase cega no perito oficial por se presumir imparcial e competente e, por efeito, uma tendência generalizada de valorar a prova pericial mais em função desses critérios formais de designação do perito do que em função da informação por eles veiculada[874]. Ora, quando esses elementos são combinados, encontra-se um sistema onde a posição das partes é extremamente precária: o juiz tem total confiança no perito porque é presumido imparcial e competente; o perito

[873] Relembramos a distinção amplamente seguida na tradição anglo-saxónica entre competência e credibilidade de todos aqueles quanto intervêm no processo, mormente na qualidade de *expert testimony,* e que expusemos na parte VI. Na nossa prática parece existir uma confusão que convida a uma catástrofe inferencial entre alguém competente e alguém credível uma vez que não se assume *a priori* que competência e credibilidade sejam características independentes e, como procuramos demonstrar nas partes V e VI, não deve existir uma confusão ou aproximação entre as qualidades da pessoa que atua como perito (competência) e a qualidade do seu labor pericial (credibilidade). O primeiro deles é um julgamento de admissibilidade, cuja função é evitar entrada de peritos sem autoridade epistémica. O segundo é um juízo de valoração da prova produzida. Assim, o juízo de competência para efeitos de admissibilidade é relativamente baixo ou preliminar: se ficar provado que o perito é uma pessoa que tem um conhecimento especial ou experiência relevante na área em que irá atuar deve ser admitida a julgamento. Já quanto ao juízo em torno do quão bem desempenhou a sua tarefa pericial é uma questão de credibilidade e não admissibilidade que deve ser considerada aquando da valoração da prova pericial. A propósito, lembramos a referência já anteriormente apresentada sobre o tema, ANDERSON, Terence - Análisis de la Prueba. Madrid: Marcial Pons, 2015. ISBN 978-84-16402-63-2, pp. 106 e 107 e ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William – Analysis of Evidence. Cambridge: Cambridge university press, 2005. ISBN 13 978-0-511-12725-0, p. 70 e 71.

[874] Cf. CHAMPOD, Christophe; VUILLE, Joëlle - Scientific evidence in Europe: admissibility, evaluation and equality of arms, *op. cit.,* p. 30.

assim selecionado não é sujeito a nenhum juízo de admissibilidade; as informações por si prestadas presumem-se corretas porque todos os atores do sistema de justiça consideram a ciência como infalível e os seus recursos materiais e intelectuais para exercer respetivo controlo são limitados.

Mas como dissemos se os critérios de seleção dos peritos pelo tribunal poderão fazer crer na autoridade teórica do perito nomeado, não se poderá aceitar que se estabeleçam uma relação de confiança sem se conhecer a sua autoridade epistémica relativamente às necessidades do caso para o qual é nomeado. É que, como dissemos, o perito nomeado pelo tribunal é um perito da confiança do tribunal. Ora, a assim ser, quando o perito a nomear é um perito que será da confiança do tribunal as razões que devem nortear a sua nomeação são razões para crer na sua autoridade epistémica relativamente às necessidades naquele caso concreto e não condições formais sobre a sua aptidão para ser nomeado como perito. Com isto não pretendemos defender o afastamento dos critérios de seleção dos peritos tal como previstos nos modelos estudados. De resto, como dissemos, acreditamos que um modelo que adota a preferência por peritos oficiais ou selecionados pelo tribunal tem vantagens face a um modelo preferencialmente adversarial com peritos de parte. Julgamos é que os critérios estabelecidos não podem ser utilizados, por si só, como último reduto para conferir competência ao perito (e menos ainda para determinar *a priori* a qualidade da atividade por si desenvolvida) porque, como referimos na secção 2.1.1.2.1 esses requisitos reportam-se mais à questão da imparcialidade de origem do perito do que propriamente à sua autoridade epistémica, que associamos à sua atitude cognitiva e motivacional. Acreditamos, por isso, que os critérios estabelecidos podem manter-se, mas devem ser epistemicamente orientados[875]. Por isso julgamos mais adequada a atitude perante os peritos selecionados pelas partes, relativamente aos quais, não se esperando a sua imparcialidade de origem, se procura conhecer precisamente a sua autoridade epistémica sobretudo através da sua atitude cognitiva.

[875] No estudo desenvolvido pela Fundação Francisco Manuel dos Santos a que já nos referimos, notado o descontentamento na forma de designação dos peritos, foi cocnluido que "[a] tramitação atual da prova pericial revela-se, assim e em simultâneo, burocratizada e inoperante, importando lentidão para o processo, sem que tal seja compensado por resultados materiais satisfatórios" foi apresentada uma proposta uma "[a]lteração integral do modo de produção da prova pericial", que passaria pela alteração do modelo de designação do perito, permitindo diversas possibilidades de realização de prova pericial, que deveriam ser discutidas entre o juiz e as partes, com possibilidade de opção pela modalidade de realização que se revelasse mais adequada, consoante o entendimento do juiz sobre o caso e o investimento que as partes nele pretendessem realizar. Refere o estudo que nada deveria impedir que, em casos complexos, as partes apresentassem as perícias da sua iniciativa e o juiz determinasse, em simultâneo, a realização de uma perícia por perito único, ordenando, no final, uma reunião de peritos no sentido de se obter uma conclusão conjunta ou de se explicitar as razões da manutenção de pontos de discordância - cf. GOUVEIA, Mariana França *et all. - Justiça económica em Portugal: produção de prova* [Em linha]. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos e Ricardo Gonçalves, 2012. [09.06.2021]. Disponível em https://www.ffms.pt/FileDownload/4e81fae5-0ebc-40bc-a1fc-d87409c1a5b9/justica-economica-em-portugal-prova-caderno. ISBN 978-989-8424-89-1, pp. 86 e 87.

No juízo da admissibilidade da prova pericial estará sobretudo em causa analisar a autoridade epistémica do perito a nomear de um ponto de vista cognitivo e não motivacional, já que neste ponto não se trata de avaliar a qualidade do trabalho desenvolvido, que só será possível aferir depois de realizada a atividade pericial e que se relaciona com a credibilidade do perito e da sua atuação, mas antes perceber se há razões para acreditar que a pessoa selecionada é competente para satisfazer as necessidades epistémicas do caso.

Deste ponto de vista cognitivo não desconsideramos a relevância e pertinência de critérios que apelem às qualificação e experiência profissional do perito (será o caso da sua formação profissional, de estágios e formações realizadas, de prémios de mérito e reconhecimentos, de publicações realizadas, de licenças e certificações, da integração em associações e atividades profissionais). Mais tais critérios são de índole formal e, como tal, não se revelam suficientes[876].

De facto, tão ou mais relevante do que esses critérios, revela-se a experiência acumulada do perito na sua área de especialização, que pode ser verificada através da acreditação do número de atividades periciais realizadas e da forma como nessas atividades prestou os seus serviços. Assim, e porque os critérios que permitirão aferir a autoridade epistémica de alguém suporão sempre um certo conhecimento de antecedentes relevantes que fornecem informações sobre o exercício de sua atitude cognitiva julgamos que seria de suma pertinência a criação de um registo institucional da atuação do perito no exercício das suas atividades periciais, que fosse de acesso aos interessados (como magistrados, advogados e comunidade científica) com referência às atividades periciais realizadas desenvolvidas em contexto judicial e avaliações do desempenho dessas atividades[877]. A variedade e o tipo de questões que podem ser colocadas são infinitas e dependem do tipo de conhecimento e qualificações e por isso não é nosso intento desenvolver

[876] Neste mesmo sentido TSUSHIMA, William T.; ANDERSON, Robert M.; JUNIOR, Robert M. Anderson - *Mastering Expert Testimony: A Courtroom Handbook for Mental Health Professionals*. Oxon: Routledge, 2014. ISBN 978-0-805-81889-5, pp, 11 e 12. E não o serão sobretudo quando a prova pericial versar sobre conhecimento especializado decorrente da experiência das artes e ofícios porque se nas áreas mais científicas os aspetos normalmente invocados são os títulos académicos, publicações, etc., no caso de áreas de conhecimento não científico a experiência prática geralmente adquire muita relevância. Seja qual for o tipo de conhecimento, cremos que o importante é que quem seleciona o perito apresente razões objetivas para que o tribunal possa tomar uma decisão sobre a admissibilidade da prova acreditando que essa pessoa reúne condições para assim ser considerada.

[877] Pavol Hardoš sugere como questões que podem auxiliar a confirmar a autoridade epistémica: Qual é a credibilidade de A como fonte especializada? A é um especialista no campo em que X (afirmação) se enquadra? O que A afirmou que implica X? A é pessoalmente confiável como fonte? O que A afirmou é consistente com o que outros especialistas afirmam? A afirmação de A é baseada em evidências? Estas questões são sugeridas por HARDOŠ Pavol - Who exactly is an expert? On the problem of defining and recognizing expertise. *Sociológia* [Em linha]. V 50, N 3 (2018), pp. 268-288. [01.02.2021]. Disponível em https://www.academia.edu/36977371/Who_Exactly_is_an_Expert_On_the_Problem_of_Defining_and_Recognizing_Expertise. ISSN 0872-3419, p. 278. Julgamos que algumas destas questões só poderão ser respondidas após a apresentação do relatório pericial (mais concretamente as terceira, quinta e sextas) porque desenhado para o melo EUA em que se prevê a apresentação de um relatório preliminar e no qual será possível responder a todas essas questões. Não sendo o caso do modelo português, sempre seria possível e pertinente responder às demais questões aquando da decisão da admissibilidade.

aqui qualquer lista enunciativa, mas não podemos deixar de notar que os critérios formais e os anos de experiência não devem ser por si só relevantes se não se souber se o trabalho desenvolvido foi de qualidade[878].

Para este juízo, salientamos, seria necessário que todas estas informações fossem apresentadas ainda antes da decisão de admissibilidade da prova pericial. Inspirados na exigência do *mandatory expert report* do sistema dos EUA (Federal Rules of Civil Procedure 26 (a) (2)), julgamos que aquando da indicação do perito a parte responsável pela sua seleção deveria apresentar todas estas informações para que a contraparte ou o tribunal pudessem questionar a competência geral do perito[879]. A exigência dessas informações aquando do pedido da perícia

[878] P. ex., podemos ter pessoas que ao longo de anos e anos realizaram certo tipo de atividades, mas que as tenham realizado fora da metodologia recomendável e daí só podemos concluir que a mera repetição dos erros durante muito tempo não torna o seu trabalho de qualidade. Será de salientar que numa boa quantidade de disciplinas, particularmente científicas, o potencial dos resultados e das conclusões não depende apenas das qualidades do perito, mas também do cumprimento de certos procedimentos standardizado e uniformizados e por isso nestas situações a acreditação também deve versar sobre esses procedimentos e se os mesmos foram seguidos. Sobre o tema, MAURICIO DUCE, J. - *La prueba pericial: aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina*, *op. cit.,* pp. 112-122.

[879] Concretamente em Portugal também já aludiram ao interesse na apresentação de um *curriculum vitae* pelo perito GERALDES, António Santos Abrantes; PIMENTA, Paulo; SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Código de processo civil anotado.* Coimbra: Almedina, 2022. ISBN 978-989-40-0535-3. V I, p. 586. Também na europa verificamos uma proposta que, apelando à criação de listas oficiais de peritos a nível nacional e transfronteiriço, sugere a seleção em função de "uma substancial experiência como peritos a nível nacional". Esta proposta foi avançada em 2015 pelo EEEI no *Guia Europeu para a Perícia Judicial - Guia de boas práticas da perícia judicial civil na União Europeia.* Este guia foi fruto de labor de cooperação e experiência comparativa de mais de uma década de trabalho conjunto entre diferentes atores judiciários de diferentes países europeus dele constam diferentes recomendações de boas práticas sobre procedimentos de designação de peritos, sua certificação e sujeição a uma atuação ética. Com relevância para o ponto que agora mencionamos, consta a criação de uma lista europeia de peritos. De entre as vantagens, é mencionado o surgimento de uma nomenclatura comum que permita uma maior uniformização na elaboração das listas nacionais, mas reconhece-se que uma tal solução implicará a criação de órgão específico a nível europeu para gerir esta lista (3.9). Para inscrição de um nome na lista reconhece-se ser necessário a avaliar a competência do perito, "por prova de: (i) respetivas qualificações, (ii) currículo profissional, (iii) conhecimento de técnicas de investigação, (iv) conhecimento das normas jurídicas que regulam o exercício da sua atividade principal e regras em matéria de obrigações e direitos dos peritos, bem assim como dos princípios orientadores do justo julgamento" (3.12). No guia prevê-se a possibilidade de as partes ou o juiz, antes de designarem um perito da lista, o contactarem diretamente para aferir se o mesmo dispõe das competências necessárias para executar a tarefa que lhe venha a ser confiada (3.22), reconhecendo-se ainda às partes o direito de contestarem a nomeação do perito com fundamento na falta de competência, imparcialidade ou outro motivo previsto na legislação do país onde corre o processo (3.25) - cf. EEEI - Guia de boas práticas da perícia judicial civil na União Europeia: Guia Europeu para a Perícia Judicial [Em linha]. S.l.: S.n: 2015. [10.03.2022]. Disponível em https://experts-institute.eu/wp-content/uploads/2018/03/eeei-guia-de-boas-praticas-pt-brochura.pdf, pp. 10 e 12. No seguimento desta publicação, em agosto 2016 teve início o projeto "Find na expert I", que viria a ser conduzido entre 2017 e 2019, e culminaria com a publicação, no portal e-Justice, de fichas informativas sobre procedimentos periciais nos vários Estados europeus. Está agora a decorrer o projeto seu sucessor "Find na expert II" prosseguindo o objetivo geral de harmonizar e melhorar os conhecimentos especializados na Europa. Este projeto, que decorrerá de março de 2022 a fevereiro de 2024, parte da constatação de ser frequente (e indesejável) a atitude reverencial dos juízes do continente europeu face à perícia e por isso ser necessário que os peritos cumpram um nível mínimo de padrões e princípios (como competência, independência, imparcialidade e integridade). Sobre o projeto, veja-se a página do EEEI relativa ao mesmo: https://experts-institute.eu/en/projects/find-an-expert-en/find-an-expert-ii-project-launch/. Atualmente já existe a plataforma "EuroExpertFinder: EuroExpert - The Organisation for European Expert Associations", organização multidisciplinar que representa os peritos europeus, onde se encontram registados mais de 50.000 peritos. O pedido é simples e pode ser feito online através do site da EuroExpert (www.euroexpert.org/EuroExpertFinder), mediante o preenchimento do questionário onde se incluem informações como o tipo de especialista e o tipo de processo, podendo ainda ser indicadas maiores detalhes como idioma pretendido, tipo de qualificações e localização geográfica. O pedido será depois encaminhado para análise monitorizada pelo Secretário-Geral da EuroExpert para garantir que os usuários recebam com um alto nível de serviço. A pesquisa pode ser feita por país, remetendo-se para as listas nacionais, ou nos vários Estados-membros (https://euroexpert.org/ e ainda https://euroexpert.org/fileadmin/Tmpl/documents/downloads/10yearsEE-Web.pdf). Não foi incitava única. Nos EUA, p. ex., foi criado pela American Association for the Advancement of Science, já em 1999, o projeto CASE (Court Appointed Scientific Expert), um serviço que auxilia juízes federais, estaduais e juízes administrativos na identificação de cientistas, engenheiros e profissionais de saúde altamente qualificados para atuar como especialistas técnicos. Os especialistas são selecionados caso a caso, adaptando às necessidades concretas, mediante a aplicação de vários métodos e recursos para identificar os especialistas mais adequados, incluindo sociedades profissionais e outras instituições científicas, e um painel de recrutamento e seleção composto por cientistas, engenheiros e profissionais de saúde altamente respeitados. Sobre o projeto pode consultar-se o respetivo *website* (https://www.aaas.org/news/aaas-annual-report-showcases-2021-impacts-intersection-science-and-society). (Não) surpreendentemente a doutrina esclarece que nem sempre estas intenções conhecem os resultados esperados porque se verificou que, muitas vezes, quando um juiz anuncia que vai recorrer aos serviços do CASE para identificação de especialistas independentes, o que espera não é a

encorajaria, tanto do juiz como das partes, uma postura mais ativa a respeito da competência e idoneidade do perito selecionado. Uma solução que se distinguiria daquela que hoje vigora entre nós porque exigiria uma postura ativa no controlo das duas condições conjuntamente necessárias sobre o perito: a sua autoridade teórica específica sobre as questões relevantes para os factos do caso e os motivos que o poderiam levar a agir encapsulando o interesse em descobrir a verdade no curso do processo judicial. Despois de prestadas e escrutinadas as informações, a nomeação seria justificada por razões substantivas e não apenas por critérios de índole formal.

O que aqui dissemos será aplicável, na nossa perspetiva, tanto para as perícias públicas/oficiais, como para os peritos selecionados pelo tribunal ou para aqueles que são designados pelas partes. De facto, como vimos, para nós mais relevante do que a ausência de relação com as partes será o conhecimento de informações que permitam reconhecer ao perito a sua autoridade cognitiva e motivacional. Por isso acreditamos que estas exigências se imporiam não só às partes mas também ao tribunal, com a ressalva de que quando a perícia fosse realizada por entidade oficial ou por entidade terceira por estas contratadas, terem que ser estas entidades responsáveis por, antes da realização da atividade pericial, fazer chegar ao processo informação sobre qual funcionário responsável pela sua realização e demais informações que apontamos como pertinentes, bem assim como resultados das suas avaliações de desempenho das suas funções[880].

Se confrontarmos estes pontos com a realidade que descrevemos, verificamos que a nossa proposta, sem alterar os critérios de seleção dos peritos previstos, provocaria uma alteração na sua aplicação porque incluiria um nível de análise da acreditação da competência do perito que, julgamos, se revelaria mais adequado às preocupações epistemológicas que fomos revelando, já que os critérios estabelecidos não exigem nem permitem ferramentas oportunas para filtrar a competência dos peritos. Este juízo deverá ser prévio à realização da atividade pericial para evitar que, depois de ter realizado a atividade pericial, se conclua que o perito nomeado não satisfez as necessidades epistémicas (p. ex., porque não era o especialista mais adequado) e tudo termine em perda de recursos económicos, em atrasos consideráveis e até em obstáculos cognitivos que

nomeação desse especialista, mas que o caso seja prontamente resolvido - sobre as reais intenções no recurso a este projeto, cf. HAACK, Susan - Irreconcilable differences? The troubled marriage of Science and Law. *Law and Contemporary Problems* [Em linha]. V 72 (2009), pp. 1-23. [20.03.2018]. Disponível em https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1502&context=lcp. ISSN 1945-2322, p. 21. Uma realidade que, para nós, não surpreende.

[880] Nas situações mais comuns em que estas entidades estão sujeitas a regras de pré-acreditação da respetiva adequação, cremos que não seria necessário a apresentação destas informações sempre que fossem incumbidas de realizar perícias, bastando que existisse uma base de dados, acessível a advogados e magistrados, que incluísse essas informações relativamente aos seus funcionários.

poderiam ser evitados se a seleção fosse feita de forma racional. Isso representa uma mudança radical em relação ao formato do sistema atual.

Para finalizar, dizer ainda que o aperfeiçoamento dos modelos exigiria que de entre os motivos de escusa ou recusa pelo/do perito deveria constar expressamente a sua falta de competência e que a decisão sobre esse incidente fosse sindicável.

2. PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL

Depois de refletirmos sobre os critérios que devem ser tidos em conta para efeitos de decisão de admissibilidade da prova pericial, cremos ser tempo de pensar nos problemas que fomos suscitando a respeito da sua produção. Teremos aqui em consideração todas as críticas que no capítulo V apontamos aos modelos de prova pericial, bem assim como as inquietações que na altura apontamos e a partir das quais aqui seguiremos.

2.1. DESCONSTRUINDO OS MITOS E PARADIGMAS

Começamos por pensar sobre os problemas que abordamos no capítulo 2 da parte I e secção 2.1.1.2 da parte V porque acreditamos que um bom de partida será desconstruir o mito da infabilidade do conhecimento pericial e superar o paradigma da individualização.

2.1.1. MITO DA INFALIBILIDADE

Um dos problemas que verificamos e que justifica a atitude deferencial por nós criticada e que nos coloca em contacto os riscos destacados na secção 2.2 da parte I prende-se com o mito da infabilidade do conhecimento dito científico. Julgamos ter vindo a desconstruir esta ideia ao longo das partes anteriores. Porque consideramos muito bem retratar o estado de coisas, lembramos o relatório "Strengthening Forensic Science in the United States: a path forward" em que se expuseram uma série de problemas na prática das ciências forenses. Alguns desses

problemas são de natureza económica, decorrentes do subfinanciamento de laboratórios, da falta de pessoal ou de recursos e meios técnicos; outros são de índole política, decorrentes da falta de independência com que os peritos atuam no exercício das suas funções como *expert testimony;* outros decorrem do recorte legal porque nem sempre se revela simples aos juízes exercerem a sua função de *gatekeeper* e excluir a participação de *expert witnesses* não confiáveis; e outros decorrem da própria natureza da ciência forense em si, seja porque muitas das ciências forenses carecem de validade científica, seja porque não há um procedimento de certificação nem controlo sobre a metodologia e protocolos de quem processa e testemunha sobre ciência forense.

A conclusão desse relatório é, como adiantamos no capítulo II da parte I, alarmante: o estado atual da perícia nas diversas áreas da ciência forense representa uma ameaça tanto para a aplicação eficaz da lei, como para uma eficiente investigação, mas também para os arguidos inocentes que são injustamente condenados com base em provas pouco confiáveis. Por isso o relatório recomenda uma reforma generalizada extensível não apenas ao recorte legal da forma como a ciência entra nos tribunais, mas também da forma como a ciência forense é trabalhada e comunica os seus resultados.

Dada a principal descoberta da inexistência de uma base de pesquisa adequada para as reivindicações muitas vezes feitas na ciência forense, a maioria das recomendações focaram-se em medidas a adotar na ciência forense. De entre essas específicas recomendações, será de destacar o apelo ao desenvolvimento de estudos que investiguem e estabeleçam as bases científicas que demonstrem a validade e a confiabilidade dos métodos usados nas ciências forenses; estudos que estabeleçam não só medidas quantificáveis dessa validade e confiabilidade, mas também os limites dessa validade e confiabilidade e o desenvolvimento de medidas quantificáveis de incerteza relativamente aos métodos utilizados. Igualmente relevante foi a recomendação para realização de estudos relacionados com os vieses cognitivos e os seus efeitos nas tomada de decisão pelo perito (aqui especificando as necessidades de conhecimento de taxas de erro na realização da atividades forenses e a influência dos vieses contextuais na prática dessas atividades), mas também para elaboração de procedimentos operacionais padrão para minimizar, na medida do possível, que esses possíveis vieses sejam fonte de erro na prática forense. Do relatório consta ainda a recomendação para desenvolvimento de uma padronização de relatórios e termos mais frequentemente utilizados ou ainda o apelo à acreditação obrigatória de todos os laboratórios de ciências forenses que realizem atividades no e para o contexto judicial, a criação

de um código de ética obrigatório vinculado à certificação dos peritos e a criação de um agência nacional independente para supervisionar a ciência forense[881].

Julgamos por isso que seja tempo de desconstruir a imagem sacralizada da ciência e a confiança dogmática em qualquer juízo que se apresente como *científico*. Para nós, este é o primeiro passo para grandes melhorias na produção da prova pericial porque exigirá um maior controlo na admissibilidade, mas também na produção e valoração da *prova científica*. Porque só assim será possível minimizar todos os riscos por nós identificados. Mas este, como dissemos, será o primeiro passo. Haverá mais.

2.1.2. SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DA INDIVIDUALIZAÇÃO

Outro dos passos deverá operacionalizar-se no segundo fator que identificamos também como impulsionador da sobrevalorização da prova pericial, sobretudo quando produzida pelas tradicionais ciências forenses de identificação: a forma como a ciência comunica os seus resultados.

Na secção 2.1.2 da parte I vimos que nos últimos anos a comunidade científica forense tem vindo a realizar uma profunda autocrítica, particularmente concentrada naquelas disciplinas que continuam a comunicar os seus resultados mediante o paradigma da individualização. Apesar disso, esta forma individualizante de comunicação de resultados continua a ser muito difundida e as conclusões de identificação categórica em relatórios periciais continuam a ser frequentemente usados por peritos e laboratórios. Mas como vimos o risco da manutenção desta forma de comunicar não se manifesta apenas no risco de uma interpretação falaciosa dos resultados assim comunicados que fazem acreditar ser possível realizar identificações categóricas irrefutáveis: o risco também se manifesta num segundo nível porque falsamente fazem acreditar que é o perito e não o juiz quem pode e deve responder às questões de facto que exigem especiais

[881] COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY; NATIONAL RESEARCH COUNCIL - *Strengthening forensic science in the united states: a path forward* [Em linha]. Washington: The National Academies Press, 2009. [21.06.2021]. Disponível em https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf. ISBN 0-309-13131-6, *passim* e, em especial, pp. 23-29 e 190 e 191. Partindo destas recomendações, na literatura falsa-se da necessidade de criação de uma cultura de investigação (*reserch culture*) que permeie todo o campo da ciência forense, fundamentada nos valores do empirismo, transparência e compromisso com uma perspetiva crítica baseada em pesquisa sólida por referência a dados, estudos publicados e materiais acessíveis ao público, em vez da referência à experiência ou conhecimento de ofício, ou simplesmente presumindo a validade dos métodos e técnicas porque há muito se assumem como tal - cf. MNOOKIN, Jennifer L. *et all* - The need for a research culture in the forensic sciences, *op. cit., passim* e, em especial, pp. 17-19.

conhecimentos. E esta é, sem dúvida, uma das maiores preocupações no contexto da prova pericial: evitar que o perito se converta no julgador dos factos[882].

Para superar estes problemas a comunidade científica tem sido sustentado que a única forma rigorosa de comunicar os resultados por parte das tradicionais ciências forenses de identificação é fazê-lo não em termos de individualização, mas em termos de verossimilhança (*likelihood ratio*)[883]. A novidade deste paradigma, conhecido precisamente como paradigma de verosimilhança, é que, diferentemente do anterior paradigma da individualização em que não se distinguem as tarefas do perito e do juiz, neste é possível a demarcação clara entre a tarefa do perito e a do juiz, que assim recupera para si o seu papel de decisor, já que ao perito é atribuída a tarefa de expressar "o que dizem os dados" e ao juiz é atribuída a tarefa de os avaliar à luz dos demais dados e provas disponíveis. Tal é possível porque este paradigma é construído sobre a distinção entre as três questões básicas: "o que os dados ou observações nos dizem" a favor da hipótese colocada? "No que se deve acreditar" a partir desses dados? "O que deve ser feito"? Esta distinção de questões é apresentada precisamente como uma importante ferramenta para reconstruir a interação entre o perito e o juiz, já que a distinção diferenciará a tarefa do perito e

---

[882] Ainda que numa abordagem distinta já nos pronunciamos sobre este risco na parte I e depois nas partes IV e V. Esta aproximação, enquanto ponto de partida para a distinção entre as tarefas do juiz e do perito, como apresentamos nas linhas seguintes, localizamos GASCÓN ABELLÁN Marina - Prueba Científica: un mapa de retos. In VÁZQUEZ, Carmen - *Estándares de Prueba y Prueba Científica*. Marcial Pons: Madrid, 2013. ISBN 978-84-15664-53-6. Pp. 181-201; GASCÓN ABELLÁN Marina - Conocimientos expertos y deferencia del juez (apunte para la superación de un problema). *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho* [Em linha]. N 39 (2016), pp. 347-365. [10.05.2022]. Disponível em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/60169/6/Doxa_39_18.pdf. ISSN 0214-8676 e GASCÓN ABELLÁN, Marina; LUCENA MOLINA, José Juan; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Joaquín - Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinary. *Diario La Ley* [Em linha]. N 7481 (04.10.2010), pp. 1-9 [23.02.2022]. Disponível em https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3291545. ISSN 1989-6913. Numa aproximação idêntica, ainda que sem se referir às expressões "tarefas do juiz" e "tarefa do perito" mas antes a "autoridade pratica" e a "autoridade teorica" - VÁZQUEZ, Carmen - El perito de confianza de los jueces. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo.* [Em linha]. V IX, N 18 (2017). Pp. 170-200. [01.09.2021]. Disponível em https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/2060. ISSN 2145-6054, p. 196.

[883] Devemos clarificar que, em termos estatísticos, a verosimilhança (*likelihood*) não é equivalente à probabilidade (*probability*): a primeira designação reporta-se à possibilidade de os dados ocorrerem no caso de uma hipótese ser verdadeira, enquanto a segunda se refere à possibilidade de que a hipótese seja verdadeira, atentos os dados observados - cf. CLERMONT, Kevin - Standards of Proof Revisited. *Vermont Law Review* [Em linha]. V 33 (2009), pp. 469-487. [10.06.2022]. Disponível em https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=facpub. ISSN 0145-2908, p. 479, nota de rodapé n.º 19. Assim, por uma questão de rigor e de maior clareza na comunicação dos resultados deve evitar-se o uso de expressões categóricas ou probabilísticas (em escalas de "pouco provável", "provável", "muito provável" ou em escalas percentuais muitas vezes mal interpretadas) e optar –se por pronunciamentos do tipo: "R é x vezes mais provável se Y do que se não Y". Marina Gascón Abellán clarifica a mudança de paradigma com o exemplo de uma perícia de comparação de voz em chamadas ameaçadoras e refere que um relatório pericial jamais poderia concluir ser possível identificar uma pessoa a partir das análises realizadas em laboratório com base nas coincidências encontradas entre a voz auscultada nas chamadas e a voz do suspeito, mas apenas concluir pela probabilidade dessa correspondência devido às coincidências observadas. Através deste exemplo conclui que um perito não pode dizer qual a probabilidade de as hipóteses examinadas serem verdadeiras à luz dos dados analíticos resultantes da análise em laboratório, mas pode apenas dizer qual a probabilidade dos dados analíticos à luz das hipóteses investigadas (no seu exemplo seria possível ao perito concluir que é X vezes mais provável que as correspondências encontradas na comparação sejam observadas se o autor das chamadas for o arguido do que se não for). Em suma, o perito expressará a força do resultado da prova conectando-a com as hipóteses opostas (Hipótese A: a voz pertence ao suspeito / Hipótese B: a voz não pertence ao suspeito), e interpretará o resultado expressando se os dados corroboram e com que força uma hipótese contra outra, informando os seus resultados por meio de uma razão de verossimilhança e não de individualização. A decisão sobre a hipótese controvertida (se o suspeito é ou não o autor do crime) é da exclusiva responsabilidade do juiz, devendo ser tomada à luz tanto das informações prestadas pelo perito quanto das demais provas disponíveis. Seguimos de perto GASCÓN ABELLÁN, Marina; LUCENA MOLINA, José Juan; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Joaquín - Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinary, *op. cit.,* pp. 2-5.

do juiz, obstando a que o perito se pronuncie nos termos em que o juiz deve expressar como resultado de valoração da prova. Um contributo que nos permite superar o problema identificado[884].

Mas além de ser permitir superar a atitude deferencial (que já não é possível porque o perito não se pronuncia nos termos em que o juiz se deve pronunciar) e se impor a "devolução aos juízes do seu papel como decisores"[885], esta distinção também permitirá deixar mais claro qual o tipo de conteúdo do relatório pericial e como é que os peritos devem apresentar as conclusões nos seus relatórios porque a prática generalizada de informar em termos de identificação obedece a outras aspirações que não se encontram presentes com a mudança de paradigma. Assim é porque de acordo com o paradigma da verossimilhança não cabe ao especialista dizer qual a probabilidade de as hipóteses consideradas serem verdadeiras à luz dos dados recolhidos, mas determinar o significado (ou o grau de probabilidade) dos dados ocorrerem à luz de todas as hipóteses em consideração.

Consequentemente, o juiz não pode remeter sem mais para um relatório pericial cujo conteúdo não consiste numa resposta categórica e individualizante (porque essa já não é dada). Aliás, é ao juiz que se impõe valorar a prova produzida, avaliando num primeiro momento a sua confiabilidade e, num segundo momento determinando o seu valor probatório. Para tanto será necessário que o perito forneça informações completas e adequadas sobre a atividade realizada, a fim de os juízes poderem determinar a sua confiabilidade. Aqui voltaremos no capítulo seguinte.

Paralelamente, julgamos que a alteração do paradigma poderia também determinar uma diferente postura dos juristas relativamente às potencialidades da prova pericial. Assim o julgamos porque o perito deixando de comunicar as informações à luz do paradigma de individualização, deixarão de fazer sentido as questões categóricas que habitualmente compõem os quesitos. De facto, com a mudança de paradigma devem procurar-se sobretudo as explicações que servem de

[884] Cf. GASCÓN ABELLÁN, Marina; LUCENA MOLINA, José Juan; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Joaquín - Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinary, *op. cit.,* pp. 2 e ss. Apesar de reconhecer os méritos da proposta e de concordar com a distinção das duas primeiras questões, Carmen Vázquez discorda quanto à distinção entre a segunda e a terceira questões. Em primeiro lugar porque, segundo refere, a questão formulada dessa forma parece assumir que as crenças são voluntárias, quando grande parte da literatura epistemológica nega isso. E, em segundo lugar questiona se "o que se deve fazer depende obviamente do que se deve acreditar" tal como referem os autores da proposta, como seja possível distinguir entre, p. ex., "acreditar que o que se deve fazer é condenar" e "ter o dever de condenar"? O referido dever, defende, é independente das crenças do indivíduo e por isso ajuíza que a tomada de decisão do juiz não envolve crenças, mas a aceitação de uma das hipóteses como verdadeira uma vez que o standard *de prova* tenha sido ultrapassado - cf. VÁZQUEZ, Carmen - El perito de confianza de los jueces, *op. cit.,* p. 196, nota de rodapé n.º 64. Já para Marina Gascón Abellán esta distinção entre as tarefas do juiz justiça-se pela distinta natureza que lhes subjaz. A autora remete a primeira para o plano da racionalidade epistémica e a segunda para um plano político ou valorativo porque envolverá um juízo que se mostra dependente da determinação e verificação do standard de prova aplicável - GASCÓN ABELLÁN Marina - Conocimientos expertos y deferencia del juez (apunte para la superación de un problema), *op. cit.,* p. 357. Para nós, esta divergência entre as autoras em nada altera o que se revela mais pertinente para o estudo: a ideia de que devem ser distinguidas as tarefas do perito e do juiz.

[885] Cf. GASCÓN ABELLÁN Marina - Conocimientos expertos y deferencia del juez (apunte para la superación de un problema), *op. cit.,* p. 358.

base às conclusões e menos a conclusão individualizante. A atenção dos juristas centrar-se-ia sobretudo na "sustentação científica das conclusões"[886] que possa servir para aferir o respetivo valor e nesse sentido talvez mais adequado do que a aposição de quesitos no despacho que ordena a perícia fosse a definição do seu objeto. Uma alteração que, apesar de manter o perito e a atividade pericial vinculada às finalidades do processo, asseguraria maior liberdade do perito no exercício da sua atividade e em simultâneo retirar-se-iam maiores proveitos das potencialidades dessa atividade e permitir-se-ia também suprir a falta de literacia dos juristas sobre o que perguntar e como perguntar.

Por isso também não é despiciendo fazer notar que este paradigma da verosimilhança, contrariamente ao paradigma da individualização, fomentará um contraditório mais amplo e uma presença mais frequente do perito para esclarecimento sobre a forma mais adequada de interpretação dos dados do relatório, com benefícios nas ilações que deles se extraem. Estas consequências derivam do facto de, independentemente do quão claro e rigoroso seja o relatório pericial, raramente se vir a revelar fácil para o juiz e para as partes isolarem no relatório o que exatamente dizem os dados e qual o valor a atribuir a essa informação.

2.1.3. A CONFIABILIDADE DA PROVA PERICIAL

Sem negarmos a importância epistémica das questões sobre a autoridade do perito enquanto tal, lembramos que as crenças que o juiz possa formar com base nessa autoridade constituiriam apenas uma parte das razões positivas: as razões para nele confiar a atividade pericial. Mas como vem sendo por nós dito, as razões positivas que fazem crer na competência do perito não são suficientes para a aquisição de justificação e conhecimento testemunhal. Mesmo quando o juiz disponha de informações adequadas que o levem a concluir que determinado especialista é uma fonte epistemicamente competente, faltaria uma das condições da justificação testemunhal: que o perito ofereça as propriedades epistémicas que os seus enunciados possuem. Essa exigência decorre do nosso entendimento de atribuirmos uma componente testemunhal à prova pericial. E de que, como já vimos, a mera afirmação do especialista não se revelar suficiente para nele se acreditar. Na nossa perspetiva, o suporte epistémico da afirmação que o especialista oferece é que poderá tornar provável que a afirmação por si prestada seja verdadeira. É nesta

[886] Cf. GERALDES, António Santos Abrantes; PIMENTA, Paulo; SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Código de processo civil , op. cit.,* p. 588.

justificação que reside a força epistémica do testemunho. E considerado as finalidades cognoscitivas da prova, essa justificação será central para a aquisição de conhecimento confiável.

Trata-se então, neste ponto, da confiabilidade da atividade pericial desenvolvida e da credibilidade do perito e já não da validade da área da atividade e da competência teórica do perito. Descemos agora um nível de abstração que nos força a questionar se a disciplina, técnica ou procedimento empregue pelo perito na sua atividade pericial é capaz de produzir respostas confiáveis e se assim serão as informações por si apresentadas. A versão atual da FRE 702, que codifica Daubert e Kumho Tire, impôs a confiabilidade do método utilizado pelo perito como um pré-requisito para a prova pericial: o testemunho de um especialista só é admissível se for produto de princípios e métodos confiáveis, se a atividade se desenrolou sobre factos e dados suficientes e se os princípios e métodos foram devidamente aplicados aos factos do caso a ser julgado[887]. Como já dissemos, muito apesar de estes requisitos não poderem ser considerados nos nossos modelos de prova pericial como requisitos de admissibilidade (no qual apenas será possível ajuizar da validade da área de atuação do perito e sua competência teórica), certo é que julgamos que devem ser exigidos aquando da sua produção para assegurar a sua confiabilidade.

Daqui resultaria mais ou menos óbvio que para a realização deste juízo será necessário que, antes de mais, o perito forneça os factos que estão na base do juízo pericial para que possa ser apreciado se tal base factual é adequada ao desempenho da tarefa e se suporta as conclusões.

Depois, será também necessário que o perito apresente explicações sobre os métodos e técnicas utilizadas apresentadas de forma clara para que possam ser compreendidas por todos aqueles a quem se dirige e que devem ajuizar da confiabilidade dos resultados apresentados. Sucede que cada vez mais parece não ser suficiente a apresentação de explicações pelo perito que realiza a atividade pericial, reivindicando-se também a apresentação de informações empíricas sobre a fiabilidade das próprias técnicas por si utilizadas, já que hoje temos consciência que a explicação do perito não deve substituir certos tipos de informação empírica, cuja relevância já fomos sublinhando em diversos pontos da investigação. Será o caso de Jennifer Mnookin, para quem uma delimitação teórica ou algum tipo de explicação do método não é condição necessária

[887] Na própria decisão Daubert, p. ex., ninguém duvidava da validade científica da Epidemiologia, mas os tribunais inferiores continuaram, no entanto, a considerar que o método específico usado pelos especialistas indicados pelos demandantes - a reanálise de dados de estudos publicados - não era uma base válida para o testemunho de epidemiologistas qualificados. Daubert, Kumho Tire e Joiner, todos dizem respeito à confiabilidade do método. Já vimos que não sendo possível esse juízo numa fase prévia à admissibilidade, este juízo concerto só será possível após produção da prova pericial (diferentemente do juízo sobre a validade que defendemos ser de ponderar na fase de admissibilidade).

nem suficiente para ajuizar sobre a fiabilidade do juízo pericial[888]. Subjacente a este pensamento temos a transição de uma preocupação da credibilidade da atuação ou do conceito geral de confiabilidade para a fiabilidade científica de métodos, instrumentos, dispositivos etc. que chamou particularmente atenção após a divulgação do relatório "Strengthening forensic science in the United States: a path forward"[889]. Desta feita só podemos considerar um determinado método cientificamente confiável quando seja possível prever que, reproduzido em condições adequadas, esse método alcançará resultados consistentes em x número de vezes e quando, cumulativamente, está solidamente comprovado que tem capacidade para estabelecer o que pretende estabelecer[890].

Em relação ao primeiro dos requisitos apontados, é de sublinhar que, como se concluiu no citado relatório, poucos métodos da ciência forense desenvolveram medidas adequadas de precisão dos resultados apresentados frequentemente pelos peritos forenses. Se tomarmos como exemplo a análise de impressões digitais, conhecer as condições adequadas que tornariam o resultado mais ou menos confiável implicaria ter informações sobre algumas variáveis intraindividuais (p. ex. quanto é que as impressões digitais de um dedo variam entre diferentes impressões) mas também em variáveis interindividuais (p. ex. qual é a variação de impressões de muitas impressões digitais numa dada população e quais as formas de tais variações)[891]. Assim, o juiz deve ter informações sobre o método a aplicar no caso específico a ser julgado e informações sobre o grau de probabilidade dos resultados nesse tipo de método a aplicar: ambas as informações serão relevantes para corroborar ou excluir hipóteses explicativas dos factos do caso.

---

[888] Cf. MNOOKIN, Jennifer - Of black boxes, instruments, and experts: testing the validity of forensic science. *Episteme: A Journal of Social Epistemology* [Em linha]. V 5 (2008), pp. 343-358. [30.04.2021]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/231900887_Of_Black_Boxes_Instruments_and_Experts_Testing_the_Validity_of_Forensic_Science. ISBN 1750-0117, p. 344. Constatando que muitas vezes os tribunais são seduzidos por explicações e descrições superficialmente plausíveis de uma técnica ou método, especialmente nas áreas das ciências forenses, a autora defende que a avaliação da validade científica e da admissibilidade de técnicas de ciência forense deve privilegiar sobretudo a informação sobre se a técnica foi adequadamente validada por estudos empíricos apropriados e não sobre se o especialista pode oferecer uma descrição adequada das técnicas que utilizou ou se pode explicar satisfatoriamente a metodologia ou a teoria que suporta o seu juízo pericial. Para nós, as duas condições serão necessárias.

[889] Lembramos que a partir da publicação desse trabalho se ganhou consciência de que para conhecer a confiabilidade destas técnicas e métodos é necessário realizar pesquisas empíricas para medir o seu grau de fiabilidade e para perceber se estas técnicas ou métodos medem o que supostamente medem porque em causa estará sempre a interpretação da informação que resulta de tal procedimento.

[890] Cf. VÁZQUEZ, Carmen - *De la Prueba Científica a la Prueba Pericial, op. cit.,* p. 201. Em causa o conceito de confiabilidade nas ciências, que pressupõe precisamente a repetibilidade dos resultados (*repeatibility*) e a precisão dos resultados (*consistensy*) - sobre estes conceitos e a interpretação mais geral que em torno da confiabilidade é desenvolvida em Daubert, que não exige a consistência nem repetibilidade dos resultados, mas antes que os princípios/técnicas apoiem o que de expõe, *vide* a análise dessa decisão.

[891] Cf. COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY; NATIONAL RESEARCH COUNCIL - *Strengthening forensic science in the united states: a path forward, op. cit.,* p. 184. Conforme se extrai do relatório, com essas informações será possível estabelecerem-se limites de confiança às determinações de individualização e desenvolver-se uma compreensão do grau de semelhança necessário para atingir um determinado nível de confiança de exige o estabelecimento de uma correspondência. Tudo com implicações positivas na forma como a palavra "individualização" é comumente usada já que esta consciência forçaria ao reconhecimento de incertezas e por isso a substituição da ideia de associação individualizadora ou exclusiva a uma probabilidade.

A mensuração necessária para esses fins requer pesquisas empíricas nas condições adequadas e em suficiente repetição e é importante reter que a mera replicação de certas condições ou estudos e a confirmação ou verificação de certos resultados não é suficiente para medir a sua confiabilidade. Efetivamente, que uma técnica seja submetida a testes empíricos é condição necessária para se conhecer a sua confiabilidade, mas não é suficiente: também é necessário analisar o seu funcionamento sob uma certa variedade de condições que permitem, p. ex., saber quais são os fatores que podem influenciar ou determinar os resultados. Vale ressaltar que uma coisa é a qualidade dos métodos e outra coisa é o nosso conhecimento sobre a sua qualidade[892]. Embora pareça óbvia esta afirmação, nem sempre está presente na produção da prova pericial. Reconhecemos algumas dificuldades, desde logo por ser necessário realizar estudos empíricos para determinar a confiabilidade de todos os mecanismos utilizados pelos peritos. Alguns esforços já notamos nesse sentido. Até lá, e mesmo depois disso, toda a informação disponível deve ser prestada ao juiz pelo perito em cada caso concreto.

Agora analisaremos a segunda condição do conceito de confiabilidade proposto: se foi solidamente comprovado que o método utilizado pelo perito tem a capacidade de estabelecer o que se propõe a estabelecer. Aqui ganha relevância a constatação de que a avaliação do grau de confiabilidade de qualquer afirmação é o resultado de inferências baseadas em premissas constituídas pelas mais diversas circunstâncias ou características referentes à sua reprodução em condições adequadas e aos resultados consistentes e a sólida verificação de que tem a capacidade de definir o que se pretende. Ou seja, o grau de confiabilidade do método é sempre determinado por uma ou mais inferências que devem ser baseadas em circunstâncias precisas e critérios reconhecíveis. Por isso, é necessário que essa cadeia seja explicitada, ao invés de envolta em pontos tão questionáveis quanto o método científico, para fornecer informações sobre a qualidade das técnicas, métodos, etc., que têm sido utilizados. Outro ponto importante é que o mero uso constante de determinados procedimentos nos tribunais ou no sistema de justiça em geral não fornece as informações necessárias para determinar sua confiabilidade. Outra constatação óbvia, mas que não está tão presente assim na realidade da produção da prova pericial.

[892] Cf. PARDO, Michael S. - Evidence theory and the NAS report on forensic science. *Utah Law Review*. N 2 (2010), pp. 367-383. [10.01.2022]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1511719. ISBN 1942-8529, p. 367.

E voltamos ao que já dissemos no ponto anterior: a informação sobre a confiabilidade de um método, técnica, etc., deve ser fornecida pelo perito responsável pela sua aplicação. Cremos, por isso ser necessário que este juízo seja feito casuisticamente. A confiabilidade é, obviamente, uma questão de grau, e deve ficar claro que existe sempre a possibilidade de erro. Por isso reiteramos que a confiabilidade deste tipo de prova depende da sua qualidade técnico-científica e técnico-procedimental, já que de nada adiantará o que aqui dissemos se as técnicas e metodologias fiáveis e adequadas a cada situação não forem corretamente executadas por todos aqueles que, de alguma forma, contactam com o objeto da prova pericial. Continuamos na "caixa negra"[893] em que se desenrola a prova pericial e a que dificilmente se consegue aceder e compreender no contexto judicial. As informações sobre a frequência com que tais erros ocorrem devem ser fornecidas pelas comunidades de especialistas das áreas de conhecimento correspondentes. Mas isso exige o desenvolvimento de estudos empíricos que não se tem revelado simples[894]. E o importante é que quando existir esta informação, ela não seja ignorada nem por quem realiza a atividade pericial nem por quem tem que ajuizar sobre a sua confiabilidade. A solução passará pela descrição clara e pormenorizada de todos os procedimentos adotados e devida justificação sempre que possam ser adotados diferentes procedimentos. Já o vimos na parte VI e a este respeito prezamos os méritos da experiência norte-americana.

No final, será ainda necessário que o perito justifique o nexo de causalidade entre a base factual e as conclusões que apresenta.

2.1.4. A CREDIBILIDADE DO PERITO

Outro dos aspetos que julgamos importante mencionar a respeito da confiabilidade da prova pericial prende-se com a credibilidade da atuação do perito. Em causa não estará a sua competência (que como dissemos anteriormente deverá ser apreciada numa fase prévia à admissibilidade da prova) mas antes a sua autoridade epistémica de um ponto de vista cognitivo e motivacional. Neste ponto as atenções não se devem centrar em quem é o perito ou nos critérios da sua designação, mas na forma como desempenhou as suas funções. Questões como: o perito

[893] Cf. secção 2.1 da parte I.

[894] Sobre as dificuldades sentidas pelo National Institute of Justice no desenvolvimento desses estudos, *vide* NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE - *Support for Forensic Science Research: Improving the Scientific Role of the National Institute of Justice* [Em linha]. Washington: The National Academies Press, 2015. [16.06.2022]. Disponível em https://nap.nationalacademies.org/read/21772/chapter/1#ii. ISBN 978-0-309-37645-7, *passim* e em especial pp. 15.

atuou de acordo com elevados padrões de qualidade? Selecionou adequadamente as técnicas e métodos mais adequados? Aplicou os princípios e métodos que usou de forma confiável aos factos do caso? Os factos que selecionou são suficientes e confiáveis? Omitiu alguma informação no seu relatório que pudesse ter influência na sua atividade ou nas conclusões apresentadas? serão algumas das questões a ponderar nesta fase. Em causa, os problemas decorrentes da personalização da prova pericial e a sua parcialidade cognitiva e motivacional que não podem ser desconsideradas mesmo nos casos de imparcialidade de origem. É certo que, por efeito da sua ligação com as partes as preocupações com este aspeto se revelam mais necessárias e evidentes nas perícias de parte, não deixa de ser necessário que, desconstruídas as presunções de imparcialidade e competência das perícias públicas/oficiais e realizadas por peritos nomeados pelo tribunal, esse mesmo juízo seja também realizado a respeito de todas estas.

O que dizemos agora retoma à ideia de que para aferiremos a confiabilidade da prova pericial não bastará que o perito nomeado seja competente, mas é necessário que as informações por si prestadas sejam informações de qualidade e que sirvam as necessidades epistémicas do caso e permitam a sua resolução adequada porque mesmo um perito qualificado a trabalhar numa área de conhecimento válida e confiável pode desenvolver um trabalho sem qualidade num caso particular. Demos exemplos de situações assim na nossa realidade. E comprovamos que os tribunais fazem prevalecer mais a imparcialidade de origem do que a credibilidade da atividade pericial quando, como vimos reiterando, é esta que mais importará. Como já deixamos claro não podemos esquecer que a atuação do perito será sempre afetada pela sua mundividência e pelo necessário conhecimento parcial de que dispõe, seja do processo como da sua esfera de atuação. Por isso, a sua nomeação imparcial não assegura neutralidade e isenção e são diversos os vieses que podem influenciar o seu juízo.

Para evitar os vieses cognitivos e emocionais a que aludimos não se deve ambicionar a nomeação de um perito que partilhe dos mesmos interesses do juiz, mas que de alguma forma esse alguém atenda a esses interesses que, como defendemos, devem estar orientados para a descoberta da verdade. Tal será possível, p. ex., através da previsão e instrumentos motivacionais. De entres destacam-se a criação de um registo público de peritos com uma avaliação realizada pelos juízes titulares dos processos em que participaram e demais peritos que neles participaram que pudesse ser de consulta pública (p. ex. por juízes antes de designarem um perito, pelos

advogados ou pela comunidade em que o perito se insere)[895]. Esta avaliação seria importante instrumento para desencorajar posturas negligentes e encorajar o exercício correto das funções e assim uma boa estratégia para incentivar os especialistas a agirem encapsulando o interesse judicial na investigação da verdade[896].

O que ressalta de todas as preocupações que agora realçamos é a necessidade de a confiabilidade do juízo pericial - que decorre não só das qualidades técnico-científicas e procedimentais, mas também das atitudes cognitiva e emocional do perito - exigir maiores cuidados no seu escrutínio, menos centrado nas suas conclusões e mais na descrição e explicação pormenorizada dos factos e da metodologia que sustentam essas conclusões. Uma necessidade que implica ainda que a transmissão de todas essas informações seja feita de molde a que o juiz e as partes consigam compreender verdadeiramente o que é referido. E por isso é criticável a atitude passiva de entre os juristas de acatarem acriticamente o que é referido pelo perito mesmo quando não compreendem. Já vimos que pela natureza testemunhal que apontamos à prova pericial se exige tanto dos peritos, como das partes e do tribunal uma postura mais ativa: ao perito exige-se que apresente as propriedades epistémicas que os seus enunciados possuem e ao juiz que justifique a sua crença nesses enunciados e para isso, porque o testemunho deve ser adotado como resultado de um processo de decisão racional, impõe-se ao juiz e às partes a partilha de responsabilidades epistémicas. Isto significa então que reputamos como necessária uma alteração à forma como decorre o contraditório, mas também como são apresentados os relatórios periciais. Estas alterações serão desenvolvidas na secção 2.5.

---

[895] Esta proposta foi também apresentada em EEEI - *Guia de boas práticas da perícia judicial civil na União Europeia: Guia Europeu para a Perícia Judicial*, *op. cit.,* ponto 7.19. Nos seus o juiz do processo em que haja intervenção do perito apresenta uma ficha de avaliação do trabalho prestado por ele prestado, retratando a sua impressão sobre os conhecimentos, proficiência, ética e conduta profissional, bem assim como a sua eficiência. Esta ficha será do conhecimento do perito, que terá oportunidade para tecer os seus comentários.

[896] Assim sugerimos porque cremos que os peritos estarão em melhor condições para desenvolver uma crítica de um ponto de vista técnico-científico do trabalho dos demais peritos e porque muitas vezes só eles têm acesso aos atos que os demais peritos desenvolveram na sua atividade e podem controlar a atividade desenvolvida e as conclusões a que chegaram. Aliás, já vimos na secção 2.1.1.2.2 que muitas vezes são os peritos que alertam para o incumprimento de metodologias por parte dos colegas. Outro argumento contribui para esta sugestão: são os mecanismos de *feedback* que permitem detetar vieses dos peritos que nem eles têm conhecimento. Certamente se compreenderá melhor se pensarmos que os peritos geralmente não têm conhecimento independente sobre se as suas conclusões num determinado caso estão realmente corretos, e por isso é muito difícil para os peritos aferirem a correção da sua atuação ou como podem ajustar as suas práticas para aumentar a precisão. É certo que em alguns casos se realizam auditorias, mas nem a prática diária nem a acreditação insistem neste tipo de avaliação. Por isso institucionalizar procedimentos como estes serviria para verificar a qualidade e eficácia da experiência dos peritos e forneceria informações críticas sobre a sua atuação e permitiria aferir da respetiva autoridade epistémica. Cf. MNOOKIN, Jennifer L. *et all*- The need for a research culture in the forensic sciences, *op. cit.,* p. 22 e COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY; NATIONAL RESEARCH COUNCIL - *Strengthening forensic science in the united states: a path forward.*, *op. cit., passim* e em especial p. 6. Não descartamos outras estratégias de incentivo positivo que contribuíssem para criação de prestígio forense, como p. ex. através da publicação dos relatórios em revistas especializadas ou convite para participação em debates ou conferências.

2.2. DA DISTINTA CONFIGURAÇÃO DA PROVA PERICIAL: DO RELATÓRIO PERICIAL COMO DOCUMENTO À ATIVIDADE PERICIAL COM NATUREZA TESTEMUNHAL

O que aqui dissemos faz-nos voltar a pensar na natureza da prova pericial.

Na secção 2.2.4 da parte II ficou demonstrado que a tecnicidade da prova pericial justificou a passagem de um modelo centrado na participação oral dos peritos nas diligências probatórias para um modelo em que o recebimento das informações prestadas pelos peritos se dá por via documental, mediante a junção aos autos de um relatório pericial. Esta alteração foi então justificada com preocupações epistémicas, já que se entendia que a formulação do juízo pericial por escrito asseguraria maior exatidão não só das informações assim prestadas como da sua interpretação pelas partes e pelo tribunal. Acontece que a forma encontrada viria, na nossa ótica, a revelar-se contraproducente e por isso mesmo reputamos como problemática a ideia generalizada que agora vigora entre nós de associar (ou reduzir) a atividade pericial a um documento, consideradas as suas repercussões não só aquando do juízo da sua admissibilidade, mas também da sua produção e valoração. De facto, reduzida a um documento abrandam-se as exigências para a sua admissibilidade, não se exigindo critérios especiais para a sua produção; reduzida a documento, é por efeito reduzida a margem de discussão e contraditório a que está sujeita e por isso é pouco frequente a comparência dos peritos na audiência para prestar esclarecimentos; reduzida a documento e sem a discussão necessária é valorada como um documento autêntico, ao qual se atribui valor legal[897].

Julgamos que ponto de viragem será reconhecer que a prova pericial partilha de natureza testemunhal. E nessa medida ajuizamos que a prova pericial não se reduz à incorporação de um documento no processo nem ao solilóquio do juiz ao valorá-lo de acordo com a informação prestada no próprio documento transmitida pelo perito subscritor, que faria culminar numa espécie de argumento circular em que a verificação da autoridade epistémica pareceria ser a própria autoridade e em que as razões para acreditar no perito são dadas pelo próprio perito. Esta é uma das consequências que apontamos na secção 3.3.1.2 da parte III à tese antirreducionista e ao facto de o conhecimento adquirido por prova pericial ser um conhecimento de segunda mão.

[897] Cf. GASCÓN ABELLÁN, Marina; LUCENA MOLINA, José Juan; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Joaquín - Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinary*, op. cit.,* pp. 7 e 8.

Entendemos que se a prova pericial entra no processo através do relatório não se esgota nele. Ele será resultado de uma atividade pericial. Uma atividade que é realizada previamente e sem controlos processuais. E uma atividade que não está imune a erros e vieses. Precisamente por isso é sobre essa atividade pericial que deve incidir o controlo da qualidade da prova pericial desde o momento em que é admitida até ao momento da sua valoração.

Com esta exigência alteraríamos o paradigma e aproximaríamos mais a produção da prova pericial àquilo que é verdadeiramente: deixaria de ser vista como mero documento, mas como atividade que partilha de natureza testemunhal. Esta viragem provoca importantes alterações no modo de produção da prova pericial porque impõe que a atenção não se centre apenas no relatório pericial, mas na atividade pericial no seu todo e força-nos já a refletir sobre o modo como podemos adquirir conhecimento através de terceiros. Aqui vale a pena lembrar o que dissemos na secção 3.3 da parte I em torno da epistemologia do testemunho e sobre a necessidade de superação das teorias reducionistas e antirreducionista: para nós, para que um juiz possa formar a sua convicção com base nas informações prestadas pelo perito é necessário que o perito ofereça ao juiz informações que lhe permitam compreender porque é que será razoável acreditar na informações por si prestadas e é necessário que o juiz exija e obtenha do perito razões objetivas para acreditar nessas informações. A responsabilidade de aquisição de conhecimento assim transmitido é partilhada entre perito e juiz: se o perito não cumpre essa sua tarefa de informar adequadamente sobre os argumentos que permitem assumir como correta a sua informação, o juiz não se encontra justificado a aceitar essa informação e, pois, a socorrer-se dela no seu raciocínio probatório, em que tem que justificar a força epistémica do conhecimento produzido pelo perito. E por isso se exige do juiz uma postura ativa de controlo da informação do perito, já que só compreendendo esses argumentos terá adquirido razões positivas apropriadas para aceitar as informações prestadas pelo perito porque só assim se assegura um juízo racional sobre a sua confiabilidade.

O que aqui dissemos forçará então a maiores exigências no controlo da confiabilidade da prova pericial produzida. Exigências que devem ser sentidas não só na fase da admissibilidade (as quais já analisamos no capítulo anterior), mas também na produção e na valoração. Deixando para já em aberto as questões sobre a valoração, que serão analisas num capítulo seguinte, ocupar-nos-emos das implicações na fase da produção. Nesta fase da produção, centradas as atenções na atribuição de caráter testemunhal à prova pericial e não no seu caráter documental, será exigido um reforço do contraditório.

2.3. O CONTRADITÓRIO COMO FERRAMENTA COGNOSCITIVA (E DE NOVO A EPISTEMOLOGIA DO TESTEMUNHO)

O que vimos de dizer convoca-nos a desenvolver uma proposta doutrinária concebida para mitigar a complexidade de controlo da confiabilidade da prova pericial centrada no fortalecimento do contraditório na produção das provas, aqui perspetivado não simplesmente como garantia processual das partes para que possam controlar o *iter* decisório da decisão[898], mas como um método adequado para encontrar a melhor reconstrução objetiva dos factos na medida em que o interrogatório e sua dialética podem fornecer, como afirma Luigi Ferrajoli, um "critério epistemológico da verdade"[899]. À luz desta lógica, o contraditório serve como ferramenta cognoscitiva e será a chave para uma adequada avaliação da confiabilidade da informação transmitida pelo perito.

Considerando o objeto do nosso estudo entendemos que esta proposta assume particular pertinência para os nossos propósitos. Aliás, parece que todos os caminhos culminam neste ponto. Do que que fomos dizendo certamente se compreenderá o reforço a este apelo quando considerada a natureza testemunhal que atribuímos à prova pericial e ao facto de, por razões de ordem epistemológica, nos termos afastado das teses reducionistas e não reducionistas e defendido que todos os envolvidos têm responsabilidade epistémica na exigência e apresentação das propriedades epistémicas das informações apresentadas pelo perito.

Ora, atenta esta nossa configuração, compreende-se certamente que a atribuição de um papel mais ativo ao perito, às partes e ao juiz no exercício do contraditório.

---

[898] Esta é a aproximação tradicional ao direito do contraditório como garantia das partes para aferiri da racionalidade do procedimento probatório, na medida em que lhes são reconhecidos mecanismos para controlarem o uso da prova pelo juiz e/ou sobre os elementos de prova em que se baseará a decisão factual. Concretamente a respeito da prova pericial seria a possibilidade de as partes questionarem a nomeação de um perito selecionado pelo tribunal ou pela contraparte com fundamento na falta de autoridade epistémica ou questionarem a própria decisão de (não) admissibilidade da prova pericial ou até controlarem a valoração deste meio de prova argumentando o valor que lhe deve ser reconhecido pelo tribunal. Porém, a proposta que desenvolveremos prende-se, como referimos, com uma perspetiva distinta do contraditório, ainda que como esta relacionada já que só se as partes participarem ativamente na formação e produção de prova, mediante efetivo exercício do contraditório, evitam a produção ou valoração de provas não confiáveis para a averiguação da verdade.

[899] Cf. FERRAJOLI, L. - *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995. ISBN 9788487699948, p. 67. Nesta perspetiva o contraditório surge como garantia epistémica elevando a dialeticidade do processo a uma exigência essencial. No mesmo sentido, caracterizando o processo, na sua essência, como instrumento de obtenção de conhecimento (pressuposto indispensável ao que aqui desenvolvemos) ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfeto - Sobre a formação racional da convicção judicial. *Julgar*. Coimbra. ISSN 2183-3419. N 13 (2011). Pp. 155-173, p. 163. Assim será porque o contraditório permite introduzir no processo um conjunto mais vasto de informação que se pode mostrar relevante para a decisão da causa e, para além disso, permitirá desenvolver um melhor controlo de qualidade das provas produzidas. Esta é a lógica subjacente ao modelo adversarial de perícias consagrado no EUA que, em franco favor à dialética como critério de construção processual e probatória, prevê um rigoroso procedimento probatório e a alusão à argumentação como método de formação da prova e das discussões fáticas. Diferentemente, na tradição continental há uma clara valorização do prévio conhecimento dos factos e do livre convencimento do julgador que minimiza a atividade das partes como importante instrumento de formação da prova e de influência para a decisão penal. Como dissemos anteriormente, encontramos méritos no modelo da *common law* que potencia a produção de mais informação no processo que se revela necessária e pertinente para a boa decisão da causa. Apesar disso, considerados os seus inconvenientes quando na base de todo o modelo de prova pericial, não defendemos que seja o mesmo transplantando. Essas e outras razões justificam esta nossa posição e foram explanadas na delimitação do objeto de análise desta parte.

Do perito exige-se que ofereça razões objetivas que justifiquem a aceitação das suas informações. Isso implicará desde logo que sobre o perito recaia o dever de descrever e explicar detalhadamente ao juiz e às partes não só os dados de facto de que partiu para executar as tarefas que lhe foram confiadas, mas também quais os métodos utilizados, respetivas margens de erro e variáveis que possam influenciar os sus resultados, etc. No fundo, tudo o que permita aferir da confiabilidade e credibilidade da sua atividade. Além disso todas essas explicações devem ser formuladas de forma inteligível para que todos os seus destinatários as consigam compreender com clareza e rigor.

Por sua vez, compete às partes questionar o perito sobre todas as informações por ele prestadas. Não nos referimos ao direito reconhecido às partes de participar na produção de prova e contraditar as provas produzidas pela contraparte, mas de um ónus de participação na produção deste meio de prova como manifestação do dever de cooperação com o tribunal para a descoberta da verdade. Porque aqui o contraditório é considerado como ferramenta cognoscitiva, só o debate efetivo das informações prestadas pelo perito poderá favorecer a descoberta da verdade, já que pressupõe a aquisição de razões que satisfaçam as finalidades de aquisição de informação mediante intervenção do perito.

Finalmente, da parte do juiz exige-se que procure compreender as razões epistémicas apresentadas pelo perito para justificar as informações por si prestadas porque dele se exigirá a apresentação de razões objetivas para justificar a confiança depositada nessas mesmas informações. E essa exigência não é compatível numa espécie de *argumentum ad ignorantiam* sugerindo que se o próprio juiz ou as partes não provarem que as informações prestadas pelo perito são incorretas então devem ser aceites como verdadeiras. Já rejeitamos esta tese quando nos afastamos das teorias antirreducionistas. Por isso também o juiz deve questionar o perito sobre tudo quanto considere pertinente para compreender a prova produzida e dela retirar as devidas ilações. Até porque, como já fomos adiantando mas voltaremos a lembrar mais à frente, o juiz não pode permitir que informações prestadas pelo perito (ou quaisquer outras) transitem para o resultado probatório sem nenhum tipo de controlo cognitivo[900].

[900] Não significará isto que procuramos introduzir no nosso contexto um ativismo judicial ou um processo inquisitivo, mas apenas reconhecer que na função jurisdicional do juiz cabe o dever de indagação. Mais uma vez lembramos que quanto maior for a informação relevante para a demonstração dos factos que estiver disponível no processo maior será a probabilidade de ser tomada uma decisão acertada. E se essa informação for de elevada qualidade, a probabilidade mostra-se incrementada. Assim, como salienta Carmen Vázquez, tanto em contexto judicial como em qualquer outro, temos que reconhecer que a probabilidade da correção de uma decisão está vinculada à riqueza da informação por parte do decisor e à sua capacidade de compreender essa informação - cf. VÁZQUEZ, Carmen - *De la Prueba Científica a la Prueba Pericial, op. cit.,* p. 33.

O que aqui dizemos tem, por sua vez, implicações na forma como as informações são prestadas pelo perito. Exigem-se mais cuidados na forma como se redigem os relatórios (tema que nos ocupará de seguida) mas também se exige uma presença mais frequente do perito nas diligências destinadas à produção de prova. Assim será porque as preocupações epistémicas e a devolução da decisão ao juiz exigem que este tenha capacidade para avaliar adequadamente as informações prestadas pelos peritos e não podemos negar a oportunidade que é a presença do perito em audiência para que o juiz lhe possa colocar todas questões que considere adequadas para esclarecer as suas dúvidas, inclusivamente a respeito da interpretação que faz dos resultados apresentados no relatório. A presença do perito é, por isso, um momento de aquisição de informação que servirá para a atribuição do valor probatório adequado à prova pericial produzida.

É claro que o que aqui dizemos não será compatível com o chamamento do perito para ratificar ou reiterar o que consta do relatório pericial. O objetivo do chamamento do perito é que este explique adequadamente o seu relatório e a atividade pericial que desenvolveu. Uma boa prática será aprofundar o que referiu, justificando as premissas, raciocínio e conclusões, expressando possíveis variáveis e margens de erro.

Além disso, assim configurada, a presença mais frequente dos peritos em audiência teria ainda a virtualidade de tornar mais efetivos os princípios da oralidade e imediação, estruturantes no julgamento judicial da matéria de facto e particularmente importantes com as fontes de prova pessoal porque é na valoração destas que se convoca a experiência de imediação[901].

O contraditório como ferramenta cognoscitiva assim conformado traria outras consequências que reputamos como vantajosas para os modelos de prova pericial que analisamos.

A primeira e mais imediata passaria por uma efetiva consciência da fragilidade da prova pericial. Tal permitiria, por um lado, criar a perceção de que o juiz deve controlar a confiabilidade das informações transmitidas e ponderar o valor a atribuir-lhe e assim assegurar o cumprimento dos princípios fundamentais em que assenta o processo judicial.

Além disso redundaria numa maior qualidade da prova pericial produzida, independentemente da origem do perito. É que o simples facto de os peritos saberem que a sua

[901] Neste mesmo sentido apontam, pelam sua experiência, as magistradas espanholas ORTIZ RODIGUESZ, Carmen; MÉNDEZ TOMÁS, Rosa - El juez y su convencimiento de los hechos. ¿qué se espera de un buen perito y de su dictamen pericial? In Picó i Junoy, Joan – *La prueba pericial a examen: Prupuestas de lege ferenda* [Em linha]. Barcelona: Editora JM Bosch, 2020. [10.01.2023]. pp. 143-156. Disponível em https://vlex.es/vid/juez-convencimiento-hechos-espera-876405890. ISBN 9788412210651, p. 154.

atividade será escrutinada opera positivamente como fator que potencia o exercício da função pericial de acordo com os mais elevados padrões de qualidade[902].

Depois, a tentação de propor a perícia com o único propósito de desorientar e confundir o juiz será reduzida, otimizando-se ainda o uso do acervo de conhecimentos que os peritos podem fornecer.

Simultaneamente incentivaria o desenvolvimento de estudos empíricos sobre a qualidade do conhecimento produzido nos tribunais e permitiria não só o seu avanço como uma melhor utilização em contexto judicial, já que fomentaria o desenvolvimento de esforços para criação de guias de boas práticas[903] ou guias de referências destinados a juízes para ajudá-los a compreender o método e raciocínio científico comuns às áreas técnico-científicas que comumente se apresentam nos tribunais e que podem ser consultados sempre que o juiz se depare com a produção de prova pericial[904], bem assim como o surgimento de protocolos credenciados que devem ser seguidos pelas entidades periciais, para maior garantia de que as perícias satisfazem certos requisitos técnicos e que é possível aferir desse cumprimento[905].

Por fim, o facto de exigir mais frequentemente a presença do perito do julgamento. E de tudo o que dissemos percebe-se que defendamos que a regra deva ser a da presença obrigatória do perito em audiência, a não ser quando seja a mesma dispensada pela simplicidade da matéria sobre a qual versou a atividade pericial[906].

---

[902] Por isso seria possível superar um denunciado "afrouxamento no cuidado e zelo dos peritos na própria peritagem e no aperfeiçoamento contínuo do perito" - cf. SÁ, Fernando Oliveira - A medicina legal em Portugal e a peritagem contraditória, *op. cit.,* p. 13. O autor justifica esta realidade precisamente por este meio de prova estar "imune à contradição e em certa medida também à simples crítica técnica". Concluindo concretamente sobre o regime pericial médico-legal português, refere sofrer "de falta de emulação, de uma certa «funcionalização burocratizante» da peritagem" e apela à introdução de condições válidas de superação deste inconveniente que passariam por uma avaliação contínua da atuação pericial.

[903] Será exemplo EEEI - *Guia de boas práticas da perícia judicial civil na União Europeia: Guia Europeu para a Perícia Judicial, op. cit.*

[904] Exemplo paradigmático, pela sua dimensão que excede as mil páginas, será a obra "Reference Manual on Scientific Evidence" elaborada pelo próprio National Research Council destinada a juízes para ajudá-los a compreender o método e raciocínio científico em cada área, e que reúne conhecimentos básicos sobre Epistemologia da ciência, identificação forense, DNA, Estatística, Toxicologia, Epidemiologia e Neurociência - NATIONAL RESEARCH COUNCIL - *Reference Manual on Scientific Evidence: Third Edition*. Washington: The National Academies Press, 2011. [15.10.2021]. Disponível em https://nap.nationalacademies.org/catalog/13163/reference-manual-on-scientific-evidence-third-edition, mas também o artigo EDMOND, Gary *et al* - How to cross-examine forensic scientists: a guide for lawyers. *Australian Bar Review* [Em linha]. V 39 (2014), pp. 174 – 197. [04.05.2022]. Disponível em https://www.judcom.nsw.gov.au/publications/benchbks/sexual_assault/articles/Edmond-How_to_crossexamine_forensic_scientists.pdf. ISSN 0814-8589, no qual se apresentam sugestões de questões que, colocadas no interrogatório, podem auxiliar a compreender a relevância da prova, a sua validação e verificação, limites e margens de erro e até aferir a proficiência do perito. Para maiores desenvolvimentos sobre os esforços para incrementar um contraditório mais efetivo e eficaz, notados sobretudo nos EUA, veja-se a parte VI.

[905] É o caso da NP EN ISO/IEC 17025:2005 que estabelece os requisitos gerais de competência para laboratórios de ensaio e calibração, à qual estão vinculados, p. ex., os laboratórios afetos aos Serviços de Química e Toxicologia Forenses e de Genética e Biologia Forense do INMLCF para serem acreditados pelo Instituto Português de Acreditação ou a DECISÃO-QUADRO 2009/905/JAI do Conselho de 30.11.2009 relativa à acreditação de prestadores de serviços forenses que desenvolvem atividades laboratoriais.

[906] Para a divergência entre a OA e o SMMP *vide* secção 2.2.5 da parte II. Concordamos com a posição defendida pela OA porque consideramos que as explicações orais, apresentadas de forma síncrona, podem facilitar a compreensão das atividades desenvolvidas (p. ex. identificação de lacunas, excessos do perito ou falta de monitoramento de parâmetros científicos), mas também permitem que sejam solicitados maiores esclarecimentos sobre a sua autoridade epistémica. Além disso parece ser esta opção mais consentânea com um controlo das informações

Naturalmente que se poderá objetar que muitas vezes o tribunal e as partes não dispõem da informação necessária para adquirir (e questionar) razões suficientemente sólidas para justificar por si mesmas a aceitação da informação prestadas pelo perito[907]. Até porque vezes as razões epistémicas apresentadas pelos peritos para suportar as suas informações são fruto de informações prestadas por outros e outras tantas decorrem de uma cadeia de inferências[908]. Isso poderia levar-nos a concluir que não podemos contar exclusivamente com o processo adversarial como forma de prevenir erros gerados pela utilização de provas periciais[909]. Mas lembramos: não defendemos a substituição dos nossos modelos de prova pericial por modelos do tipo adversarial. O que propomos é um conjunto de ferramentas para orientar epistemicamente os modelos vigentes. E julgamos que o contraditório será ferramenta determinante.

Reputamos pertinente nesta sede o pensamento de Francisco Verbic quando refletia sobre as dificuldades no exercício do contraditório e referia que o distanciamento epistémico apenas dificultava um segundo nível de análise[910]. Referia o autor que a apreciação, pelo juiz, da autoridade científica do perito e de outros critérios objetivos (como sejam a base factual de que partiu para a sua atividade, a incongruência das conclusões que apresenta ou falta de fundamentação) constituem na verdade apenas o primeiro nível de análise da *prova científica* e serão passíveis de serem controlados utilizando o seu conhecimento do homem médio e as regras de lógica e experiência. Nesta asserção o real problema do exercício do contraditório relativamente à prova pericial ocorrerá sobretudo nas situações de *prova científica* quando, depois de superada aquela primeira avaliação, em que é possível afastar as informações marcadas por vícios manifestos, seja

---

a que os peritos tiveram acesso e em que assentaram o seu juízo, para além de facilitar o controlo da ingerência dos peritos nos assuntos sobre os quais não se devem pronunciar.

[907] Nas partes III e IV dissemos ser essa uma das dificuldades na produção e prova pericial. Essa é uma realidade que é comum aos países de tradição *civil law,* conforme descreveu já o Institut de Droit Comparaé de Paris num estudo que desenvolveu e que pretendia conhecer a efetividade do contraditório. A conclusão a que chegou foi que só num grupo limitado de países o contraditório é assegurado e esse grupo de países é composto por países em que a figura do *iudex investigator* está mais arraigada da história dos seus ordenamentos, ou como a Rússia, em que o processo civil se rege por um fundamental princípio da investigação por parte do juiz- cf. DENTI, Vittorio - *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, *op. cit.,* p. 424. Citando diversos estudos sobre a capacidade real do exercício do contraditório à prova pericial, Edmond concluiu que a evidência disponível no cenário comparativo nos países de tradição *civil law* indica que os advogados judiciais têm uma baixa capacidade de controle da qualidade do trabalho dos especialistas e que o contraditório não se revela um veículo para expor debilidades da prova, mostrando-se inconsistente e frágil - EDMOND, Gary - Is reliability sufficient? the law commission and expert evidence in international and interdisciplinary perspective (part 1). *The International Journal of Evidence & Proof* [Em linha]. V 16 (2012), pp. 30-65. [10.04.2022]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/270953615_Is_Reliability_Sufficient_The_Law_Commission_and_Expert_Evidence_in_International_and_Interdisciplinary_Perspective_Part_1. ISSN 13657127, p. 50. Em Portugal expusemos situação idêntica no capítulo 2 da parte IV.

[908] Cf. GELFERT, Axel - Expertise, argumentation, and the end of inquiry. *Argumentation* [Em linha]. V 25 (2014), pp. 297-312. [04.06.2022]. Disponível em https://www.academia.edu/772628/Expertise_Argumentation_and_the_End_of_Inquiry. ISSN 1572-8374, p. 298. Uma referência a esta situação também foi feita na secção 3.3.2 da parte I.

[909] Neste sentido, o relatório da Academia Nacional de Ciências dos EUA concluiu que, devido às graves deficiências que juízes e advogados apresentam para lidar com a apresentação e avaliação de provas forenses, os controles do sistema jurídico não são suficientes para corrigir todos os problemas - cf. COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY; NATIONAL RESEARCH COUNCIL - *Strengthening forensic science in the united states: a path forward, op. cit.,* p. 53.

[910] Cf. VERBIC, Francisco - *La prueba científica en el proceso judicial: identificación de la noción en el marco de la teoria general de la prueba - problemas de admisibilidad y atendibilidad*, *op. cit.,* p. 82 - 86.

necessário desenvolver um estudo metodologicamente fundado para compreender se as informações se revelam cientificamente confiáveis. De acordo com o autor neste segundo nível de análise seria necessário lançar-se mão de certas ferramentas previstas na lei processual para avaliar a confiabilidade da prova, à luz dos quais será possível assegurar um efetivo contraditório realizado com o auxílio dos assistentes técnicos das partes e dos poderes instrutórios do juiz. Mais uma vez o contraditório surge não apenas como garantia das partes ou oportunidade de defesa, mas como ferramenta capaz de fazer emergir a melhor informação possível acerca dos factos em discussão.

Concordamos com Carmen Vázquez quando, reconhecendo que em muitas situações o juiz não tem, de facto, conhecimento adequado para aferir da confiabilidade das informações prestadas pelo perito, refere a necessidade de pelo menos dispor de razões suficientes que lhe permitam compreender o conteúdo do seu depoimento e tal será possível, p. ex., verificando se esse conteúdo é compatível com as máximas de experiência ou a convicção que foi formando sobre outras proposições relevantes relativamente aos factos em discussão. Isto significa então que o objeto do contraditório como ferramenta cognoscitiva se centrará precisamente na compreensão das informações apresentadas pelo perito, aqui se concluindo a compreensão do conteúdo significativo dos enunciados formulados pelo perito e dos fundamentos de que o perito se socorreu para os apoiar.

Um pensamento que mais uma vez muda aquele que tem sido o centro das atenções no exercício do contraditório da prova pericial. Nos moldes como configuramos, o contraditório já não se mostra centrado na fonte de informação, mas sim nas fontes de justificação epistémica das informações prestadas por essa fonte de informação. Porque essas é que permitem aferir da força epistémica do testemunho. E esta inclusão não deve ser feita apenas porque as informações prestadas foram objeto de acreditação ou conhecimento de um perito, mas porque à luz da confiabilidade demonstrada pelo perito e a razoabilidade valorizada pelo juiz, essas informações são epistemicamente justificadas. E para isso requer-se de todos os envolvidos uma atividade e responsabilidade epistémica e isso exige que todos se coloquem numa posição cognoscitiva que permita realizar um contraditório efetivo.

No nosso entender há várias ferramentas de que as partes e o juiz se podem socorrer para assegurar este contraditório efetivo.

De entre estas lembramos a possibilidade de a autoridade judiciária estar presente aquando da realização das atividades perícias e a faculdade que tanto esta como as partes poderem recorrer a assistência técnica na produção e discussão da prova pericial. Considerando a pertinência e relevância da participação destas figuras no exercício do contraditório, e atenta a relevância deste para o processo de descoberta da verdade, julgamos que seria de fomentar a sua participação[911].

Outra das ferramentas que pode fomentar e facilitar o contraditório passará pela presença do perito nas diligências de prova. Uma presença que se pode revelar muito fértil sobretudo quando a perícia é colegial e os peritos não apresentam uma posição unânime[912]. Para nós o desacordo entre os peritos, não deixando de ser um dos aspetos mais complexos na prática da prova pericial, é uma das ferramentas que mais pode potenciar o contraditório e a sua função cognoscitiva. Por isso temos por mais adequada à descoberta da verdade a preferência por perícias colegais do que perícias singulares[913].

---

[911] Para tanto consideramos que a participação de consultores/assistentes técnicos não se deve reduzir ao oferecimento de relatórios e pareceres complementares por parte destes, mas também por meio da apresentação de quesitos e acompanhamento dos trabalhos dos peritos, pedidos de explicações e de exames ou atos complementares e, eventualmente, requisição de nova perícia. Dessa forma o parecer apresentado pelo perito não reflete apenas a sua opinião, mas representa também as conclusões obtidas através de um processo dialético e colaborativo. Sobre o tema e relevância destas figuras, ac. TRL. 23.04.2005. Proc. 163/15.0YRLSB.L1-2 e também SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel, SANTOS; João Simas - *Noções de processo penal.* 2.ª ed. Lisboa: Letras e Conceitos, 2011. ISBN 978-989-8305-10-7, p. 804. Não podemos deixar de notar que em 2009 a Law Comission do Reino Unido propôs a possibilidade de, excecionalmente, e apenas nos casos mais delicados, o juiz poder solicitar a ajuda de especialistas para avaliar a validade da *prova científica* - cf. THE LAW COMMISSION - The Admissibility of expert evidence in criminal proceedings in England and Wales: a new approach to the determination of evidentiary reliability [Em linha]. (2009). [03.05.2022]. Disponível em http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/cp190_Expert_Evidence_Consultation.pdf, p. 64. Por cá, não se exige a excecionalidade da complexidade do caso, ainda que seja excecional o recurso a esta faculdade. Na secção 2.4 da parte V já expressamos a nossa divergência quanto à limitação desta faculdade relativamente à presença dos consultores técnicos nas perícias médico-legais realizadas pelo INML.

[912] Igual posição é defendida por RODRIGUES, Fernando Pereira - *Os meios de prova em processo civil.* 3ª ed. rev. atu. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7020-9, p.150. Louvamos ter sido este o entendimento seguido na nossa jurisprudência no ac. TRG. 07.11.2019. Proc. 578/18.2T8VCT.G1 no qual ficou bem patente a pertinência de serem chamados os peritos à audiência de julgamento para prestarem esclarecimentos e a importância do contraditório para aferir da competência e da credibilidade da atuação através de maiores exigências na exposição do raciocínio e pormenorização do processo de aplicação dos seus conhecimentos técnicos, científicos ou profissionais e justificar com maior detalhe o parecer pericial emitido. De entre as propostas apresentadas por Christophe Champod e Joëlle Vuille depois de realizado um estudo comparativo sobre as práticas de produção de prova pericial nos sistemas da nossa tradição jurídica, consta uma que afirma ser preferível a reunião de todos os especialistas no tribunal ao invés das reuniões extraprocessuais para apresentação de relatório. Apesar de vermos algumas vantagens (p. ex., o facto de se assegurar que todos participam efetivamente na elaboração do relatório) não podemos desconsiderar serem maiores os seus inconvenientes, como maiores demoras e mais custos que, cremos, suplantam as vantagens já que as mesmas podem ser alcançadas mediante a reunião extraprocessual dos peritos que seja devidamente comprovada (cf. CHAMPOD, Christophe; VUILLE, Joëlle - Scientific evidence in Europe: admissibility, evaluation and equality of arms, *op. cit.,* pp. 48 e 49).

[913] Lembramos ainda a nossa crítica, que mantemos, ao facto de o legislador impossibilitar perícias do tipo colegial nos processos que sigam recorte da prova legal no CPC quando o valor da causa exceda valor superior a metade da alçada da Relação. Sobre o tema, *vide* capítulo 3 da parte I. Esta nossa posição é partilhada por todos os juízes ouvidos no estudo já citado, desenvolvido por Mariana França Gouveia *et al.,* que manifestaram interesse no cruzamento das visões dos diferentes peritos, que tinham por essencial para que pudessem tomar uma decisão fundamentada. São relevantes as palavras citadas nesse estudo: "[a] pericial colegial é muito útil porque os peritos entram em diálogo e, quando isso acontece, não precisamos perceber muito do assunto para perceber quem está ali a extremar uma posição e quem não está. Há questões a que chegamos pelo bom senso. O próprio contraditório entre os peritos permite-nos conhecer melhor a questão e se for só um, por muito bom que seja, nunca tem esse contraditório [...]". Todavia, não parece ser seguida pelos advogados que manifestam preferência pela perícia singular por assim conseguirem influenciar o juiz e referindo que será "[...] uma prova boa se nós a conseguirmos influenciar, porque o juiz normalmente segue-a. Portanto, há um grande cuidado na escolha do nosso perito. Tem que ser um perito muito bom para conseguir influenciar o perito do tribunal que, normalmente, é mais remediado. Se for um perito único e se houver o cuidado, por parte do tribunal, de nomear um perito verdadeiramente bom e independente e não perguntar para o funcionário 'Oh, Senhor... quem é que costuma ser o perito e tal? Diga-me lá aí um?'. O juiz está-se nas tintas! Ah..." - cf. GOUVEIA, Mariana França *et al.* - *Justiça económica em Portugal: produção de prova, op. cit.,* p. 31.

Além destas ferramentas devemos ainda referir uma outra proposta que, não sendo alternativa aos modelos existentes, apela à criação de unidades de apoio compostas por especialistas em diferentes disciplinas para orientar o trabalho das autoridades judiciárias e advogados no controlo da prova pericial. A entidade funcionaria como uma espécie de conselho consultivo multidisciplinar para fornecer às autoridades judiciárias uma avaliação sobre as técnicas adotadas pelos peritos, baseada numa revisão de literatura e no que empiricamente é conhecido, tendo como objetivo produzir uma declaração de consenso focada na confiabilidade das bases do trabalho do perito. Este parecer não seria vinculativo nem científico, mas técnico e elaborado em termos gerais e disponível para consulta pública[914]. Reconhecemos serem algumas e significativas as vantagens desta proposta (reduziria as disparidades de recursos das partes muitas vezes evidenciados precisamente na desigualdade no exercício do contraditório; poderia até fomentar o contraditório ou pelo menos a consciência da sua necessidade quando do parecer constassem refletidas divergências; aumentaria a eficácia do julgamento e potenciaria melhorias nas provas apresentadas já que os peritos saberiam *a priori* que o seu trabalho seria escrutinado e ajudaria até a tornar a tomada da decisão judicial mais transparente, publicamente responsável e consistente com o que é conhecido fora dos tribunais). Todavia, não podemos desconsiderar algumas dificuldades da proposta nem deixar de pensar nas suas implicações, já que um modelo assim concebido poderia fomentar uma atitude deferencial do juiz em favor deste grupo de especialistas - assim se podendo tornar contraproducente[915].

Mas não só conhecimentos igualmente especializados podem ser relevantes para o exercício do contraditório, sobretudo no primeiro nível referido por Francisco Verbic. O contraditório pode fazer-se a partir de outros meios de prova produzidos (sejam ou não do mesmo tipo), mas também a partir do conhecimento que resulta das máximas de experiência e do *background* do julgador. É precisamente esse conhecimento que legitima a decisão judicial e por isso deve nortear toda a

[914] Cf. EDMOND, Gary - Advice for the courts? Sufficiently reliable assistance with forensic science and medicine (Part 2). The International Journal of Evidence & Proof [Em linha]. V 16 (2012), pp. 263–297. [12.06.2022]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/269462551_Advice_for_the_Courts_Sufficiently_Reliable_Assistance_with_Forensic_Science_and_Medicine_Part_2. ISSN 1740-5572. O autor sugere que a ideia de imparcialidade implícita no perito designado pelo tribunal tem menos valor do que a existência deste conselho de especialistas porque a confiança na sua imparcialidade é enganadora, estando mais relacionada com a honestidade geral, já que dificulta a revelação de limitações e opiniões contrárias e alimenta uma vontade de (especulativamente) qualificar a expressão de opiniões em vez de se questionar se o especialista conhece ou utiliza técnicas que poderão diminuir o seu nível de erro ou vieses. Essa abordagem restrita da imparcialidade vai predominantemente para a competência, enquanto uma abordagem mais ampla coincide substancialmente com elementos de credibilidade (assumindo a distinção que desenvolvemos na secção 1.3). Para o autor, entendida naqueles termos, a imparcialidade é um indicador epistémico relativamente fraco. Um conselho de especialistas apresentaria uma variedade de indivíduos e disciplinas e por isso ajudaria a equilibrar pontos de vista e perspetivas - cf. *ibidem,* pp. 285 a 288.

[915] Em termos de dificuldades antecipamos a complexidade na definição dos termos de referência para o painel (dado não ser possível alcançar amplo consenso em relação a muitas técnicas) ou a igualmente difícil composição e seleção do painel (porque especialistas num determinado domínio podem desafiar as descobertas do painel mais generalista e a falta de consenso pode gerar mais confusão).

atividade do juiz na prática do princípio do contraditório como instrumento cognoscitivo[916]. Não devemos esquecer que os juízes profissionais são *repeat players* e, como tal, adquirem uma riqueza de conhecimento ou experiência nos mais diversos tipos de provas periciais com que se deparam diariamente. Apesar disso será pertinente referir que apesar de *background* ser conformado por crenças pessoais e por crenças compartilhadas socialmente, relevante será apenas o núcleo partilhado entre essas crenças e por isso pertinente não será apenas alargar o *background* do juiz, mas a zona intermédia[917].

Para além de tudo julgamos que todas estas estratégias satisfazem melhor as preocupações epistémicas do processo judicial do que o recurso a critérios de índole formal de seleção dos peritos ou da preferência pela posição que é defendida pelo maior número de peritos. Na perspetiva que temos desenvolvido, a maior correção da decisão só se conseguirá mediante a reconstrução do princípio do contraditório como ferramenta cognitiva do juiz. E porque a melhor compreensão das afirmações feitas por um especialista não se obtem por meio de uma espécie de solilóquio, mas através de uma explicação (não repetição) de todos esses pontos pertinentes à atividade pericial, entendemos que uma estratégia adequada será procurar colocar ao perito as questões que permitam reconstruir logicamente o seu raciocínio interno: tanto o fundamento indutivo das premissas em que baseia as suas conclusões, como a passagem dedutiva das premissas para as conclusões[918].

Para além de tudo, merece atenção o exercício do contraditório que se manifestará também na possibilidade de ser requerida a renovação da perícia/segunda perícia.

Voltamos à ideia da parcialidade cognitiva e motivacional que é inarredável da pessoa que desempenha a função pericial e à conclusão de que mais relevante do que as conclusões será aferir as premissas que constituem a base do raciocínio do perito no caso concreto, i.e., a

---

[916] No memso sentido no artigo que aqui já citamos "Scienticificità della prova e libera valutazione del giudice" publicado em 1972, Denti sustenta que a atividade jurisdicional não pode ser encarada como uma atividade meramente técnica, afirmando que "o julgador é algo diferente de um técnico: é um representante da coletividade", baseando o seu modelo de controlo e valoração da *prova científica*, um controle que se pode denominar "controlo social" da *prova científica*. A proposta de controlo e valoração da *prova científica* formulada por Denti calca-se na ideia de que o juiz atua como representante da sociedade, de modo que o controle que este julgador deve realizar sobre a *prova científica* será o mesmo que a comunidade em geral esteja apta a realizar porque no fenómeno da prova judicial o elemento central é a adesão do grupo social. Já dissemos no capítulo 1 da parte I ser essa adesão o que confere legitimidade ao sistema judicial. Cf. Henry Lévi-Bruhl - *La preuve judiciaire apud* DENTI, Vittorio -*Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, *op. cit.*

[917] Cf. VÁZQUEZ, Carmen - *De la Prueba Científica a la Prueba Pericial*, *op. cit.,* p. 186.

[918] Colhemos esta ideia de juízo dedutivo e indutivo em VÁZQUEZ, Carmen - *De la Prueba Científica a la Prueba Pericial*, *op. cit.,* pp. 187 a 189. A autora desenvolve, a partir daqui, uma tese muito interessante sobre a possibilidade de ser traçada uma analogia entre raciocínio do perito e o silogismo judiciário, em que em ambos a premissa maior seria a generalização da experiência, a premissa menor seria constituída pelas informações sobre os factos do caso concreto que o perito utiliza e a conclusão seria retirada de uma inferência das premissas. Esta tese é, para nós, pertinente porque a analogia com o raciocínio do tribunal pode mostrar-se útil ao juiz para saber que o raciocínio do perito também não é um raciocínio meramente dedutivo e apresenta muitos dos problemas de interpretação e qualificação que enfrenta ao estabelecer a premissa maior que corresponderia à lei aplicável, bem como todos os problemas na inclusão dos factos na premissa menor.

informação que serve de fundamento à atividade pericial e às suas conclusões. Deverá ser este o objeto do contraditório[919]. Não devemos esquecer que esta tarefa seria facilitada com a exigência ao perito de oferecer juntamente com as suas informações todas as respetivas propriedades epistémicas para que o juiz e as partes possam entender e aceitar a declaração em questão. Por sua vez, esta exigências de apresentação de um conjunto de critérios objetivos que se tornam mais necessários atendendo ao esquema de justificação testemunhal que foi servindo de fio condutor à nossa investigação, permitem ao juiz e às partes o exercício mais efetivo e eficaz do contraditório. E em simultâneo permitem ao juiz, na ausência de conhecimentos científicos equiparáveis ao do perito, formular um juízo sobre o mérito e grau de convencimento a atribuir ao relatório pericial. Um juízo que exige um diálogo profícuo entre o tribunal, as partes e o perito, sendo que é a este a quem compete, em última instância, oferecer os elementos que justificam a confiabilidade das suas informações. Necessário é centrar o contraditório nas premissas que servem a toda a atividade pericial no caso concreto. É claro que, como se antevê, para que assim seja exige-se uma reformulação na forma como são desenvolvidos relatórios periciais e apresentadas respetivas conclusões.

2.4. RELATÓRIO

Seja porque na nossa perspetiva de prova pericial com natureza de prova testemunhal se exige responsabilidade epistémica do perito, do juiz e das partes, seja pela consciência da falibilidade da prova pericial, seja em virtude da superação do paradigma da individualização pelo paradigma da verosimilhança ou pela maior consciência da necessidade de destrinça entre as tarefas entre juiz e perito, julgamos necessárias algumas alterações na forma como os peritos apresentam os relatórios periciais e formulam as suas conclusões. Cremos inclusivamente ser pertinente que, como refere o EEEI, parte das dificuldades sentidas na valoração da prova pericial poderiam ser atenuadas se existisse uma estrutura comum a todos os relatórios periciais[920].

[919] Sem pretensões de exaustão, podem revelar-se pertinentes questões sobre as bases de facto que serviram à atividade pericial; os métodos e técnicas que poderiam ser utilizados e a opção pelo métodos utilizado pelo perito no caso concreto; as taxas de erro dos métodos utilizados; os motivos de desacordos entre os peritos quando os haja; os dados e informações a que o perito teve acesso para realização da sua atividade; as informações que se possam revelar pertinentes mas que não tenha sido apresentadas no relatório pericial, etc. No fundo o tudo o que possa ser relevante para aferir a confiabilidade da atividade pericial sobre a qual nos pronunciamos na secção 2.1.3.

[920] Cf. EEEI - *Guia de boas práticas da perícia judicial civil na União Europeia: Guia Europeu para a Perícia Judicial*, *op. cit.,* pp. 17 e 18.

Assim, propomos uma estrutura comum a todos os relatórios, compartimentada por uma ordem específica e a conter as seguintes informações[921]:

I. PARTE INTRODUTÓRIA

i) identificação do objeto da análise pericial e respetivas finalidades e orientações específicas, se as houver;

ii) identificação do número do processo e tribunal;

iii) identificação da autoridade que ordenou a perícia ou a parte que indicou o perito;

iv) identificação da data do relatório, data das atividades periciais realizadas, data da nomeação ou madato do perito e prazo estabelecido para a respetiva apresentação;

v) identificação das partes envolvidas, respetivos advogados e/ou outros representantes legais, com menção das partes que estiveram presentes ou representadas durante as diligências de perícia;

vi) identificação do(s) perito(s) nomeado(s), com notas curriculares mencionando os títulos, qualificações e experiência anterior;

vii) identificação dos nomes e tarefas específicas de assistentes ou peritos que tenham colaborado;

viii) identificação clara e precisa da área de conhecimento em que se baseiam as teorias, técnicas e metodologias utilizadas;

II. CORPO DO RELATÓRIO

i) apresentação de elementos contextuais e informações técnicas relevantes (p. ex. menção de todos os elementos - designadamente processuais ou fornecidos pelas partes e os que foram por si recolhidos - que foram considerados na atividade pericial[922]; se for necessário recorrer

[921] No essencial seguimos EEEI - *Guia de boas práticas da perícia judicial civil na União Europeia: Guia Europeu para a Perícia Judicial*, *op. cit.,* pp. 17 e 18, tendo feito ligeiras alterações. Será de salientar que de entre as recomendações constantes deste guia surge uma que apela a que o relatório seja disponibilizado com antecedência devida para que as partes o possam analisar e a ele possam reagir e, se for o caso, possam contratar assessoria técnica. De entre as outras propostas do EEEI consta também a apresentação de um pré-relatório com as conclusões técnicas, comunicadas de forma a serem "compreensíveis para leigos" e não se bastando com "simples resumo das conclusões", pois que o que se pretende é que as partes possam exercer o contraditório, colocando todas as questões que julguem pertinentes ou necessárias ao esclarecimento da matéria em causa (ponto 4.4), após o que haverá a entrega do relatório e o perito pode ser ouvido em audiência, oficiosamente ou a pedido das partes (ponto 4.24). igualmente de destacar será que esta estrutura sere ser implementada de forma a permitir a sua visualização e perceção clara e a facilidade de consulta e leitura - cf. ORTIZ RODIGUESZ, Carmen; MÉNDEZ TOMÁS, Rosa - El juez y su convencimiento de los hechos. ¿qué se espera de un buen perito y de su dictamen pericial?, *op. cit.,* p. 148.

[922] Cf. recomendações disponibilizadas pelo projeto "EuroExpert" (https://euroexpert.org/standards/report-standards). O projeto sugere ainda que o relatório deve conter uma declaração em que o perito exponha o conteúdo das instruções que lhe foram apresentadas que sejam relevantes para o juízo expresso no relatório ou nas quais esse juízo se baseie e forneça informações completas sobre o pessoal e/ou assistentes e/ou subcontratados envolvidos na produção do relatório com a menção da contribuição particular de cada um.

ao uso de informações técnicas relevantes é importante não só apresentar os dados utilizados na análise, mas a fonte de informação utilizada; particularidades das operações periciais e ações levadas a cabo; procedimento seguido para garantir o princípio do contraditório durante todo o período da perícia);

ii) base factual que serve para desenvolvimento da atividade pericial e devida justificação, com identificação detalhada de todos os dados e informações considerados na elaboração do parecer[923];

iii) todos os dados/factos científicos ou práticos relevantes em relação ao caso, assim como questões levantadas por referência a bibliografia adequada;

iv) metodologia de análise, com descrição adequada dos métodos e procedimentos usados na realização da perícia, bem como os fundamentos em que se baseiam e se as técnicas utilizadas foram aplicadas de acordo com os padrões e normas em vigor, com menção de eventuais fontes de incerteza associadas e, quando possível, a taxa de erro ou grau de fiabilidade da técnica ou método aplicado, bem como dos instrumentos utilizados para a sua execução[924];

v) descrição da participação feita pelas partes nas diligências periciais (p. ex., observações e diligências requeridas e reação do perito perante todas as solicitações e as respostas às perguntas feitas pelas partes);

vi) caso a perícia seja colegial será necessário identificar a intervenção específica de cada perito e, em caso de divergência, devem ser indicados os pontos de desacordo, o seu alcance e respetivas fontes[925];

vii) especificação da competência técnica do perito para executar as tarefas praticadas;

---

[923] Cf. recomendações disponibilizadas pelo projeto "EuroExpert" (https://euroexpert.org/standards/report-standards). Aqui se refere que o perito deve discriminar quais dos factos relatados no relatório foram do seu conhecimento direto, devendo as descrições baseadas em constatações do próprio ser claramente diferenciadas daquelas baseadas nas suas instruções ou derivadas de declarações feitas por terceiros. Consta ainda das recomendações que nos casos em que tenham sido realizados ensaios de natureza científica ou técnica, os peritos devem indicar a metodologia utilizada e por quem os ensaios foram realizados e sob cuja supervisão, resumindo as respetivas qualificações e experiência e identificando também os factos (supostos ou não) nos quais o seu juízo se baseia. Ainda de destaque será o dever de os peritos distinguirem claramente entre os factos que sabem serem verdadeiros e os factos que assumem ou que receberam e a necessidade de apresentarem a base para fazerem declarações qualificadas (p. ex. quanto à certeza, possibilidade ou probabilidade) e a inclusão de quaisquer restrições, limitações ou ressalvas em relação aos juízos que expressam. Verifica-se assim uma aproximação à experiência norte-americana que exige que juízo pericial decorra de factos e dados suficientes.

[924] Neste ponto relevante será explicar se técnicas e teorias científicas utilizadas para obter dados e conclusões foram aplicadas anteriormente, se são relevantes e confiáveis e se foram seguidas no caso concreto. Para isso devem ser referenciados publicações que melhor expliquem e detalhem essas técnicas (como p. ex. manuais dessas técnicas), bem como o seu grau de aceitação pela comunidade científica de referência. Seguimos mais uma vez os préstimos da trilogia *Daubert*.

[925] Cf. recomendações disponibilizadas pelo projeto "EuroExpert" (https://euroexpert.org/standards/report-standards). Aí se sugere ainda que quando houver diversidade de opiniões sobre os assuntos tratados no relatório os peritos devem resumir a amplitude dos juízos apresentados e fundamentar cada uma delas.

III. CONCLUÕES

i) apresentação das respostas com a devida fundamentação;

ii) informação sobre o grau de fiabilidade das respostas apresentadas[926];

IV. ANEXOS

i) declaração de cumprimento do Código de Ética e Deontologia aplicável;

ii) documentos referidos no relatório

Julgamos que assim estruturado o relatório pericial é possível um adequado monitoramento dos parâmetros de qualidade da prova pericial. Dele será possível extrair informações sobre a validade científica e metodológica em que se baseia (i.e., o método científico utilizado) e a qualidade técnico-científica (p. ex. desempenho correto no laboratório e passagem dos controles de qualidade correspondentes), bem assim como a qualidade técnico-procedimental (p. ex. respeito pela cadeia de custódia).

Conhecidas estas condições, será então exigido do perito logo no relatório pericial que exponha razões que justificam o *status* epistémico das suas afirmações de maneira a permitir que o juiz e as partes possam contribuir epistemicamente para a justificação testemunhal e assim cumprirem-se as responsabilidades epistémicas de todos os envolvidos. Com este modelo seria então possível aplicar o pensamento de Andrés Páez que referimos na secção 3.3.2 da parte II já que a aceitação deliberada das informações do perito seria um processo que poderia fazer-se numa primeira etapa mediante a apreciação dos factos que pudessem aumentar a probabilidade epistémica de que as informações sejam verdadeiras (p. ex. seleção adequada dos factos que serviram de base à atividade pericial) e numa segunda etapa seria possível reputar a (não) aceitação das informações mediante perceção de acordo com a justificação obtida ser ou não suficiente para aceitar o testemunho como prova num contexto considerado (p. ex., considerando o poder explicativo do raciocínio desenvolvido pelo perito, grau de fiabilidade e margens de erro das técnicas utilizadas).

[926] Na doutrina Jay Katz sugere mesmo a adição de um novo padrão na avaliação da confiabilidade da prova pericial, que designa por reconhecimento de incerteza (*ac-knowledgment of uncertainty*). Para o autor, exigir que os peritos reconheçam as incertezas que afetam os seus julgamentos dará sentido à veracidade e à validade científica e, além disso, tais reconhecimentos facilitarão a identificação das preferências de valor pessoais e profissionais que moldam as suas conclusões - cf. KATZ, Jay - "The Fallacy of the Impartial Expert" Revisited. *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* [Em linha]. V 20, N 2 (1992). Pp. 141-152. [01.05.2022]. Disponível em http://jaapl.org/content/20/2/141. ISSN 1943-3662, p. 157.

Mais uma vez mudamos o foco da atenção para aquilo que verdadeiramente importa, permitindo ferramentas cognoscitivas para um juízo da confiabilidade da prova e, por efeito, para a sua valoração racional. Ponto central é então que o relatório pericial tem que ser fundamentado. Assim será porque só a fundamentação permite ao juiz formular um juízo sobre o seu "mérito intrínseco"[927] e definir o grau de convencimento a atribuir à prova pericial. Mas pela necessária especificidade dessa fundamentação, que naturalmente comportará muitas vezes uma parte de elevado grau de especialização técnico-científico, há alguns cuidados que devem ser tidos em conta aquando da sua elaboração.

Assim será desde logo quanto ao tipo de linguagem. É que mesmo que a atividade pericial seja realizada de forma exímia ela será de pouco valor se os seus resultados não forem comunicados de forma precisa e clara[928] já que não se mostram satisfeitas as necessidades epistémicas que justificaram a sua produção. Como temos defendido, é importante que o juiz compreenda o que é afirmado pelo perito e por isso também já reivindicamos uma postura mais ativa no exercício contraditório, solicitando tudo o que considere relevante para a sua compreensão ou mesmo solicitando uma ampliação das tarefas desenvolvidas quando se revelem pertinentes para o melhor esclarecimento do litígio.

Isto resulta também na necessidade de clareza na relação entre o juiz e o perito. Formulado como propomos, deve ser promovida a utilização, pelos peritos, de expressões descritivas ao invés da linguagem técnica, inacessível e conclusiva. E a atenção volta-se, de novo, para a fundamentação. Tal teria ainda a vantagem de limitar-se a utilização frequente dos mesmos modelos de relatórios para diversas situações, já que tal prática tende a tornar mecanizada a atividade pericial, com encobrimento de erros e desadequação às necessidades epistémicas do caso[929]. Tudo isto a surgir em paralelo com a mudança nas ciências forenses para um paradigma de verosimilhança que permitiria então melhor distinguir as tarefas do perito e do juiz.

---

[927] Cf. GERALDES, António Santos Abrantes; PIMENTA, Paulo; SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Código de processo civil anotado, op. cit.,* p. 587. Este dever de fundamentação também já foi referido pelo TEDH que se pronunciou sobre esta necessidade de fundamentação do relatório pericial, decidindo que a sua falta constitui vício grave da investigação - cf. ac. TEDH. Eugenia Lazar v. Roménia. 16.02.2010.

[928] Num estudo empírico por nós já citado os magistrados ouvidos sobre os parâmetros que, para eles, tornam a perícia esclarecedora, a maioria destacou a metodologia (p. ex. boas e relevantes fontes, múltiplas metodologias, instrumentos que possibilitam a compreensão do relatório e das conclusões que o perito alcançou). Também mencionados foram a acessibilidade da linguagem, a clareza do relatório pericial e a compreensibilidade da conclusão - cf. MACHADO, Andreia; MATOS, Marlene - Regulação das responsabilidades parentais: discursos dos magistrados sobre a prática pericial. *Psicologia: Revista da Associação Portuguesa de Psicologia.* Lisboa. ISSN 2183-2471. V 30 (1) (2016). Pp. 15-28, p. 20.

[929] Sobre este aspeto, NIEVA FENOLL, Jordi - *La valoración de la prueba*, *op. cit.,* pp. 296-299. Para o autor o risco da repetição de modelos tipo de relatórios pode provocar ainda uma sensação de que algo que é repetido pode deixar de ser afirmado e isso torna mais curtos e menos fundamentados os relatórios com o risco de uma falsa imagem de erudição do trabalho realizado e em simultâneo com uma utilização abusiva e sistemática do "cortar e colar" que em nada favorece a qualidade da atividade pericial - *ibidem,* pp. 297-299.

Estas nossas afirmações convocam-nos a ir mais longe. Partindo dos préstimos da experiência norte-americana, consideramos ficar aqui implícita a necessidade de (re)pensarmos a possibilidade de o perito emitir (e ser questionado sobre) um juízo sobre o *factum probandum*[930]. Esta necessidade resulta do facto de a possibilidade de ser levantada ao perito uma questão deste tipo desconsiderar que a tarefa do perito se deve limitar a transmitir os dados resultantes da prova de forma rigorosa, garantido que é ao juiz que compete não só decidir sobre a verdade ou falsidade desses dados, mas deles retirar ilações consideradas as demais provas produzidas. Por isso, a manter-se a regra de formulação de quesitos, não devem ser formuladas questões que procurem uma resposta que forneça ao juiz precisamente o que deseja saber para fundamentar a sua decisão (p. ex., se a hipótese controvertida é ou não verdadeira ou qual o grau com que se pode determinar se é verdadeira). Este tipo de formulação é típica do paradigma da individualização, que não distingue entre "o que dizem os dados" (uma tarefa pericial) e o que se deve acreditar sobre o *factum probandum* (uma tarefa judicial), e assim encoraja uma atitude de deferência do juiz para com o perito e o risco de usurpação das funções jurisdicionais pelo perito[931]. Por isso devem também ser evitadas expressões categóricas de identificação ou probabilísticas sobretudo quanto à questão decisória. Uma regra deste tipo imporia então maiores exigências na valoração da prova que se relvariam, a nosso ver, mais consentâneas com as preocupações que apontamos ao processo judicial e, em simultâneo, atenuaria os riscos com a sua produção também por nós evidenciados.

Nesse sentido, um importante desafio para a ciência forense é o estabelecimento de padrões comuns que orientem o trabalho dos peritos forenses para uma correta transmissão do trabalho por si desenvolvido[932]. Deve por isso evitar-se a apresentação de respostas herméticas (mesmo quando as questões colocadas são categóricas) que abundam nos relatórios periciais.

---

[930] No capítulo 6 da parte VI referimos que nos EUA se mostra especificamente prevista a proibição de os especialistas se pronunciem sobre a *ultimate issue* quando se tratem de questões sobre o estado mental das partes. A propósito, convém relembrar que é entendimento jurisprudencial canadiano e norte-americano que não será possível este tipo de perícia por três razões: o perito nomeado não está sujeito às mesmas vinculações que um juiz ou um jurado; a opinião de um perito pode ser baseada em provas que à luz do processo não sejam válidas ou não possam ser valoradas; há sempre o risco de a opinião do perito ser facilmente aceite pelo juiz ou por um jurado como forma de resolver o caso, sem necessidade de justificação complementar.

[931] Sobre estas preocupações, novamente sugerimos a leitura de GASCÓN ABELLÁN Marina - Conocimientos expertos y deferencia del juez (apunte para la superación de un problema), *op. cit.,* p. 360.

[932] Esta exigência foi referida no relatório "Strengthening forensic science in the united states: a path forward" quando refere que a maioria das disciplinas forenses precisam padronizar e esclarecer a terminologia usada em relatórios e depoimentos sobre os resultados e devem fornecer mais informações - cf. COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY; NATIONAL RESEARCH COUNCIL - *Strengthening forensic science in the united states: a path forward, op. cit.*, p.189. Alguns esforços neste sentido já colheram os seus frutos. Do "Guideline for Evaluative Reporting in Forensic Science" elaborado pelo ENFSI, além de constar a estrutura recomendável dos relatórios periciais, que já expusemos, consta também expressamente uma recomendação para que os peritos não apresentem considerações que estravassem a sua área de especialização e para que não apresentem conclusões sobre matérias que não requeiram conhecimento especializado e que quando tal informação é questionada devem deixar claro que não se reporta a conhecimento especializado, para além de os resultados deverem ser expressos

Para nós, se o argumento de autoridade vem sendo utilizado pelo juiz para louvar o relatório (principalmente na ausência de outros elementos), não pode ser utilizado pelo perito para concluir sem qualquer justificação. E por isso, diferentemente daquela que tem sido a posição assumida na jurisprudência, tão importante como apresentar um juízo de certeza ou de conhecimento será expressar o reconhecimento da incerteza e das limitações da prova pericial. Este conhecimento das limitações é crucial para melhorar as comunicações entre peritos e tribunal. E é o (também) o silêncio dos peritos sobre as incertezas que contribui poderosamente para o privilégio probatório especial da prova pericial: sem ser prova legal tornou-se uma espécie de declaração com valor de verdade por força da pessoa que a emitiu.

Todas estas informações devem ser prestadas de forma clara. É muito interessante que a falta de clareza do relatório esteja prevista como fonte de objeção ao *expert testimony* sob a FRE 403, por tender mais a confundir do que auxiliar o julgador dos factos. Um relatório fundamentado de forma clara é, por isso, um importante ponto de partida para se assegurar uma adequada valoração e atribuição do respetivo valor. É a fundamentação que justifica a confiabilidade porque lhe confere valor científico. E lembramos que, como lemos na decisão Joiner, as conclusões e a metodologia não são totalmente distintas uma da outra e que a confiabilidade depende não apenas da confiabilidade teórica do método aplicado, mas da correta aplicação desse método ao caso concreto.

A proposta que apresentamos procura responder às questões que suscitamos. Mais sucede que esta mesma proposta torna mais difícil que o perito e as partes tentem gerar maior convicção no tribunal do que efetivamente possa ser atribuído às informações prestadas e permite ainda mudar o foco do depoimento dos peritos para a questão mais geral de como o conhecimento lhe confere autoridade epistémica, assim fomentando um diálogo de obtenção de conhecimento mais adequado às necessidades epistémicas do processo judicial.

2.5. OS JUÍZES COMO "CIENTISTAS AMADORES"

em termos de verossimilhança. No documento refere-se ainda expressamente que as conclusões categóricas de identificação expressas pelos peritos nas áreas como o exame comparativo de impressões digitais, caligrafia, assinaturas, marcas de ferramentas, armas de fogo, marcas de calçados, vão além da avaliação exclusiva do conhecimento da ciência forense. Julgamos que este tipo de cuidados pode ser transversal a outros domínios - cf. EUROPEAN NETWORK OF FORENSIC SCIENCE INSTITUTES - ENFSI Guideline for Evaluative Reporting in Forensic Science: Strengthening the Evaluation of Forensic Results across Europe (STEOFRAE) [Em linha]. S.n.: s.l., 2015. [12.05.2022]. Disponível em https://enfsi.eu/wp-content/uploads/2016/09/m1_guideline.pdf, pp. 16-18. Em Portugal INML emitiu recomendações gerais para elaboração de relatórios periciais de clínica forense mas mais quanto à sua estrutura do que quanto à forma de comunicar resultados (https://www.inmlcf.mj.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=204).

Outra proposta comummente avançada pela doutrina para facilitar e melhorar a valoração da prova pericial é aquela que propõe que os juízes se convertam numa espécie de "cientistas amadores"[933] através de uma especialização em áreas técnico-científicas.

Considerados os aspetos mencionados julgamos não ser necessário que os juízes se convertam em cientistas: o juiz não formula um julgamento científico, artístico, técnico ou prático. Tal julgamento é formulado pelo perito. O juiz avalia se o perito baseia as suas conclusões em critérios que respeitam os padrões de racionalidade epistémica e se os aplica de forma condizente com os dados existentes no processo. E para isso não é necessário formar juristas para serem cientistas, sendo mais adequado e suficiente formar juristas para serem consumidores críticos da ciência. Cremos que esta seja a interpretação mais ou menos generalizada desta expressão: a de que não se espera que os juízes se tornem cientistas, mas apenas que lhes devem ser proporcionadas conhecimentos necessários para assegurar um controlo adequado da qualidade da prova pericial e não caírem no risco de atribuir automaticamente um selo de autenticidade ao relatório pericial, demitindo-se da sua função jurisdicional e desresponsabilizando-se da apreciação crítica da prova.

Esta ideia não é propriamente nova, já tendo sido aventada por Michele Taruffo na década de 90 como a principal solução para o paradoxo da valoração da *prova científica* por um leigo, referindo ser possível desenvolver a cultura científica do juiz, que na sua perspetiva já dispõe de uma preparação cultural superior à do cidadão comum para o uso e correta valoração da *prova científica*[934].

Além disso, cumprindo as considerações que tecemos, a prova pericial assume a mesma forma da prova testemunhal já que tanto a estrutura fundamental do raciocínio probatório é comum (em ambas podem ser descritas em termos de credibilidade), como o método científico compartilha os mesmos modos de inferências que a descoberta quotidiana dos factos. Por isso não há dificuldades intransponíveis em o juiz avaliar o método do perito: o método do perito pode

---

[933] O termo "amateur scientists" foi usado pelo juiz William Rehnquist na descisão *Daubert* e viria depois a ser frequentemente utilizado na doutrina. Serão exepmlos VERBIC, Francisco - *La prueba científica en el proceso judicial: identificación de la noción en el marco de la teoria general de la prueba - problemas de admisibilidad y atendibilidad*, *op. cit.,* pp. 87-88 e FAIGMAN, David - Judges as "amateur scientists". B*oston University Law Review* [Em linha]. V 86 (2006), pp. 1207-1225. *[01.09.2021]. Disponível em* http://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/volume86n5/documents/FAIGMANV.2.pdf. ISSN 0006-8047 ou ainda GASCÓN ABELLÁN Marina - Conocimientos expertos y deferencia del juez (apunte para la superación de un problema), *op. cit.*, p. 363.

[934] Cf. TARUFFO, Michele - *Le prova scientiche nella recente esperienza statunitense*, *op, cit.,* p. 247. Também para este autor não se trataria de transformar o juiz em cientista, mas sim de treiná-lo para utilizar de modo apropriado a *prova científica*. No mesmo sentido, como referimos, Francisco Verbic afirma que as maiores dificuldades se verificariam apenas num segundo nível de análise, mas não num primeiro em que seriam suficientes os conhecimentos do homem comum – cf. VERBIC, Francisco - *La prueba científica en el proceso judicial: identificación de la noción en el marco de la teoria general de la prueba - problemas de admisibilidad y atendibilidad*, *op. cit.,* pp. 82-86.

ser mais refinado e, portanto, na prática, pode não estar inicialmente acessível ao juiz, mas em princípio o juiz não deve ter dificuldade em avaliar o método do especialista, porque ele compartilha do mesmo raciocínio cognitivo[935] e tem à sua disposição um conjunto de ferramentas que podem permitir essa avaliação adequada.

Partindo destas ideias, no plano da relação entre Direito e ciência, internacionalmente mostram-se em curso esforços para uma nova interação entre juízes e cientistas e novos meios internacionais à luz dessa cooperação. Há um apelo para que os juristas se familiarizarem com questões científicas e aprenderem a trocar ideias com cientistas. Parece estar generalizada uma nova consciência entre os juízes de que pertencem a uma comunidade judiciária internacional que, num estágio embrionário mas suficientemente universal, se pode unir à comunidade científica internacional[936].

Em Portugal notamos poucos esforços nesse sentido. De facto o ensino do Direito nas diferentes instituições do ensino superior e até no CEJ tem-se mostrado sobretudo centrado em disciplinas puramente jurídicas e sem dimensão multidisciplinar significativa[937]. Julgamos que este

[935] Cf. DWYER, DÉIRDRE - *The judicial assessment of expert evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. ISBN 978-0-511-46363-1, pp. 99 a 103. Esta deia de que parte o autor tinha já sido desenvolvida por HAACK, Susan - *Defending science within reason: between scientism and cynism*. New York: Prometheus Books, 2007. ISBN 9781591024583, capítulo 4.

[936] Merecem aqui destaque as iniciativas promovidas pelo ENLSC ou o ENFSI que realizam diversos encontros entre os mais diversos profissionais forenses e diferentes áreas de intervenção para incrementar um diálogo mais proficio entre todos.

[937] Atendendo ao tema de investigação, verificamos que na generalidade das licenciaturas de Direito em Portugal apenas se estuda a prova de um ponto de vista processual e não probatório, sendo pouco exploradas áreas tão relevantes quanto a valoração das provas e a motivação da decisão. P. ex., em relação à prova pericial especifica-se quando tem lugar, a quem deve ser delegada a perícia, as situações de impedimentos, escusas e recusas e por fim, chegando à avaliação probatória, diz-se simplesmente que é livre. Mas tal é insuficiente. Por isso louvamos os esforços de Maria Clara Calheiros que com a sua obra já diversas citada "Para uma Teoria da Prova" pretende colmatar esta lacuna que também evidencia. É aqui pertinente citarmos duas afirmações de José Mouraz Lopes que bem evidenciam a necessidade de uma formação mais generalizada e complementar. Refere num artigo que também já citamos o seguinte: «o "mercado de questões" que tradicionalmente era levado ao Tribunal hoje expandiu-se e é mais alargado e o debate sobre a necessidade de um juiz capaz de compreender sobre estas novas questões deve assumir um dos pilares da discussão sobre as reformas do sistema da justiça, que se deve pautar pela análise de três pilares: acesso, qualidade e eficácia» e mias à frente que "[o] debate sobre o papel da jurisdição sugere que se ultrapasse o domínio paroquial do exercício da função judicial, delimitada, num tempo e num território e se exija ao juiz uma abertura ao mundo, numa dimensão geográfica e cultural diversificada e, sobretudo, numa insatisfação permanente sobre o exercício da função" - cf. LOPES, José Mouraz Lopes - Formação de juízes para o século XXI: formar para decidir. Formar para garantir. *Julgar*. Coimbra. ISSN 2183-3419. N 4 (2008). Pp. 133-158, p. 134.

No CEJ o cenário não se revela substancialmente diferente, parecendo-nos parcos os esforços neste sentido. Bastará referir que do plano anual de formação contínua para o biénio 2021-2022, concebido pelo próprio CEJ, depois de ouvidos os Conselhos Superiores da Magistratura, dos Tribunais Administrativos e Fiscais e do MP, tendo em conta as necessidades verificadas no âmbito da atividade dos tribunais, não se conta com nenhuma formação relativa à prova pericial. Verificamos, apesar disso, que nos temas de Direito da família e das crianças há um maior número de formações que contam com a participação de profissionais de outras áreas do saber (como psicólogos e médicos) sobre temas relacionados com a violência infantil, a psicologia do testemunho infantil, os impactos psicológicos da exposição da criança às redes sociais e a estimativa forense da idade (janeiro, março e novembro de 2021). Mas se olharmos para os temas de Direito civil, processual civil, comercial, penal, processual penal, trabalho e empresa, administrativo e fiscal e para os cursos incluídos em "outras temáticas" temos que só em março de 2021 houve a presença de uma médica numa das formações para apresentar a sua perspetiva sobre o regime do maior acompanhado e antes disso só em fevereiro março de 2019 encontramos duas formações em matéria de penal em que identificamos uma participação sobre a prova por DNA, uma sobre a anomalia psíquica e a inimputabilidade e outra sobre medicina legal e identificação biológica, ainda que todas estas tenham sido lecionadas por juízes. Das formações consultadas concluímos que a formação é sobretudo direcionada para direito substantivo e processual e não probatório. E isso facilmente se corrobora pelo facto de só em 2014 aferirmos uma formação que incluiu temas como os factos e a verdade, as motivações ajurídicas da tomada de decisão e a psicologia do testemunho. Também na formação inicial do Plano de Estudos do 38.° Curso de Formação de Magistrados para os Tribunais Judiciais (2020-2021) notamos apenas uma formação específica MP subordinada ao tema "Exames e perícias. Perícias médico-legais e forenses - organização médico-legal" mas nenhuma sobre a valoração da prova nem o processo de tomada de decisão (extraímos estas conclusões da informação sobre formação disponível no *site* do CEJ (https://cej.justica.gov.pt/). E também aqui pela clareza das suas palavras voltamos a citar a mesma obra de José Mouraz Lopes "[à] disponibilidade para a formação permanente deve contrapor-

ensino já não se adequa às necessidades que hoje têm de ser enfrentadas no contexto legal e judicial. Julgamos, por isso, que as escolas de Direito, para cumprir a sua obrigação de formar profissionais competentes, competência que cada vez mais exige alguma familiaridade com as noções básicas de ciência e tecnologia, deveriam promover uma formação interdisciplinar. Uma formação que deverá assumir maior relevo nos cursos do CEJ porque será sempre o juiz que, em ultima instância, decide sobre a admissibilidade e valoração da ciência. Nessa medida, também cremos ser indispensável uma formação continuada dos juízes que contemple outros campos do saber, tão necessários ao exercício das funções, pois com a complexidade e diversidade dos factos hoje levados a juízo ou necessários a uma correta decisão das causas levadas a juízo permitiriam uma valoração da prova "mais justa, real, equitativa, afastando a tão enganadora e discriminadora valoração intuitiva"[938].

Não se deve, contudo, deixar aos próprios magistrados a iniciativa de aprofundar os seus conhecimentos científicos, devendo existir uma verdadeira política judicial no sentido de promover cursos e formação, a fim de propiciar aos juízes as ferramentas necessárias para lidar com a problemática da prova pericial. Para isso seria uma boa estratégia, a nosso ver, a criação de incentivos na avaliação dos juízes para que participassem ativamente nas formações. Mas a realidade a que assistimos parece apontar no sentido contrário: pese embora se prevejam na sua avaliação parâmetros como preparação técnica e capacidade intelectual, idoneidade e prestígio pessoal e profissional, certo é que também se prevê o volume e gestão do serviço a seu cargo, a produtividade e observância dos prazos definidos para a prática dos atos judiciais e a capacidade

se um programa de formação inovador, cativante, útil, que suscite a adesão dos destinatários de forma a responder às suas solicitações, défices de conhecimento e novos problemas. Um programa de formação permanente de magistrados não terá, necessariamente, que sustentar-se numa única instituição nem obedecer a programas monolíticos. A diversidade institucional, a multiplicidade de conteúdos e a pluralidade de intervenientes contribui para um aprofundamento da capacidade crítica dos magistrados que acedam à formação, permitindo-se assim uma visão pluralista e multidisciplinar das várias questões que constituirão os conteúdos formativos. Deverá salvaguardar-se, sempre, a exigência de um elevado grau de qualidade da formação, adequadamente certificada e monitorizada pelos órgãos que tutelam a gestão da formação dos juízes. Até porque, importa sublinhar, se trata também aqui, na formação permanente dos juízes, de um interesse público que está em causa e que importa salvaguardar" - cf. LOPES, José Mouraz Lopes - Formação de juízes para o século XXI: formar para decidir. Formar para garantir, *op. cit.,* p. 152. Já vimos na parte I outros apelos no mesmo sentido.

[938] Cf. RODRIGUES, Benjamim Silva - *Da prova penal: bruscamente...a(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*. Lisboa: Rei dos livros, 2010. ISBN 978989830509, p. 249. O autor apresenta uma reflexão muito crítica sobre a forma como os tribunais têm vindo a desenvolver a apreciação da prova pericial e, particularmente, da prova genética, precisamente por falta de conhecimento necessário à execução de tais tarefas. Já tivemos oportunidade de apresentar em maior detalhe o pensamento do autor e o quadro que tece da *praxis* judicial na parte IV. Todavia, devemos notar que nem sempre este objetivo conhece resultados profícuos ou imediatos. De facto, a participação dos juízes nesses projetos não significa, por si só, que se encontrem em melhores condições de avaliar trabalhos de natureza científica porque a incorporação das noções científicas da cultura dos especialistas à cultura média do juiz faz-se com alguma dificuldade, lentamente e por modos indiretos, muitas vezes sem clareza e não raramente através de vulgarizações e manipulações, o que pode se revelar problemático justamente pela falta de rigor científico - cf. TARUFFO, Michele - Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista da Escola Paulista da Magistratura* [Em linha]. V 2, N 2 (1001), pp. 171-204. [05.06.2021]. Disponível em https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=20535, pp. 171-204 e VERBIC, Francisco - *La prueba científica en el proceso judicial: identificación de la noción en el marco de la teoria general de la prueba - problemas de admisibilidad y atendibilidad*, *op. cit.,* pp. 87-88. Mas isso, diríamos, é algo que só poderemos combater com mais e melhor informação.

de simplificação dos atos processuais (art. 33.º L 62/2013, de 26.98) e por isso os atrasos na realização das perícias, a iliteracia, o elevado número de pendências e a avaliação por metas são desincentivos à produção de prova pericial e à sua correta valoração. Uma mudança exigiria esforços do CEJ nesse sentido e, naturalmente, uma mudança na política judicial.

Todavia, acreditamos que um diálogo profício só será possível se, ultrapassado o analfabetismo científico dos atores judiciários, seja também ultrapassado o alfabetismo judicial dos peritos para que a sua participação no contexto judicial seja pautada por especiais preocupações com a descoberta da verdade e a proteção de direitos fundamentais. Para tal exige-se uma adaptação do seu trabalho às exigências do sistema judicial, sendo uma das maiores necessidades uma formação sobre uma comunicação mais correta e adequada com os diversos atores processuais, impondo-se o uso de uma linguagem que seja clara, concisa e compreensível para os juristas, ainda que técnica e objetiva e com uma correta aplicação dos termos jurídicos. Neste particular, as atenções devem centra-se no desenvolvimento de medidas que incrementem a qualidade e eficácia da comunicação científica porque uma boa compreensão das atividades periciais parece depender não só dos critérios que são adotados, mas também da capacidade (e vontade) dos tribunais em avaliar criticamente essa atividade[939]. E para isso é revelante, naturalmente, o desenvolvimento de um conjunto de padrões de interpretação científica dos resultados para servirem não só como guia no momento da sua valoração pelos tribunais, mas também para a elaboração relatórios periciais, relativamente aos quais são também frequentes as pretensões de os sujeitarem a uma estrutura comum que seja mais facilmente compreenda por quem tem que os avaliar e pode exercer o respetivo contraditório[940].

Para além de várias iniciativas adotadas a nível europeu que juntaram peritos e magistrados procurando o estabelecimento desse diálogo[941], cremos que nesta sede merecem especial

[939] Cf. CHAMPOD, Christophe; VUILLE, Joëlle - Scientific evidence in Europe: admissibility, evaluation and equality of arms, *op. cit.,* pp. 49 e ss.

[940] Vide, p. ex., CHAMPOD, Christophe; VUILLE, Joëlle - Scientific evidence in Europe: admissibility, evaluation and equality of arms, *op. cit.,* pp. 47 e 48 ou EEEI - *Guia de boas práticas da perícia judicial civil na União Europeia: Guia Europeu para a Perícia Judicial, op. cit.*

[941] Também na Europa assistimos a iniciativas com o mesmo propósito. Será o caso do ENLSC, uma rede de instituições, académicos, cientistas e juízes que está a dar os primeiros passos desde o verão de 2002, e desenvolve uma atividade de estudo e formação judiciária através de encontros internacionais, cursos e seminários, com o propósito de promover oportunidades de os juízes europeus terem conhecimento das informações mais relevantes e críticas no campo das ciências da vida e da saúde e, em simultâneo, oferecer aos peritos a oportunidade de compreender e debater o quadro jurídico e social em que operam. O mote para o projeto é que ser contra a ciência é tanto anticientífico quanto ser acriticamente pró-ciência. Apesar de serem louvados os seus esforços na literatura (cf. SANTOSUOSSO Amedeo; REDI, Carlo Alberto - The need for scientists and judges to work together: regarding a new european network**.** *Health and Quality of Life Outcomes* [Em linha]. V 1 (2003). [30.08.2022]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/10647049_The_need_for_scientists_and_judges_to_work_together_Regarding_a_new_European_network. ISSN 1477-7525) não encontramos iniciativas desde 2004. Tal pode mostrar-se significativo da falta de interesse que no velho continente europeu marca este tema.

destaque os esforços para criação de guias de boas práticas a que já nos referimos e que facilitariam o trabalho inter e intradisciplinar.

Tendente a atenuar os problemas que fomos identificando, verificamos diversos apelos à criação de códigos de ética e de conduta assentes nos princípios sobre os quais a legitimidade e a autoridade do perito se baseiam (referidos como sendo competência, probidade, objetividade, lealdade, independência e imparcialidade) que imponham que o perito se comprometa, aquando do compromisso, a um dever para com o tribunal que prevalece sobre qualquer obrigação para com as partes de levar ao seu conhecimento todas as questões e factos de que esteja consciente e que possam exercer uma influência desfavorável na sua opinião e de se esforçar por conhecer todos os factos relevantes e os incluir no relatório, mesmo aqueles que possam enfraquecer o seu parecer final[942].

Apesar da bondade destas propostas, julgamos que não assegurarão por si só maiores garantias da qualidade do seu trabalho. Talvez as diretrizes desses códigos, mais do que enfatizar o comprometimento dos especialistas com a honestidade, deveriam passar pela imposição de um dever de os peritos informarem os interessados sobre a extensão e os limites dos seus conhecimentos científicos, os factos sobre os quais os seus relatórios se baseiam, bem como as premissas que fundamentam o seu testemunho (p. ex., a cada uma das conclusões a que se chegue após realizar o correspondente estudo, deverá expressar o respetivo grau de fiabilidade e manter-se a suficientemente humildade para reconhecer, quando seja o caso, que não se pode ou não se soube resolver os problemas colocados)[943]. Julgamos que estes esforços só seriam eficazes se, em caso de violação dessas diretrizes, os peritos fossem afastados do sistema judicial, mas para isso teria que existir um conselho de fiscalização com poder sancionatório.

Outras áreas da ciência forense na Europa estão a mover-se na mesma direção. O ENFSI tem dado ao longo dos últimos anos um importante contributo no incremento da qualidade e competência com que é realizada a atividade pericial e no incremento da literacia e em melhorias na troca de informação entre os diferentes atores judiciários, publicando diversos manuais de boas práticas sobre o modo como devem ser elaborados e interpretados os relatórios periciais em diversas áreas da ciência forense (https://www.gov.uk/government/organisations/forensic-science-regulator). Sobre o trabalho desenvolvido, WARD, Tony - An english Daubert? Law, forensic science and epistemic deference. *The Journal of Philosophy, Science & Law: Daubert Special Issue* [Em linha]. V 15 (2015), pp. 26-36. [20.08.2022]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/277156535_An_English_Daubert_Law_Forensic_Science_and_Epistemic_Deference. ISSN 1549-8549, p. 32.

[942] Cf. EEEI - *Guia de boas práticas da perícia judicial civil na União Europeia: Guia Europeu para a Perícia Judicial, op. cit.,* pontos 7.6 e 7.8.

[943] Cf. WARD, Tony - An english Daubert? Law, forensic science and epistemic deference, *op. cit.,* p. 32. Será o caso do FORENSIC SCIENCE REGULATOR - *Codes of Practice and Conduct For Forensic Science Providers and Practitioners in the Criminal Justice System* [Em linha]. Birmingham: The Forensic Science Regulator, 2021. [10.07.2022]. Disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/968638/100_Codes_of_Practice_and_Conduct_-_Issue_7.pdf, entidade que desempenha um papel cada vez mais importante na auditoria de relatórios de especialistas e no controle de seu conteúdo

Resta-nos então concluir que a necessidade de comunicar e compreender a ciência de forma eficaz confere urgência à implementação da agenda de pesquisa aqui proposta.

3. FORÇA PROBATÓRIA E VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL

O que dissemos anteriormente permite-nos agora seguir para a fase da valoração da prova: uma vez fixado pelo perito "o que dizem os dados" resultantes da prova pericial, esses dados devem ser valorados. Neste exercício de valoração devemos destacar duas questões relevantes: quem deve valorar e como deve ser realizada a valoração da prova pericial. Ainda que a investigação já desenvolvida permita certamente antecipar uma resposta a cada uma destas questões, julgamos ser pertinente desenvolvermos maiores considerações.

A competência para valoração da prova enquanto atividade de perceção dos resultados da atividade probatória, aqui se incluindo não só a interpretação de resultados, como também o juízo racional sobre essa perceção[944], está clara. Se é responsabilidade dos peritos apresentar o resultado da prova pericial de forma que possa ser interpretado corretamente pelo juiz, é responsabilidade do juiz interpretar esses resultados corretamente e atribuir-lhes certo peso na formação da sua convicção sobre os factos. É o juiz quem detém a função jurisdicional e é o juiz quem, em virtude do princípio da livre apreciação da prova, deve decidir sobre o valor probatório a atribuir ao juízo pericial. Costuma-se dizer a esse respeito que o juiz é *peritus peritorum*, enfatizando que é o juiz quem tem a última palavra sobre o valor que deve ser atribuído aos dados apresentados pelo perito.

Assim será desde logo por razões institucionais, sobre as quais já nos fomos pronunciamos.

Mas assim será também porque da forma como perspetivamos a produção da prova pericial, resulta claro um distanciamento daquela que é a tarefa pericial da tarefa judicial: o perito

[944] Seguimos a definição de valoração desenvolvida por Jordi Nieva Fenoll: "la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatória que se realiza en un proceso" - cf. NIEVA FENOLL, Jordi - *La valoración de la prueba*, *op. cit.,* p. 34.

apenas transmite "o que dizem os dados", sendo ao juiz a quem compete decidir "no que acreditar". De facto, à luz do novo paradigma que defendemos, a tarefa do especialista reduz-se à apresentação e interpretação dos dados para ajudar o juiz a entender o que eles dizem. O perito deve apenas expressar o significado dos dados analíticos ou técnicos à luz das hipóteses colocadas e não se pronunciar sobre o significado das hipóteses em consideração aos dados analíticos (porque esta será já tarefa do juiz que para tanto deve apreciar os demais elementos probatórios).

Por isso resulta claro que quem tem a tarefa de avaliar a informação prestada pelo perito é o juiz. O juiz, portanto, não pode simplesmente submeter-se a uma prova pericial que deixa de se pronunciar nos termos em que deve decidir. O juz então deve saber interpretar corretamente o resultado dessa prova e avaliar por si mesmo o que deve ser acreditado a partir dela. E uma vez que o perito determina "o que dizem os dados" resultantes da prova pericial, o juiz deverá analisar essa informação à luz de outras provas ou informações disponíveis já nesta fase de valoração. Esta é uma decisão que indiscutivelmente compete ao juiz porque é a si a quem se atribuiu institucionalmente o papel de tomar uma decisão num caso controverso e tal pressupõe, em última instância, a apreciação do conteúdo de todas as provas disponíveis, cuja apreciação é da responsabilidade exclusiva de quem institucionalmente está incumbido de decidir[945].

Acresce que a atribuição ao juiz da tarefa de valorar a prova também é exigida pelo princípio da livre convicção a que começamos por aludir neste capítulo. De facto, sendo esta valoração uma valoração livre e não condicionada por um valor pré-determinado a atribuir a cada meio de prova, então o seu caráter eventualmente *científico* não poderá encerrar a questão da sua valoração, que deve ser realizada pelo tribunal sob o princípio da livre apreciação. E por isso o princípio da livre valoração da prova seria violado por qualquer opção normativa que vinculasse o juiz ao conteúdo da prova pericial, privando-o da possibilidade de avaliar por si mesmo a sua confiabilidade e o seu alcance[946].

Há, por fim, uma outra razão para atribuir ao juiz a tarefa de valorar a prova pericial, que também está ligada, ainda que indiretamente, ao princípio da livre valoração, mas agora entendido

[945] Neste sentido, GASCÓN ABELLÁN Marina - Conocimientos expertos y deferencia del juez (apunte para la superación de un problema), *op. cit.,* p. 358. Por isso não deixa de ser interessante que a autora apresente uma reflexão crítica pugnando pela inadequação do brocardo do *iudex peritus peritorum* à luz deste novo paradigma. Para si fica claro que, com a alteração do paradigma da individualização pelo paradigma da verosimilhança, o que o juiz não deve fazer é vincular-se ao relatório pericial mesmo que esteja convencido que dele se deva afastar (violando o princípio da livre apreciação da prova) ou, no caso contrário, dele se afastar por ser o perito dos peritos (assumindo que tem conhecimentos especializados que possa não ter). O juiz deve então valorar a prova, i. e., determinar "em que acreditar" considerando as hipóteses em conflito, com base nos dados do labor pericial e na demais prova produzida e não ser simplesmente o perito dos peritos.

[946] Cf. GASCÓN ABELLÁN, Marina; LUCENA MOLINA, José Juan; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Joaquín - Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinary, *op. cit.,* p. 6.

como princípio que consagra a valoração não só livre, mas também racional. É que esta livre apreciação racional está, naturalmente, depende de uma valoração que atenta a todas as provas, factos e informações validamente carreados para o processo, a que acrescem ainda as inferências feitas a partir deles. Assim, uma vez que a racionalidade da livre apreciação da prova exige a ponderação de toda a informação disponível no processo e não apenas a que decorre da prova pericial, esse juízo não poderia ser realizado pelo perito face aos conhecimentos limitados de que dispõe do caso em que intervém[947].

Mas passemos à questão central: em que consiste e como deve ser realizada essa valoração?

Nos últimos anos, vários esforços foram encetados para o desenvolvimento de uma lista de critérios objetivos que possam orientar o juiz na sua atividade de valoração da prova pericial[948]. De entre estes critérios destacam-se os critérios relativos à imparcialidade do perito e suas qualificações, à coerência interna do relatório pericial e coerência do mesmo com os demais meios de prova. Em Portugal vimos ser lugar comum considerar-se como critérios de valoração a imparcialidade (de origem) do perito (preferindo-se automaticamente o relatório do perito público/oficial ou nomeado pelo tribunal ao perito das partes) ou o relatório pericial assinado pelo maior número de peritos. Vimos também algumas decisões em que se fazia um apelo (formal) a três níveis de valoração que se revelam a respeito dos requisitos relativos à sua validade formal, à base de facto pressuposta na perícia e à própria conclusão da pericial[949].

---

[947] Cf. GASCÓN ABELLÁN, Marina; LUCENA MOLINA, José Juan; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Joaquín - Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinary, *op. cit.,* p. 6. Referem os autores que neste caso a valoração poderia ser livre, mas não racional.

[948] P. ex. Xavier Abel Lluch refere-se a critérios inerentes à pessoa do perito, critérios relativos ao objeto do parecer; critérios relativos às operações periciais, critérios relativos à contradição do parecer e critérios derivados dos princípios do direito probatório e da doutrina jurisprudencial (cf. ABEL LLUCH, Xavier - La prueba pericial. In ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan - *La prueba pericial.* Barcelona: Bosch, 2009. Pp. 15 - 248, pp. 137 - 159. Por sua vez, Jordi Nieva Fenoll alude ao profissionalismo do perito, ao cumprimento de requisitos internos do parecer, à coerência interna e razoabilidade do parecer pericial, ao acompanhamento dos parâmetros científicos de qualidade na elaboração do parecer e à utilização dos resultados estatísticos, ao contraste do parecer expresso no parecer, à contradição entre os pareceres periciais, ao acompanhamento do laudo pericial pelo juiz e ao depoimento do perito (cf. NIEVA FENOLL, Jordi - *La valoración de la prueba, op. cit.,* pp. 288 - 309) e Francisco Verbic refere a competência dos peritos, os princípios científicos ou técnicos em que funda o seu juízo, a concordância da sua aplicação com os as regras da crítica sã, as observações formuladas pelos consultores técnicos e os demais elementos de proba produzidos - cf. VERBIC, Francisco - La prueba cientifica en el proceso judicial: Identificacion de la nocion en el marco de la teoria general de la prueba. Problemas de admisibilidad y atendibilidad. Santa Fe: Rubinzal, 2008. ISBN: 9789507279515, p. 51.

[949] P. ex. acs. TRC. 11.03.2009. Proc. 4/05.7TAACN.C1; TRC. 26.05.2009. Proc. 91/03.2TAMIR.C2; STJ. 20.12.2006. Proc. 06P3505; STJ. 11. 07.2007. Proc. 07P1416 e na doutrina SOUSA, Luís Filipe Pires de - A valoração da prova pericial. *Revista Portuguesa do Dano Corporal.* Coimbra. ISSN 1645-0760. V 27 (2016), pp. 11-24, p. 16. Referimos que essa é uma análise formal porque na verdade não se desenvolveu depois uma análise prática e criteriosa desses três níveis de valoração, assumindo o juiz um papel passivo assente na lógica de que nada sendo discutido se presume de aceitar o juízo pericial. De referir que no terceiro nível o que os tribunais avaliam não é propriamente a qualidade das conclusões e a sua confiabilidade, mas se o resultado da mesma é (in)conclusivo: sendo conclusivo é, via de regra, aceite; sendo inconclusivo então a decisão é "devolvida ao juiz". Não será esta postura exclusiva da jurisprudência pátria, já que o estudo comparatístico desenvolvido por Christophe Champod e Joëlle Vuille conclui precisamente que a valoração da prova pericial (e mais concretamente científica) é uma etapa problemática e que não está a ser realizada de forma adequada - cf. CHAMPOD, Christophe; VUILLE, Joëlle - Scientific evidence in Europe: admissibility, evaluation and equality of arms, *op. cit.,* p. 44.

Estes critérios seriam critérios específicos de valoração da prova pericial e procurariam estabelecer parâmetros adequados de valoração à luz do princípio da livre valoração.

Não desconsiderando a relevância destes critérios, julgamos sempre se afigura infrutífero e inconsistente o seu estabelecimento para uma adequada valoração de cada tipo de atividade e julgamos que todos eles acabam por redundar na atitude deferencial por esquecer a distinção das tarefas periciais e judiciais. Já vimos ser este o resultado. E já o fomos criticando.

Cremos, por isso, que a melhor estratégia não será a definição desse tipo de critérios objetivos, mas de ferramentas para melhor proveito dos mecanismos existentes. Será mais lógico e produtivo pensarmos como deveríamos apreender com o perito: não podemos esquecer que a prova pericial é mais uma fonte de conhecimento em si, fornecendo informações ao sujeito cognoscente que de outra forma não poderia adquirir. Nessa medida, cremos que a relação dialética na fase da sua produção poderá ser um importante instrumento no desempenho desta atividade.

As estratégias que reputamos como mais adequadas são aquelas que evidenciamos na fase de produção da prova pericial. Com elas se assegura que a valoração da prova é realizada por quem efetivamente a deve realizar: o juiz.

E por isso já criticamos a prática judicial de concentrar toda a prova pericial na fase da sua valoração e fomos evidenciando como alguns dos critérios utilizados para essa valoração devem antes ser observados nas fases da sua admissão e na produção e não exclusivamente na fase da valoração. É que nesta nossa perspetiva parte deste trabalho deve iniciar-se na fase da admissão, mas também na de produção porque a valoração exige compreensão do raciocínio pericial.

Na relação dialética que defendemos ser de estabelecer nessa fase da produção centramo-nos sobretudo no controlo das informações prestadas pelo perito e, pese embora a repartição das responsabilidades epistémicas, destacamos que nesse momento assume particular relevância o perito porque é ele que tem que expor as razões positivas sobre "o que dizem os dados". Ao juiz e às partes compete então reunir informação para melhor interpretar esses dados para, numa fase seguinte, os valorar.

Na valoração o tribunal deve atender à confiabilidade da prova que, como vimos, é uma questão que, sendo respondida pelo juiz, deve ser oferecida pelo próprio perito, já que é sobre ele que recai a tarefa de dizer "o que dizem os dados" (sem esquecer que partes e tribunal partilham também uma tarefa epistémica). Esta será a primeira etapa que tem implicações na segunda em

que se procura determinar a força probatória da prova produzida. Sendo distinta da primeira, nesta não pode ser esquecida a confiabilidade da prova já que no caso particular da prova pericial a sua força probatória depende da sua confiabilidade[950]: se os resultados da prova pericial não são confiáveis, então não lhes deve ser reconhecida força probatória; se os resultados são confiáveis, a sua força probatória depende dos factos do caso. A força probatória é então uma questão que tem que ser resolvida pelo juiz que, estando dependente da confiabilidade, deve considerar o que expusemos a respeito da sua produção, lembrando sempre que a confiabilidade da prova é uma questão de grau e depende de uma ou mais inferências que devem ser fundamentadas em circunstâncias precisas e critérios objetivos determinados.

E depois de tudo isto ainda deve o juiz perceber se está satisfeito o standard de prova aplicável a cada situação para considerar determinado facto como provado. Uma decisão que exige resposta a duas perguntas: quando é que o grau de justificação é suficiente para aceitar um enunciado fáctico como verdadeiro e quais são os critérios objetivos que indicam que se alcançou esse grau de justificação[951].

---

[950] P. ex. CHAMPOD, Christophe; VUILLE, Joëlle - Scientific evidence in Europe: admissibility, evaluation and equality of arms, *op. cit.,* p. 23, sustentam que se a confiabilidade for questionável, a prova será considerada como tendo pouca ou nenhuma força probatória e vice-versa. Temos para nós que confiabilidade e força probatória serão questões diferentes. Para o justificar julgamos ser suficiente pensar nas provas genéticas com aplicação da tecnologia de DNA, cuja confiabilidade é muito alta, mas que pode ter uma força probatória muito distinta consoante os casos concretos em que é produzida (p. ex. se num caso de violação os vestígios biológicos não têm qualquer correspondência com o suspeito então a prova de DNA terá uma força probatória elevada da sua inocência; mas se há correspondência e o suspeito confessa uma relação sexual com a vítima mas diz ter sido consentida, então a força probatória será menor) - cf. VÁZQUEZ, Carmen - *La prueba pericial: entre la deferencia y la educación, op. cit.,* p. 250.

[951] Confrontamo-nos aqui, mais uma vez, com um tema muito vasto e merecedor de uma investigação mais aprofundada. Não nos sendo possível desenvolvê-la aqui, julgamos apesar disso pertinente referir que o standard de prova consiste numa regra de decisão que indica o nível mínimo de corroboração de uma hipótese para que esta possa considerar-se provada, i. e., para que possa ser aceite como verdadeira. Este critério da suficiência da prova deve pautar-se pela análise sobre a (in)existência de boas razões para justificar a decisão e não propriamente sobre a confiança do julgador já que "[...] expressa uma tentativa de instruir o julgador no que tange ao grau de confiança que a sociedade crê que ele deve utilizar nas suas conclusões factuais" e funciona assim também como um mecanismo que permite determinar e distribuir os erros judiciais na fixação dos factos provados como uma reação do próprio sistema contra a sua falibilidade na determinação do juízo fáctico, facultando modelos de controlo das inferências do juiz e submetendo-as, no âmbito do contraditório, a um juízo crítico comum, garantindo a cientificidade da decisão jurídica. É por esta ordem de razões que o standard de prova adotado para a decisão final no processo penal é muito mais elevado que no processo civil: existe uma opção ética no sentido de que é socialmente preferível uma absolvição falsa do que uma condenação falsa - cf. SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova por Presunção no Direito Civil*. 3ª ed. rev. amp. Coimbra: Almedina, 2917. ISBN 9789894001515; NIEVA FENOLL, Jordi - Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad. *Civil Procedure Review [Em linha].* V3, N 1 (2012). Pp. 3-24. [04.03.2022]. Disponível em http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/nieva-2012b.pdf. ISSN 2191-1339, p. 7. Daí mais uma vez a rejeição da legitimidade da decisão quando aceita acriticamente resultado pericial por não ser tomada à luz do conhecimento da comunidade.

Além disso devemos notar que a informação sobre a validade e fiabilidade das técnicas, métodos e instrumentos empregues e utilizados na prova pericial não pode ser confundida com o grau de corroboração que se considera alcançado em função precisamente da aplicação de dessas técnicas, métodos e instrumentos. Em causa a distinção entre força probatória e standards de prova. Deixamos claro que nem a decisão sobre a força probatória nem sobre os standards de prova competem ao perito. Por isso mais importante se torna juízo discriminativo. Ora, o estabelecimento de standards em determinado campo do conhecimento não é tarefa que cabe ao perito individual, mas às comunidades de peritos, de modo que o perito deve dar conta standard comumente aceite na sua área. O mesmo podemos dizer quando aos standards de prova no campo jurídico: o estabelecimento desses standards não depende de juízes individuais, mas de uma tarefa legislativa adequada. Uma vez disponível o standard de prova aplicável ao caso, o juiz deve integrar o resultado da prova pericial e a avaliação individual da mesma que tenha sido realizada, juntamente com a avaliação das demais provas disponíveis, para determinar se o conjunto de provas permite atingir o limiar probatório exigido na norma por algumas das hipóteses em conflito. E nessa tarefa, deve-se ter o cuidado de não necessariamente pressupor que o standard de prova da área do conhecimento a que pertence o perito que corresponda ao nível de exigência do standard de prova legalmente consagrado. E é justamente nessas regras de decisão que surge o problema. A determinação do standard de prova pressupõe uma decisão de ordem pública sobre o benefício da dúvida que se pretende dar a cada uma das partes envolvidas e, com isso, a distribuição do erro que se pode alcançar em processo judicial. Por sua vez, os standards de prova das diferentes áreas do conhecimento pressupõem também certo consenso na respetiva área sobre a

Por tudo isto não consideramos adequado nem aos fins epistémicos do processo nem ao correto exercício da função jurisdicional aceitar-se que em caso de aceitação do juízo expresso pelo perito o juiz possa simplesmente motivar a sua concordância remetendo para o relatório pericial. Um entendimento deste tipo parece fomentar uma atitude deferencial que desconsidera não só as preocupações que temos vindo a evidenciar, mas também a distinção de tarefas periciais e judiciais e o atropelo dessas competências. Neste quadro em que se tem vindo a aceitar um recebimento burocrático da perícia e que o valor probatório da perícia assente em critérios de índole meramente formal ou no argumento de autoridade, abala-se o exercício da função jurisdicional que o Estado concedeu exclusivamente ao tribunal, já que este acaba delegando tal função a outra entidade e coloca-se em risco a legitimidade da decisão.

A este respeito é muito pertinente o contributo de Carmen Vázquez que diferencia a concordância da deferência e bem revela que estar de acordo com um perito não é o mesmo que deferir nele a decisão: estar de acordo implica que o juiz tenha conhecimento aprofundado sobre a matéria em que o perito apresenta o seu juízo pericial para poder especificar e justificar em que aspetos do seu raciocínio e conclusões são também por si compartilhados[952]. Mas, como vimos, muitas vezes tal não sucede: muitas vezes o suposto acordo de um juiz com o perito nada mais é do que uma fórmula (incorreta) de esconder a deferência porque o juiz vincula-se ao juízo pericial sem aludir a razões substantivas que o justifiquem ou, para utilizarmos uma expressão já por nós

distribuição do risco de erro entre as diferentes hipóteses. Mas não se pode dar como certo que o standard de prova da disciplina a que pertence o perito que participou no processo judicial deve incorporar o mesmo nível de exigência do standard de prova exigido no processo para se dar por provado um determinado facto. Além disso, o perito terá avaliado as hipóteses com base num conjunto de informação e técnicas que esgotam as provas disponíveis no processo, de modo que a satisfação do standard legal de prova supõe a avaliação conjunta de todas as provas admitidas e produzidas. Temos seguido, de perto, as explicações desenvolvidas por VÁZQUEZ, Carmen - *La prueba pericial: entre la deferencia y la educación*, *op. cit.,* p. 355. Pela pertinência do exemplo que apresenta para clarificar esta situação, também a seguiremos. A autora, partindo do art. 7.º da L 721 de 2001 da Colômbia que estabelece que em todos os processos de estabelecimento de paternidade ou maternidade, o juiz ordenará a prática de testes que determinem cientificamente índice de probabilidade superior a 99,9%, questiona: se na respetiva área de conhecimento se considerar que 99,73% seja suficiente para determinar a paternidade praticamente comprovada o juiz deverá exigir a realização de *provas científicas* adicionais até atingir uma probabilidade de 99,99%? Quais seriam as razões jurídicas que poderiam ser invocadas para não declarar a paternidade, quando um standard muito inferior poderia ser considerado na área de conhecimento? Outros meios de prova poderiam aumentar o grau de corroboração até que o standard seja alcançado? Mas considerando o caráter estatístico dos resultados deste tipo de perícia como poderiam ser os mesmos integrados com os resultados de outros meios de prova sem natureza estatística? Diante das dificuldades deste exemplo é importante destacar que se o relatório pericial especificasse não apenas o grau de corroboração da hipótese, mas também a norma aplicável na respetiva área de conhecimento a tarefa do juiz estaria muito facilitada aquando da valoração da prova pericial. Já o referimos na secção 2.1.2. Para Michael Pardo, no plano decisório, a decisão de se considerar provado "p", supondo que a prova pericial foi admitida e praticada, poderá ocorrer em uma das três situações: com base no restante da prova não pericial, o standard de prova correspondente é atendido, independentemente da prova pericial; com base na prova pericial e a demais prova, o standard de prova correspondente é atendido; com base na prova pericial apresentada, o standard de prova correspondente é atendido, independentemente das demais provas que possam estar disponíveis - cf. PARDO, Michael S. - Evidence theory and the NAS report on forensic science, *op. cit.,* p. 380.

[952] Cf. VÁZQUEZ, Carmen - *De la Prueba Científica a la Prueba Pericial*, *op. cit.,* p. 265. Fazendo apelo ao "argumento de autoridade" desenvolvido por Arnauld, Locke e Bentham, refere que esta situação reprime completamente o exercício da faculdade da razão, invocando o caráter conclusivo da autoridade por aproveitamento de um certo tipo de sentimento ou certa reação psicológica relacionada essa autoridade - *ibidem*, pp. 252-255.

referida, o juiz "demite-se"[953] de ajuizar sobre a confiabilidade das informações prestadas, assumindo-as como verdades absolutas.

Não ignoramos que à luz do principio da livre apreciação da prova o juiz tenha liberdade para aceitar o juízo pericial. Mas também não podemos desconsiderar que ao abrigo desse princípio o juiz não está obrigado a ater-se com esse juízo. Para evitar que o perito acabe convertido no juiz dos factos, entendemos que o juiz, ao invés de deferir a decisão de facto no perito, deverá aceitar os seus contributos justificando ter razões epistémicas para o fazer. A questão é, por isso, mais substantiva. Evitar que o perito se converta no decisor dos factos é, sem dúvida, uma das preocupações mais complexas a respeito da prova pericial. Julgamos, apesar disso, ter demonstrado que essa preocupação resulta de um equívoco: não distinguir as tarefas do perito e do juiz[954]. Por isso se enfatiza, nesta atividade, a necessidade de a decisão ser tomada de acordo com critérios que tenham fundamento na qualidade das provas e não nos estados mentais e subjetivos do julgador, mostrando-se então necessário que o juiz perceba os resultados a extrair de cada meio de prova porque só quando assim é está em condições de proferir uma decisão. E como tal não nos parece compaginar-se com a livre apreciação da prova o *argumentum ad ignorantiam* que sugere, implícita ou explicitamente que, a menos que o juiz ou a parte contrária possam provar que a prova pericial não é confiável, o juiz deve aceitá-la como verdadeiro[955].

Além disso não podemos esquecer que o modelo de livre apreciação que vigora entre nós, como sublinhamos anteriormente, exige que a valoração da prova seja racional, centrada no respeito pelas regras da lógica, da ciência e da experiência, e sujeita a motivação. Uma motivação que implica uma valoração da prova como fenómeno cognitivo que ocorre livre de pré-julgamentos, vinculado às regras da racionalidade, e não como fenómeno psicológico de uma consciência que se autodetermina livremente, numa interpretação próxima da tradição francesa de *intime convinction,* que concessiona o irracionalismo[956]. Desta forma, a decisão deverá estar ancorada no

[953] Cf. capítulo 3 da parte IV e mais concretamente em que citamos SOUSA, João Henrique Gomes de - A "perícia" técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial. *Julgar.* Coimbra. ISSN 1646-6853. N 15 (2011). Pp. 27-52, p. 40; VIEIRA, Fernando; BRISSOS, Sofia - Direito e Psiquiatria: um olhar sobre a cultura judiciária na sua intersecção com a psiquiatria. *Julgar.* Coimbra. ISSN 9781646685400. N 3 (2007). Pp. 45-60, pp. 54 e 55. A esse respeito também referimos a expressão "delegação da decisão" - cf. CALHEIROS, Maria Clara - *Para uma teoria da prova.* Coimbra: Coimbra editora, 2015. ISBN 978-989-96672-5-9*, passim* e em especial, p. 140 e SOUSA, João Henrique Gomes de - A "perícia" técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, *op. cit.,* p.52.

[954] Cf. VÁZQUEZ, Carmen - *La prueba pericial: entre la deferencia y la educación, op. cit.,* p. 351.

[955] Cf. VÁZQUEZ, Carmen - *La prueba pericial: entre la deferencia y la educación, op. cit.,* p. 351.

[956] Na célebre explicação de Jorge de Figeuredo Dias aproximamo-nos de uma conceção de " [...] *liberdade de acordo com um dever* - o dever de perseguir a chamada «verdade material» [...]"que por isso deve implicar uma apreciação da prova racional, "[...] recondutível a critérios objectivos e susceptíveis de motivação e controlo..." - cf. DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Processual Penal.* 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. Reimpressão 2004. ISBN 9789723212501, p. 139.

mérito da valoração expressa, impondo-se assim a sua motivação. De resto, este dever de motivar visa exatamente permitir um controlo, não apenas interno, mas também externo, sobre o processo lógico seguido para chegar a uma determinada decisão[957]. Isso significa que a livre apreciação não é compatível com um modelo deferencial em que se permite que seja o perito a dizer "no que acreditar". E que menos ainda automaticamente de aceite essa decisão para daí retirar o que fica provado. Essas decisões revestem fases diferentes da atividade e devem respeitar diferentes preocupações.

Um entendimento que é reforçado pelo facto de uma das justificações para a adoção da livre convicção se relacionar com a essência do processo. O elemento central da apreciação da prova judicial é a adesão do grupo social em cujo âmbito se desenrola o processo, pressuposto que o julgador é algo diferente de um técnico: é o representante da coletividade. Quando se interroga que tipo de controlo pode o juiz desenvolver sobre o correto emprego de noções técnico científicas, a resposta não pode ser senão uma: o mesmo controlo que pode executar a comunidade da qual o juiz é parte e intérprete. Assim se explica porque não se pode pedir a um juiz que tenha uma ciência superior à do perito que lhe permita, para tanto, deixar por sua conta a valoração efetuada por aquele; mas deve-se pedir que controle o grau de aceitabilidade, conforme o conhecimento comum[958]. E por isso se exigirá sempre que o juiz motive a sua decisão.

Adicionalmente consideramos que deferir sem valorar fere o direito à prova na vertente de um direito a uma efetiva valoração da prova e a uma justificação racional da valoração[959]. Este argumento é particularmente relevante porque na maioria das situações para além da prova pericial outros meios de prova são produzidos e na atividade de valoração todos eles devem ser ponderados, tendo o juiz que estabelecer o peso probatório de cada um desses elementos. E as dificuldades aumentam quando o juízo pericial entra em contradição com os outros meios de

[957] Sobre as funções endo e extraprocessual da fundamentação da decisão, *vide* TARUFFO Michele - Note sulla garanzia costituzionale della motivazione. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.* Coimbra. N 55 (1979), pp. 29-38, pp. 31 e ss.

[958] Cf. DENTI, Vittorio - Scientificità della prova e libera valutazione del giudice, *op. cit.,* p. 429

[959] Cf. CANZIO, Giovanni - Prova scientifica, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale. *Rivista Trimestrale* di Diritto e Procedura Civile. Milano. ISSN 0391-1896. N 8 (2005). Pp. 55-79.

prova[960] ou quando são apresentados juízos periciais em sentido divergente[961]. Nestas situações a atividade probatória reveste particular complexidade e a motivação exige especiais cuidados

[960] Nestas situações julgamos que a prova pericial não deve conhecer *a priori* valor probatório superior aos demais meios de prova. Um entendimento diverso para nós não se molda ao princípio da livre apreciação da prova nem aos fins cognoscitivos da prova. Por esses motivos a prova pericial não deve ter preferência em relação a outros meios de prova e o seu resultado deve ser contrastado com as demais provas produzidas, dependendo a sua força probatória da sua confiabilidade, que resulta dos critérios objetivos propostos até aqui. O juiz, portanto, deve ajuizar separadamente a confiabilidade e a força probatória de cada prova produzida e somente após essa análise poderá especificar qual o meio de prova que merece maior valor probatório. Neste sentido, NIEVA FENOLL, Jordi - *La valoración de la prueba, op. cit.,* pp. 303-305.

Não podemos deixar de mencionar a proposta de Marina Gascón Abellán. Analisando concretamente as *provas científicas* e a comunicação dos respetivos resultados através do uso de juízos de probabilidade, a autora sugere a o uso do teorema de Bayes para a atividade de valoração quando o juiz, para além da prova pericial (e mais concretamente científica), tem que valorar no mesmo processo outros meios de prova. A vantagem desta solução é que a teoria bayseana permite estabelecer um método de cálculo com base no qual, diante da necessidade de avaliar a aceitabilidade da hipótese sobre o facto X, poder ser estabelecida a frequência provável de X dentro de uma determinada classe de acontecimentos, levando em consideração a distribuição anterior de eventos. A fórmula bayesiana no processo reside no facto de permitir combinar a informação estatística fornecida por uma *prova científica* com o valor anteriormente atribuído a uma hipótese contestada pelas outras provas (a probabilidade anterior), e o resultado dessa combinação é a probabilidade posterior, que expressa o resultado da valoração da prova. Esta operação permitiria reforçar também a aclaração da distinção de tarefas entre perito e juiz. Acontece que a aplicação de modelos matemáticos na valoração da prova tem sido muito criticada. Num célebre artigo, Tribe aponta sérias críticas à pretensão de um julgamento desta natureza, referindo que este tipo de modelos é propício a erros e equívocos precisamente pela diferente cultura entre a ciência e o Direito, designadamente pela pretensão matemática desses métodos e a sua difícil articulação ao juízo valorativo inerente ao processo judicial (cf. TRIBE, Lawrence H. - Trial by mathmatics precision and ritual in the legal process. *Harvard Law Review* [Em linha]. V 84, N 6 (1971), pp. 1329-1393. [09.08.2022]. Disponível em http://civilstat.com/wp-content/uploads/2016/12/Tribe1971_TrialByMathematics.pdf. Para além disso, não podemos esquecer o quão difícil seria implementar um modelo decisório deste tipo não só porque seria muito difícil que o juiz quantificasse a probabilidade prévia de cada um dos diferentes meios de prova, como o cálculo se revelaria ainda mais complexo quando usado para resolver situações que envolvessem a pluralidade de elementos de prova relativos a uma hipótese, ou exigissem a quantificação de probabilidades de provas indiretas ou de provas de factos complexos. Para além disso, outras críticas foram apontadas, umas relacionadas com a sua (falta de) validade epistemológica no contexto judicial, na medida em que conduziria a resultados contraintuitivos e seria duvidosamente compatível com princípios fundamentais do ordenamento jurídico, como a presunção de inocência. Não negando a seriedade e conveniência dessas críticas, a autora prefere sublinhar que as mesmas não afastam a utilidade do teorema de Bayes, referindo ser de admitir que na valoração coexistam dois conceitos distintos de probabilidade: por um lado, a probabilidade matemática ou estatística, que é usada para quantificar o valor probatório da *prova científica* e é expressa por uma razão de verossimilhança; por outro lado, a probabilidade lógica ou indutiva, que é usado para expressar convicção sobre a hipótese a ser testada à luz de todas as provas e informações disponíveis - cf. GASCÓN ABELLÁN Marina - Prueba Científica: un mapa de retos, *op. cit.,* pp. 23 e ss e GASCÓN ABELLÁN, Marina; LUCENA MOLINA, José Juan; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Joaquín - Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinary, *op. cit.,* p. 6.

[961] O desacordo entre peritos não é, como julgamos ter demonstrado, pouco frequente e pode versar, pelo menos, sobre quais são os factos que se revelam mais relevantes para responder aos quesitos formulados; qual o conjunto de generalizações teóricas ou metodológicas mais adequado aos factos identificados como relevantes e quais as consequências a inferir da aplicação das generalizações acima mencionadas aos factos relevantes (seguimos DWYER, DÉIRDRE - *The judicial assessment of expert evidence*, *op. cit.,* pp. 136 e ss). Sobre a existência, sua inevitabilidade e até conveniência, sugerimos a leitura de DASCAL, Marcelo - The study of controversies and the theory and history of science. *Science in Context* [Em linha]. V 11 (1998), pp. 147-254. [02.07.2022]. Disponível em https://www.cambridge.org/core/journals/science-in-context/article/abs/study-of-controversies-and-the-theory-and-history-of-science/194CCEA6D4D778331DCCF1FCCB4CFAD2. ISBN 02698897, p. 147. A resolução passa em primeira linha por determinar se o acordo é real ou aparente. Sendo um desacordo real a dogmática que se tem dedicado a melhor a compreensão sobre os desacordos entre peritos, tem feito uso do conceito de "par epistémico" (*epistemic peer*) para apontar estratégias para solucionar esse desacordo mediante a procura das razões positivas que a justificação testemunhal exigiria. Assim, nestes termos, uma boa prática começaria por o juiz fazer uma avaliação sobre se os peritos são pares epistémicos: se não forem pares epistémicos, então juiz deverá tomar as informações apresentadas pelo perito com maior autoridade epistémica, sem que fique dispensado da sua responsabilidade epistémica de apreciar devidamente essas informações e de exigir a apresentação de razões epistémicas para nelas acreditar; se o desacordo surgir entre pares epistémicos, então a dogmática aponta uma espécie de acareação como melhor estratégica para solucionar esse desacordo. Nestas situações devem ser procuradas maiores explicações quanto aos métodos utilizados pelos peritos e deverá prevalecer a melhor prova disponível. De esclarecer ainda que dois indivíduos são pares epistémicos se, e somente se, satisfizerem cumulativamente duas condições: tiverem uma familiaridade semelhante com as provas e os argumentos relevantes para o problema em discussão e possuírem autoridades epistémicas semelhantes (aqui se incluindo competência e credibilidade na atuação) - cf. VÁZQUEZ, Carmen - *De la Prueba Científica a la Prueba Pericial*, *op. cit.,* pp. 193 e 194. Como esclarece ainda com pertinência Carmen Vázques nem todas as situações de desacordo entre especialistas podem ser abordadas, muito menos resolvidas com a ideia de "par epistémico" e suas implicações. Existem divergências genuínas entre especialistas que são muito mais profundas e complexas do que a sua familiaridade as necessidades epistémicas do caso, uma vez que se originam em preconceitos ou predisposições teórico-conceituais dos diferentes especialistas. Já o exploramos. Nesse contexto, muitas vezes surge a pergunta: quão objetivo é o conhecimento do perito, pelo menos nos casos em que existem diversas escolas de pensamento? Conclui que estes desacordos genuínos entre os especialistas não afetam a confiabilidade de nenhum dos juízos por eles apresnetados e o problema jurídico é que os juízes não têm capacidade para resolver tal desacordo E, nos casos em que isso aconteça, resta apenas fazer uso do ónus da prova, fundamentalmente quando a prova pericial aí desempenha um papel determinante. Neste sentido também, NIEVA FENOLL, Jordi - *La valoración de la prueba, op. cit.,* p. 302.

Não cremos, por isso que a estratégia da jurisprudência de eleger o juízo pericial por critérios estritamente formais (natureza do perito ou relatório subscrito pelo número maioritário de peritos) seja a adequada. Ainda que se possam revelar critérios pertinentes, entendemos serem de aplicar apenas como critérios subsidiários e não abusivamente utilizados como únicos critérios ou critérios preferenciais. Também rejeitamos a solução por vezes apontada no o direito comparado de nomeação de terceiro perito em litígio porque esse sistema tem dado origem a juízes que

porque o juiz terá que justificar, racionalmente, a qual dos meios de prova atribui maior força probatória. E por isso julgamos também desadequada a tendência por nós verificada na jurisprudência de que em caso de divergência entre a prova pericial e demais meios de prova dever prevalecer a prova pericial por ser (formalmente) de qualidade superior ou de a decisão se encontrar motivada quando o juiz adere ao juízo de uma das perícias sem necessidade de justificar a divergência relativamente ao juízo apresentado nas demais.

De resto este juízo crítico sempre deveria ser realizado porque o juiz pode colocar em crise a base fáctica em que perito alicerçou as suas conclusões.

Por último a aceitação acrítica do juízo pericial deveria ser afastada pela própria natureza falível do conhecimento. Vivemos um tempo de verdadeira rutura da crença de um conhecimento científico perfeito e julgamos ser hora de relevarmos os préstimos da epistemologia que, num plano judicial, nos fazem apelar a uma valoração adequada da prova e à análise do seu grau de formação de conhecimento para o alcance da decisão. Esta nossa conclusão advém ainda do facto de identificarmos uma articulação entre a epistemologia da prova e o conceito epistémico do saber[962]. Considerando então que no âmbito jurídico a verdade cumpre a função de indicador epistémico resultará mais ou menos óbvio que defendamos uma apreciação analítica e holística de todos os elementos de prova que, com impacto no valor cognitivo que o juiz atribui às provas, se revelem cruciais para a avaliação judicial dos factos[963].

Julgamos ainda que, simultaneamente, esta exigência de uma adequada valoração tornaria mais veemente a necessidade de distinção entre as tarefas do juiz e do perito, já que se exige que o juiz justifique "o que acreditar" e "o que decidir" a partir das informações prestadas pelo perito. Igualmente tornaria mais necessária a aplicação das ferramentas da relação dialética na fase da produção da prova porque só compreendendo o juízo pericial é que será possível ao juiz fazer uma valoração adequada e desenvolver uma motivação da decisão.

---

tendem a resolver o dilema assumindo como correto o que a maioria afirma com um argumento meramente quantitativo ou numérico. Mais interessante seria solução adotada nas Civil Procedure Rules do RU (art. 35.12) em que se prevê que em qualquer etapa os tribunais podem ordenar um debate entre os peritos tendo em vista identificar e discutir as questões relacionadas como o procedimento e se é possível chegar a algum consenso. Podemos dizer que legalmente também em Portugal de solicita que no relatório os peritos especifiquem os pontos de divergência e a fundamentem, mas também vimos que nem sempre os peritos se reúnem e nem todos participam ativamente na formulação do juízo pericial. Julgamos que a possibilidade desta solicitação pelo tribunal poderia assegurar maior cuidado na participação dos peritos para esclarecimento da divergência, ainda que pelas mesmas razões tenhamos preferência pela sua presença em audiência.

[962] Cf. GIL, Fernando - Modos da evidência. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998. ISBN 9789722709132, p. 251. Nas suas palavras "saber e justificação são conaturais e a sua conaturalidade fornece um modelo teórico para a prova: a epistemologia da prova articula-se com o conceito epistémico do saber". *Vide* capítulo 1 da parte I.

[963] Cf. RIVELLO, Pier - *La prova scientifica*, *op. cit.,* p. 8.

Mas sublinhamos: o problema não é exatamente se o juiz deve ou não seguir o parecer. I.e., não discutimos se o juiz se pode ou não afastar do juízo pericial, porque é óbvio que é possível. O que está em causa nesta fase é saber se é razoável fazê-lo. Uma resposta a essa questão, como defendemos, exige que o juiz apresente razões objetivas que legitimem a sua decisão de concordar ou divergir do juízo pericial.

Não cremos é que a motivação da decisão esteja completa (ou sequer exista) quando o juiz a remete para a prova pericial omitindo as razões pelas quais considerou os seus resultados confiáveis. Até porque a mera referência como assente dos factos que decorrem do relatório pericial não permite o reexame do processo lógico ou racional que lhe subjaz. A permitir-se que assim fosse voltaríamos a uma autoritarismo processual moderno de tipo tecnocrático que caraterizou a época das provas irracionais e provas legais[964]. Assim se compreende que se imponha ao juiz não apenas o dever de indicar os meios de prova que o convenceram num determinado sentido, mas também o dever de esclarecer os motivos com base nos quais as provas contrárias não são consideradas confiáveis, já que essas poderiam justificar uma conclusão oposta[965].

Esta para nós é uma forma mais adequada de valorar: seja porque assegura efetivamente a devolução da tarefa de julgar ao tribunal, a quem é reconhecida em exclusivo a tarefa jurisdicional, seja porque se assegura que essa tarefa está epistemicamente orientada, pois que para nós e para o nosso modelo e administração da justiça não é aceitável que o juiz seja privado da sua função jurisdicional e o resultado da sentença derive (quase) exclusivamente do juízo do perito[966].

Para finalizar, tudo o que aqui dissemos reforça as reservas que fomos antecipando relativamente à distinta força probatória atribuída ao juízo pericial nas jurisdições civil e penal e, muito concretamente, ao valor reforçado que lhe é atribuído no CPP.

No que diz respeito à distinta força probatória reputamos como débeis as explicações para a atribuição de uma distinta força probatória ao juízo técnico-científico inerente à prova pericial caso seja produzida no domínio do CPP ou do CPC: no nosso entender, a diferente configuração do processo e dos modelos de prova pericial não justificam a maior ou menor qualidade das provas

---

[964] Cf. DENTI, Vittorio - *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, *op. cit.,* p. 430.

[965] RIVELLO, Pier - *La prova scientifica*, *op. cit.,* p. 42.

[966] RIVELLO, Pier - *La prova scientifica*, *op. cit.,* p. 12. Tal como escrito por Clara Calheiros a respeito da interdisciplinaridade "[n]ão se trata aqui de fazer cedências ou concessões a outras áreas de conhecimento, mas, antes pelo contrário, de reivindicar para o jurista a aquisição de competências que o impeçam de abdicar do seu papel perante a autoridade científica de outros..." - cf. CALHEIROS, Maria Clara - A prova como experiência interdisciplinar no direito. In Alexandre Walmott Borges; Saulo de Oliveira Pinto Coelho - *Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*. Uberlândia: LAECC, 2015. ISBN: 978-85-918728-2-4. V. I. Pp. 277-299, p. 280.

consoante a jurisdição e os juízes não dispõem de maior ou menor competência epistémica no processo penal do que no processo civil para apreciar o valor da prova pericial.

Por isso não julgamos como mais adequada a opção de conferir valor reforçado ao juízo técnico-científico quando a prova pericial segue o recorte do CPP.

Em primeiro lugar porque a livre apreciação da prova também se afere na margem de liberdade que é reconhecida ao juiz para divergir do juízo técnico-científico inerente à prova pericial. Ora, o valor reforçado limita essa liberdade.

Em segundo lugar lembramos que se no sistema da livre valoração da prova - que vigora mesmo no caso do art. 163.º do CPP - a apreciação das provas baseia-se fundamentalmente numa noção de "naturalismo sensitivo"[967] ou em "perceções humanas"[968] pelos magistrados. A ser assim, a opção no n.º 2 do art. 163.º do CPP mostra-se desajustada à apreciação da prova pericial, sendo compreensíveis e inevitáveis as dificuldades da articulação da prova apresentada pelos peritos com o escrutínio que da mesma é feita pelo juiz. Se a uns é reconhecida autoridade científica, a outros é reconhecida legitimidade jurídico-política para o exercício da função, que deve ser desempenhada de acordo com o "senso comum judicial"[969]. Exigir então razões de ciência para o afastamento parece desconsiderar esta preocupação com a "competência cognitiva universal"[970] e, pois, a compreensão por parte da comunidade e a legitimidade da decisão.

Em terceiro lugar estamos em crer que o standard de prova mais exigente no processo penal exigiria até uma opção mais próxima daquela que está prevista para o CPC, já que será menos propícia a atitudes deferenciais, que tanto criticamos. É que cremos que estas particulares exigências tendem a favorecer uma atitude deferencial por parte do juiz, aceitando o juízo pericial sem exercer um controlo da qualidade da informação que é prestada. E por vezes até permitindo que o perito invada a esfera de competências da função jurisdicional. Pelo standard de prova mais exigente cremos ser mais adequado seguir-se a ideia popperiana de que um procedimento epistemicamente correto não se alcança apenas na confirmação das teses (princípio da verificação), mas, e principalmente, na ausência prática de refutação das mesmas (princípio da falsificação). A característica base desta reflexão é evidenciada pela importância do método ou do procedimento cognoscitivo, formando uma possível epistemologia processual.

---

[967] Cf, MESQUITA, Paulo Dá - *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1951-7, p. 239.

[968] *Ibidem*, p. 369.

[969] *Ibidem*, pp. 150 e 151.

[970] Cf. capítulo 1 da parte I.

Além disso devemos dizer que, especificamente quanto à força probatória da prova pericial e, mais concretamente, quanto esta reveste natureza científica, se possa argumentar, com base em argumentos difíceis de contestar, que o sistema baseado na livre convicção do juiz com a obrigação de fundamentar mediante um esquema epistemológico seja o mais adequado ao nosso modelo de administração de justiça porque assim se evitará que no processo as opiniões dos peritos assumam quase automaticamente um valor decisivo e incontroverso, indiferente à demais provas, ou que, por outro, acabem sendo reduzidos a um papel injustamente marginal por alguma incompreensão[971].

Cremos, por isso, que o valor reforçado seja um ponto nevrálgico na adesão ritualmente acrítica às conclusões da prova pericial a culminar na atitude deferencial e na delegação da decisão a favor do perito e consequente desresponsabilização da valoração. Tudo com implicações não só no exercício da função jurisdicional, mas também na função cognoscitiva da prova e nos fins epistémicos do processo. Assim, e apesar das dificuldades, a livre valoração sem restrições será o modelo de apreciação e valoração de prova que se revela mais adequado às preocupações epistémicas do processo e à função jurisdicional e, pois, à correta administração da justiça.

[971] Um tal resultado não seria alcançável nem com o critério de prova tarifada nem com o critério da livre apreciação inspirado na íntima convicção: no primeiro seria certamente atribuído à prova pericial e, em particular à *prova científica*, atento o seu alto grau de confiabilidade, um valor vinculativo que impediria o juiz de ponderar outros meios de prova que poderiam sugerir uma atitude muito mais cautelosa na sua aceitação; no segundo, correríamos o risco de as decisões serem tomadas com base em sobrevalorizações irracionais da prova ou, inversamente, com base em desvalorizações igualmente apriorísticas. Pela mesma razão rejeitamos a proposta de Sandra Tavares que defende, relativamente à perícia médico-legal, o afastamento do disposto no n.º 2 do art. 163.º do CPP, por considerarmos que, impedindo a possibilidade de afastamento do juiz ao juízo pericial, converteria o perito no julgador, com necessárias implicações na função jurisdicional - cf. TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica*. S.l.: Eudito, 2017. ISBN 978-989-8856-60-9, pp. 223 a 225.

CONCLUSÕES

A análise que empreendemos permite-nos concluir que o atual regime legal da prova pericial em Portugal não serve adequadamente o modelo de administração de justiça que vigora entre nós.

No decurso da investigação concluímos que diversos fatores concorrem para uma desadequação dos pressupostos jurídicos e epistemológicos em que se funda o regime legal da prova pericial e que a afasta dos seus propósitos cognoscitivos e alavanca uma certa transferência do ofício jurisdicional para o perito.

Aliás, o estudo que desenvolvemos do seu regime legal e da sua aplicação na *práxis* leva-nos a concluir que a prova pericial é um dos meios de prova em que há maior desfasamento entre os propósitos subjacentes ao seu recorte processual e os efeitos alcançados na prática.

-

Num esforço de síntese do que dissemos na parte I, diríamos que assim é porque o prestígio de que goza a ciência de entre os juristas fez com que a prova pericial, sobretudo de natureza científica, sempre fosse sendo acompanhada de uma aura de infabilidade que, ocultando as necessidades de uma reflexão crítica sobre a mesma, ditaria que a sua validade e o seu valor probatório fossem assumidos, pelos juristas, como dogmas de fé.

Mas se tal valor dogmático colhe fundamento, em parte, nesse mito da infabilidade do conhecimento científico, também decorre em larga medida das expectativas que se depositam na ciência, fruto do paradigma da individualização através do qual tradicionalmente os seus resultados são comunicados e que permite que o perito intervenha no processo judicial tomando para si parte das mesmas tarefas decisórias incumbidas ao juiz.

Daqui decorrem alguns riscos reais para o atual modelo de administração da justiça sobretudo porque a prática judicial tem vindo a adotar uma certa atitude deferencial e de aceitação acrítica da participação do perito no processo, numa atitude que a dogmática tem considerado de delegação de competências ou de transferência do ofício do poder jurisdicional para o perito e que, julgamos, afeta as bases sobre as quais se constrói a legitimidade das decisões judiciais.

Assim concluímos porque, por um lado, uma aceitação acrítica é uma aceitação não motivada e que não se compadece com as preocupações epistémicas da prova nem com a livre apreciação da prova; por outro porque uma decisão assim tomada demite e desresponsabiliza o juiz pela decisão final, assumindo o perito o papel decisório num modelo em que diversos princípios impõem o exercício exclusivo da função jurisdicional pelo tribunal.

Esta será uma situação que merece a nossa atenção porque, como verificamos, a crescente produção de conhecimento científico tem vindo a reduzir a esfera de atuação exclusiva do juiz, que agora está cada vez mais dependente da produção e conhecimento especializado pelos peritos para o exercício adequado das funções que lhe são confiadas.

Sucede que o recurso a esta prova nas situações de factos cuja compreensão exige especiais conhecimentos, e por isso de difícil compreensão para o julgador, fragiliza o controle judicial sobre a qualidade de informação apresentada pelos peritos e acarreta um enfraquecimento no sistema de garantias da apreciação dos factos e da aplicação do Direito. Tal resulta não só da falta de autoridade epistémica dos juízes para decidirem em matérias que exigem especiais conhecimentos, mas também da sua incapacidade para reconhecer a falibilidade do conhecimento e ainda da opacidade da atividade pericial e da forma como os resultados são comunicados pelos peritos.

-

Estes riscos que identificamos são comuns a todo o conhecimento especializado produzido ao abrigo da prova pericial e não exclusivos da prova pericial científica.

Esta foi uma conclusão a que chegamos já no desfecho da parte I da investigação. Como aí esclarecemos, muito apesar de inicialmente termos como intento discutir precisamente os desafios preconizados pelas interseções entre Direito e ciência, rapidamente constatamos não se justificar uma distinção entre os desafios decorrentes da dita *prova científica* face à demais prova técnica e especializada desde logo porque, aplicado o problema da demarcação ao nosso objeto de estudo, concluímos que de um ponto de vista epistemológico não se justifica uma diferenciação

entre a prova pericial científica e a prova especializada de natureza não científica e que os riscos que identificamos são comuns a todo o tipo de conhecimento que resulta da produção de prova pericial e não apenas *da prova científica*.

De resto, como então justificamos, a própria expressão *prova científica* pode revelar-se equivocada quando perspetivada como meio de prova em si mesmo porque em boa verdade a ciência e a tecnologia não surgem como sujeitos criadores de novos meios de prova, mas antes como potenciadores de metodologias e técnicas na recolha e análise dos demais meios de prova. Assim, para nós, a *prova científica* é género de prova pericial, com a particularidade de nos momentos de admissão, recrutamento e valoração serem utilizadas ferramentas de conhecimento decorrentes da ciência e da tecnologia, i. e, princípios e/ou metodologias científicas, métodos tecnológicos e/ou dispositivos técnicos cuja utilização requer competências especializadas.

Essa foi a razão pela qual alargamos o objeto da investigação a todo o regime da prova pericial. Trazendo à colação os contributos da epistemologia e a experiência judicial norte-americana, que constitui marco na reflexão em torno da *prova científica,* concluímos então não se revelar necessário nem adequado aos nossos propósitos manter a dicotomia *prova científica* e demais prova de natureza técnica e especializada, e concluímos ainda que mais importante do que a designação do conhecimento, é a qualidade do conhecimento que é produzido no processo o que mais importa. Porque só conhecimento confiável, independentemente da sua natureza científica ou não científica, pode contribuir para a descoberta da verdade.

E assim partimos para a análise do regime da prova pericial no pressuposto de que, independentemente da natureza científica, técnica ou artística do conhecimento produzido ao abrigo da prova pericial, o mais relevante para a sua adequação às preocupações cognoscitivas da prova será que o seu regime de admissibilidade, produção e valoração se revele orientado à confiabilidade do conhecimento.

-

Na parte II, depois de analisados os modelos de prova pericial no CPP e CPC e tecida uma comparação entre os mesmos, concluímos que nestes domínios não está prescrito um único modelo de prova pericial, conhecendo o regime legal uma bifurcação de modelos no domínio cível e penal.

Assim concluímos porque para lá da preferência pela perícia pública/oficial e singular parecem ser mais os pontos dissonantes do que concordantes nas normas processuais que

regulam a prova pericial nos dois domínios. As divergências manifestam-se não apenas a respeito da admissibilidade, mas também da produção e valoração da prova pericial.

Tendo procurado conhecer a justificação para esta bifurcação do regime de prova pericial, concluímos que para além da distinta natureza dos processos e das diferenças estruturais daí inerentes, existem outras razões (ainda que com elas relacionadas) que se colocam a montante do processo penal, relacionadas com problemas de ordem ideológica que moldam as particularidades da prova pericial no CPP. Em causa, uma maior reserva quanto ao exercício da função jurisdicional que se traduz, no nosso objeto de estudo, numa maior abertura à produção de prova pericial e no valor reforçado ao juízo científico que lhe é inerente.

Sendo esta uma questão que se relaciona com o distinto nível de exigência probatória entre as jurisdições penal e civil, o certo é que de um ponto de vista epistemológico não parece que tais diferenças se justifiquem porque, na sua essência, o juiz não tem no domínio cível mais ou menos preparação do que no penal para julgar factos que exigem especiais conhecimentos. Para além disso, também do ponto de vista epistemológico, como tivemos oportunidade de refletir, não se compreende a razão pela qual o mesmo conhecimento revista valor reforçado se for produzido num processo penal: na nossa perspetiva, epistemicamente orientada, o que deveria conferir maior ou menor força probatória não seria a jurisdição em que a prova pericial é produzida, mas apenas e tão só o seu grau de confiabilidade.

-

Depois dos esforços que empregamos na parte III para desenvolvermos uma delimitação da prova pericial face a outros meios de prova e do papel do perito face a outros participantes processuais, refletimos sobre a natureza jurídica da prova pericial como meio de prova do tipo pessoal e não real.

Esta afirmação impõe que destaquemos uma outra conclusão da investigação, que viria a servir como premissa da análise que se lhe seguiu: a prova pericial (com independência das diferenças jurídico-processuais das provas testemunhal e pericial) conhece uma natureza testemunhal.

A base para a afirmação anterior é claramente de natureza epistémica e resulta do facto de as informações periciais ingressarem no processo através de um terceiro e de ser a partir deste que o juiz adquire o conhecimento necessário à boa decisão da causa. Por conseguinte, se o conhecimento que o juiz adquire é um conhecimento por meio de terceiro, somos levados a crer

que mais importante do que definir estratégias para designação do perito, seria questionar como é que o juiz estaria legitimado a adquirir informações prestadas pelo perito. E assim também é porque um dos aspetos mais acutilantes da prova pericial reside no facto de o perito não apresentar no processo apenas a sua perspetiva dos factos, mas poder também, e assim se espera, apreciar ou valorar factos juridicamente relevantes.

Ora, considerada a natureza testemunhal que atribuímos à prova pericial, diríamos que as estratégias a implementar seriam as mesmas que justificam a aquisição de crenças ou conhecimentos através do conhecimento de terceiros em geral.

Recorrendo aos contributos da epistemologia do testemunho, e afastadas as tradicionais teses reducionistas e antirreducionistas sobre esta matéria, por não se revelarem adequadas a um processo judicial comprometido com a descoberta da verdade pelas razões que apontamos no final dessa parte III, concluímos que um modelo de prova pericial que procure servir os fins epistémicos do processo deveria exigir uma postura ativa de todos os sujeitos na apreciação crítica das propriedades epistémicas das informações apresentadas pelo perito. De outra forma: para nós, para que um juiz possa formar a sua convicção com base nas informações prestadas pelo perito é necessário que o perito ofereça ao juiz informações que lhe permitam compreender porque é que seria razoável acreditar na informação por si prestada e é necessário que o juiz exija e obtenha do perito razões objetivas para acreditar nessas informações, devendo apresentá-las no momento em que justifica a aquisição dessas informações.

Com este ponto assente, concluímos que uma prova pericial consentânea com as finalidades do processo exige uma atitude ativa tanto do perito, que tem que fornecer razões para nele se acreditar, mas também do tribunal, que tem que realizar uma avaliação epistémica para determinar a credibilidade e valor explicativo e probatório da prova a valorar.

-

Dedicamos a parte IV à análise da práxis judiciária.

Aí constatamos serem sérios e reais os riscos que apontamos na parte I nas interseções entre a ciência e o Direito, sendo que os mesmos se mostram mais veementes quando as perícias seguem a preferência legal pelo tipo público/oficial ou são delegadas a perito nomeado pelo tribunal do que quando as perícias são realizadas por perito indicado pelas partes.

De facto, da análise jurisprudencial que desenvolvemos e dos retratos traçados na dogmática, ficou para nós bem evidente que apesar de convivermos, em traços gerais, com uma

atitude deferencial que na prática se traduz numa delegação de competências jurisdicionais a favor do perito, tal atitude mostra-se mais premente quando a perícia é de natureza pública/oficial ou realizada por perito escolhido pelo tribunal.

Uma ilação que tem fundamento na tendência jurisprudencial que considera que o primeiro fator (e por vezes o único) a considerar na valoração da prova pericial ser precisamente a sua natureza. Assim é porque, na ausência de ligação com as partes, se presume que o perito oficial, funcionário público ou nomeado pelo tribunal, atuará de forma imparcial e imbuído do dever de cooperar com o tribunal na descoberta da verdade, assegurando por isso uma atuação de acordo com elevados padrões de competência.

Esta estratégia coincide com as preocupações legislativas subjacentes à preferência pela perícia pública/oficial manifestada pelo legislador, cujo fundamento se prende sobretudo com a credibilidade da perícia, que associou à (presumida) imparcialidade e à (presumida) competência do perito selecionado pelo tribunal ou do perito integrado no quadro administrativo das instituições oficiais de peritagem forense.

-

A atitude deferencial que temos vindo a criticar também não satisfaz os peritos que se manifestam muito perplexos com a *auctoritas* que os tribunais lhe reconhecem e com as expectativas que depositam no seu labor.

Em contraciclo com as denúncias por estes trazidas a público, numa tentativa de desmistificar a imagem sacralizada da ciência e dos peritos e de chamar atenção para a necessidade de realização de um controlo mais adequado da confiabilidade das perícias, no plano judicial, seja ela reemergência de uma espécie de ideologia positivista assente nas imagens de objetividade, neutralidade e certeza associadas ao conhecimento científico, seja pelo aumento da perceção de fidedignidade do conhecimento científico, a par do declínio na confiança dos cidadãos no Estado e no sistema de justiça, não surpreende que a ciência e a prova pericial ganhem espaço no nosso quotidiano e surjam como instrumento retórico no discurso judicial.

-

Aquando da comparação dos modelos de prova pericial no CPP e CPC na parte II concluímos que, pelo menos em termos teóricos, é na configuração do CPP que há motivos para maiores preocupações quanto à sua desadequação ao modelo de administração da justiça.

Assim o dissemos porque, perspetivada de um ponto de vista do exercício da função jurisdicional, comparativamente com a regra de admissibilidade do CPC, no domínio do CPP o julgador tem menor poder discricionário para não ordenar a produção de prova pericial, mas assim também concluímos porque neste domínio o juízo técnico-científico inerente à prova pericial se presume subtraído à livre apreciação do juiz, que deverá motivar o seu afastamento mediante a invocação de um juízo igualmente técnico-científico. Mas também o dissemos porque, de um ponto de vista epistémico, esse regime tende a promover uma anuência do juízo judicial ao juízo científico sem controlo da sua confiabilidade.

De toda maneira, conforme verificamos na parte IV, apenas em teoria assim será porque na judicatura a tendência é para uma aproximação do regime de admissibilidade e de valoração previsto no CPC aos processos sujeitos ao CPP, não sendo pouco frequente que os tribunais constatem que, face à autoridade epistémica do juiz para valorar livremente o juízo técnico-científico inerente à prova pericial, seria mais adequado reconhecer que o mesmo lhe está subtraído. E na prática, como evidenciamos, é assim que as conclusões do relatório pericial são incorporadas na decisão judicial: acriticamente e com privilégio probatório especial.

-

Apesar de dizermos não existir um regime único de prova pericial, não julgamos apropriado falar em dois modelos distintos, mas antes em bifurcação dos modelos. Assim entendemos porque notamos um tronco comum: a preferência pela perícia pública/oficial.

Este viria a ser um ponto de partida para a nossa reflexão precisamente sobre a desadequação dos pressupostos jurídicos e epistemológicos em que se funda o regime legal da prova pericial aos propósitos cognoscitivos da prova e às preocupações subjacentes ao exercício exclusivo das funções jurisdicionais pelo tribunal. É que da análise que desenvolvemos em torno do quadro legal do regime da prova pericial no CPP e CPC concluímos que o legislador português procurou resolver por via administrativa os problemas associados à confiabilidade da perícia, articulada à ideia de que o perito público/oficial ou nomeado pelo tribunal deve presumir-se imparcial e competente.

Na prática judiciária constatámos que esta opção tem sido levada ao extremo, a ponto de, como dissemos, a oficialidade do perito ou a ausência de relação destes com as partes ser o primeiro ou por vezes o único elemento ponderado na valoração da prova pericial.

-

Porém, como julgamos ter demonstrado, crer que a confiabilidade do conhecimento produzido pela prova pericial está garantida pela sua oficialidade ou pela nomeação administrativa do perito é um passo demasiado ousado. Efetivamente, como procuramos evidenciar, os critérios de designação do perito público/oficial ou nomeado pelo tribunal oferecem poucas garantias sobre a especialização do perito nomeado e sobre a credibilidade do seu trabalho pericial ou a confiabilidade do conhecimento que transmite. Tais critérios garantem apenas que a forma de nomeação do perito é imparcial, mas não que a sua atuação seja imparcial ou, menos ainda, que os resultados da sua atividade sejam confiáveis.

Como cremos também ter ficado patente nas partes IV e V, a falta de meios técnicos e humanos e sua especialização, a par de outros problemas que identificamos, são realidades que afetam a (falta de) qualidade da perícia e, pois, dos seus resultados.

Para assim concluir analisamos situações concretas e constatamos que a oficialidade da perícia ou a sua realização por peritos indicados pelo tribunal não se deve revelar como o único critério ou o critério mais relevante da sua confiabilidade. É certo que tais critérios garantem a imparcialidade de origem do perito assim nomeado, mas nada dizem sobre outros tipos de (im)parcialidade que possam surgir após a nomeação: um perito imparcial de origem pode sofrer de vieses cognitivos por certas predisposições ou por ter informações deficientes e também pode sofrer um viés motivacional para favorecer uma das partes.

-

Por isso defendemos uma mudança de perspetiva na jurisprudência que exija maior participação de todos os intervenientes processuais em termos de rigor e participação no controlo da forma como se adquirem conhecimentos técnicos e científicos. O verdeiro passo cognitivo do conhecimento pericial não se bastará, no nosso entender, com o ato de designação do perito, com o qual até hoje o tribunal se considera exonerado de proceder a qualquer outra tarefa substancial de verificação da confiabilidade do conhecimento produzido pelo perito.

Assim defendemos porque da reflexão que fomos desenvolvendo nas partes III, IV e V concluímos que para que a escolha do perito seja racional é necessário que se mostre epistemologicamente orientada e para isso é necessário o estabelecimento de critérios substantivos que permitam sobretudo aferir da sua autoridade epistémica.

Não há por isso, no nosso entender, grandes motivos para se preferir a perícia oficial, pública ou realizada por perito nomeado pelo tribunal à perícia realizada por perito indicado pela

parte. Assim entendemos porque, para nós, mais importante do que a natureza da prova pericial será a qualidade da atividade pericial desenvolvida porque é daqui que resultará a confiabilidade dos seus resultados.

Nessa medida, os problemas não radicam (exclusivamente ou sobretudo) em quem é o perito ou na forma como é selecionado, mas antes em como é que o juiz aprende com o perito e como é que este desenvolve a atividade pericial que lhe foi confiada. E dissemos exclusivamente ou sobretudo porque estamos conscientes que a prova pericial de parte sofre de um viés estrutural: é necessariamente favorável à parte que a apresenta.

Apesar disso, entendemos que não se lhe pode reconhecer, *a priori*, menor valor probatório porque nada obsta que haja peritos indicados pelas partes que atuem comprometidos com a descoberta da verdade e por isso de acordo com elevados padrões de qualidade técnica e científica e que os resultados da sua atividade sejam confiáveis.

Ainda assim, não olvidamos que a imparcialidade de origem do perito abra a possibilidade para que a própria introdução do saber pericial se faça com componentes epistemológicos sérios que estabeleceriam uma diferença importante entre o perito selecionado pelo juiz de acordo com critérios de seleção imparcial de origem, desde que de acordo com critérios qualificativos utilizados para sua seleção. E, nesse sentido, mesmo sendo o juiz a nomear o perito, o critério fundamental residiria na autoridade epistémica do especialista.

Tal pressuporia o estabelecimento de critérios de ordem substantiva que derivariam de razões para acreditar na sua competência (manifestada numa atitude cognitiva e motivacional) e não meramente no preenchimento de requisitos formais.

-

Apesar de traçadas as linhas norteadores de um modelo de designação de perícias mais preocupado com a seleção dos peritos confiáveis do que com critérios de seleção imparcial, não podemos deixar de notar que a autoridade teórica do perito e a sua disposição para agir corretamente não serão garantias por si só do não cometimento de erros ou de uma atuação imparcial - bastará pensar nas situações em que o perito tem acesso a apenas parte da informação que seria relevante ou que é um ser humano que atua sem consciência das suas emoções ou estado de espírito. O valor da prova pericial há-de depender, por isso, também da forma como o perito atua.

E isto leva-nos a outra conclusão importante da nossa investigação: ser-se perito é uma qualidade de um sujeito; já a confiabilidade do que esse sujeito afirma é uma qualidade atinente às próprias informações por si prestadas.

Na nossa prática parece existir uma confusão que convida a uma catástrofe inferencial entre alguém a quem se reconhece (formalmente) competência e a confiabilidade do que que é por si referido uma vez que não se assume que competência e credibilidade sejam características independentes.

Por isso, como procuramos deixar claro, não deve existir uma confusão ou aproximação entre as qualidades da pessoa que atua como perito (competência) e a qualidade do seu labor pericial (credibilidade). O primeiro deles é um julgamento de admissibilidade, cuja função é evitar a participação em contexto judicial de peritos sem autoridade epistémica. O segundo é um juízo de valoração da prova produzida.

Tal constatação trará implicações à aplicação da prova pericial porque a partir do momento em que se distinguem estas duas questões torna-se evidente a necessidade de as etapas de admissibilidade e valoração da prova serem tratadas como momentos autónomos e distintos, sem que seja possível que os critérios de designação do perito, a ponderar no momento da admissibilidade, sejam o único ou mais relevante critério a ponderar aquando da valoração da prova pericial.

-

Partindo da experiência norte-americana de produção de *expert testimony* analisada na parte VI e dos contributos de áreas como a epistemologia, bem assim dos problemas que identificamos ao regime da prova pericial e à forma como conhece aplicação na *práxis* judiciária, procuramos apontar na parte VII contributos para o aperfeiçoamento do regime jurídico da prova pericial no ordenamento jurídico português.

Comparado o quadro que verificamos no nosso contexto judiciário e as implicações de um modelo adversarial de perícias, típico da tradição *common law*, concluímos que a solução não passaria por um transplante legal ou sequer pelo afastamento do regime de prova pericial preferencialmente pública/oficial ou realizada por perito nomeado pelo tribunal. Assim entendemos porque muito apesar de criticarmos o modelo de perícia pública/oficial, reconhecemos que quando comparado com um modelo adversarial o mesmo pode oferecer

diversas vantagens caso tomemos mais atenção às necessidades epistémicas do caso do que à mera institucionalização do perito.

Apesar disso, reconhecemos que há algumas práticas da experiência norte-americana que nos poderão auxiliar a apontar pistas para uma valoração de conteúdo substantivo, epistemicamente orientado, que cremos deva ser o aspeto distintivo da prova pericial. Mais do que defendermos um distinto modelo de prova pericial ou de apontarmos uma lista parâmetros para a sua valoração como forma de resolução dos problemas que identificamos ao longo da investigação, consideramos que o caminho mais adequado seja o desenvolvimento de um conjunto de esforços para obter o melhor desempenho dos modelos existentes para enfrentar adequadamente o problema do recurso à prova pericial nos diferentes contextos processuais.

-

Daí partindo, ajuizamos que um modelo de prova pericial adequado aos fins epistémicos do processo não se deve centrar apenas na determinação de critérios para designação de peritos nem na determinação de critérios objetivos e formais para uma adequada valoração das informações por eles prestadas.

Na proposta que desenvolvemos identificamos alguns pontos de reformas para ajudar os juízes a equilibrar a necessidade de exatidão e confiabilidade do processo, mantendo a respetiva estrutura processual.

Um desses pontos passaria por (re)pensarmos parte significativa do modelo de prova pericial, distinguindo as etapas de admissibilidade da prova e da sua valoração, afastando-se aquela que é tendência para se condensar na fase da valoração probatória todos os aspetos inerentes à prova pericial, porque até aqui os critérios que devem ser observados tanto na sua admissão como na sua produção são sugeridos apenas para a atribuição do seu valor probatório. Assim é porque sendo o único requisito de admissibilidade da prova pericial a sua relevância, sem se exigir um controlo específico sobre a sua necessidade, validade e confiabilidade, que se deixa para o momento da valoração, gera-se um itinerário em que a confiabilidade e a validade tendem a confundir-se com o próprio valor probatório.

Tal seria pertinente porque, feita essa distinção, a etapa da admissibilidade poderia funcionar como filtro da qualidade da informação que entrará no processo judicial, na qual seria possível excluir não apenas provas irrelevantes ou ilícitas, mas conhecimento não validado e na

etapa da de valoração as atenções centrar-se-iam na confiabilidade e credibilidade do conhecimento.

-

Propomos então que se estabeleça uma distinção entre estas etapas e que em sede de admissibilidade, a par do controlo da relevância, se exija a realização de um controlo de admissibilidade diferente daquele que é realizado na fase de valoração da prova.

Naturalmente que essa alteração, conforme desenvolvemos detalhadamente na parte VII, exigiria uma política mais restrita de admissibilidade de prova pericial, mas que seria mais consentânea com preocupações de ordem epistémica que exigem critérios mais estritos para admissibilidade deste tipo de prova para além dos critérios gerais da relevância e licitude.

Tais critérios implicariam, a nosso ver, uma ponderação sobre a sua relevância, necessidade, validade e competência. Cada um destes critérios, na forma como propusemos então na parte VII, assume-se epistemicamente orientado e servidor dos propósitos da prova.

Assim e no nosso entender, este juízo deverá assentar sobretudo em critérios objetivos e mostrar-se menos dependente das necessidades epistémicas de um juiz específico relativamente ao conhecimento especializado que a prova pericial pode oferecer. O que importa não será realizar um juízo de prognose sobre o resultado da perícia e se esse resultado poderá contribuir para o esclarecimento efetivo da questão levada a decidir, mas sobretudo um juízo de avaliação sobre a capacidade de o tribunal, os sujeitos processuais e a comunidade, compreenderem devidamente todos os elementos necessários à boa decisão da causa. Daqui decorrerá que não pode ser deixado ampla margem decisória ao juiz para decidir, de acordo com aquela que acredite ser a sua necessidade epistémica. Um limite que sempre será imposição do pressuposto ideológico de que o juiz deve ser o intérprete do corpo social e que será o mais acertado em face das finalidades endo e extraprocessuais do processo judicial (requisitos da relevância e necessidade).

A acrescer a estes requisitos, defendemos que o juízo de admissibilidade de produção da prova pericial deve ser precedido por um filtro sobre a área do conhecimento sobre que se projeta a prova pericial, ficando a sua admissibilidade dependente da sua integração numa categoria válida de conhecimento (requisito da validade).

Além disso também é revelante que neste momento se assegure algum tipo de controlo sobre a capacitação de um sujeito para a atividade pericial de que é incumbido, i. e., é necessário aferir se a pessoa a quem é incumba a tarefa pericial é, efetivamente, um perito (requisito da

competência). E ser-se perito para nós é ser-se dotado de capacidade cognitiva e motivacional. E porque os critérios de seleção e nomeação dos peritos (seja perito oficial, nomeado pelo tribunal ou pelas partes) não se mostram ajustados à necessidade de autoridade epistémica (através da qual também se aferirá a admissibilidade da prova pericial), sugerimos algumas estratégias que devem nortear a sua nomeação. Procuramos aproximar tais estratégias a razões para crer na sua autoridade epistémica relativamente às necessidades naquele caso concreto e não condições formais sobre a sua aptidão para ser nomeado como perito. Com isto não pretendemos defender o afastamento dos critérios de seleção dos peritos tal como previstos nos modelos estudados. Julgamos é que os critérios estabelecidos não podem ser utilizados, por si só, como último reduto para conferir competência ao perito e devem ser epistemicamente orientados a perceber se há razões para acreditar que a pessoa selecionada é competente para satisfazer as necessidades epistémicas do caso. Este juízo, como já adiantamos também, não deve ser confundido com juízo de credibilidade da perícia, que apenas será possível depois de produzida prova pericial e aquando da valoração.

-

Já a respeito da produção, defendemos uma alteração da lógica que atualmente subjaz ao nosso modelo.

Cremos desde logo ser necessário desmistificar a imagem idealizada da ciência e da infalibilidade do conhecimento pericial. Cremos igualmente ser necessário consciencializar os vários atores judiciários de que as fragilidades do estado atual da perícia nas diversas áreas da ciência forense representam uma ameaça tanto para a aplicação eficaz da lei, como para uma eficiente investigação.

Para que assim seja será entre o mais necessário o desenvolvimento de estudos que permitam demonstrar qualitativa e quantitativamente a validade e a confiabilidade dos métodos usados nas ciências forenses, e que estabeleçam também os limites dessa validade e confiabilidade e desenvolvam medidas quantificáveis de incerteza relativamente aos métodos utilizados; ou ainda de estudos relacionados com os vieses cognitivos e os seus efeitos no processo de tomada de decisão pelo perito, voltados para as necessidades de conhecimento de taxas de erro na realização da atividades forenses e a influência dos vieses contextuais na prática dessas atividades, mas também para elaboração de procedimentos operacionais padrão para minimizar, na medida do possível, que esses possíveis vieses sejam fonte de erro na prática forense.

Além disso, sugere-se que, no seguimento do que tem sido defendido no campo das ciências forenses, se substitua o modelo tradicional de comunicação de resultados através do paradigma de individualização pelo paradigma de verosimilhança. Esta superação do paradigma tradicional, para lá de limitar o risco de uma interpretação falaciosa dos resultados assim comunicados (que fazem acreditar ser possível realizar identificações categóricas e irrefutáveis), teria ainda a vantagem de forçar a distinção entre as tarefas do juiz e do perito, demarcando as respetivas funções.

Daqui decorreriam duas consequências com reflexos numa aproximação ao modelo de justiça que atribui a função jurisdicional exclusivamente ao tribunal porque a partir do momento em que não seja mais possível ao perito pronunciar-se nos precisos termos em que o juiz tem que decidir, o trabalho de raciocínio e construção da verdade processual terá que ser assumido pelo juiz, assim se assegurando por um lado a impossibilidade de transferência do oficio jurisdicional para o perito, mas também, e por outro lado, se superando a atitude deferencial por nós muito criticada que aparenta demitir e desresponsabilizar o juiz pela decisão final.

Outros corolários derivariam do que aqui defendemos, tanto para a própria ciência forense, como para prática processual da prova pericial.

Em relação ao primeiro, a principal consequência é, sem dúvida, a necessidade de se continuar a investigar para refinar os modelos de análise de dados e otimizar a sua expressão nos relatórios periciais.

Em relação ao segundo há várias consequências que poderão ser apontadas, como p. ex. o estabelecimento de padrões de conclusões cientificamente rigorosas, pelo menos em laboratórios oficiais, de modo a criar-se uma forte cultura forense que obste interpretações erradas e falácias frequentes; a formulação de critérios mais rigorosos de admissibilidade judicial desta prova baseados em padrões de validade e controlo científico, a fim de evitar entrada no processo de *junk science* (como já defendemos); a alteração da forma como se determina o objeto da perícia, que não seria possível mediante a formulação de quesitos que envolvessem uma resposta categórica, devendo necessariamente preferir-se o desenvolvimento de explicações que servem de base às conclusões e menos a conclusões individualizantes; e ainda a necessidade de uma formação interdisciplinar tanto para peritos para que conheçam o funcionamento de um processo judicial, mas também para juristas para que conheçam os limites da ciência e no caso particular dos magistrados para que, assumindo um papel de *gatekeeper*, tanto no momento de

admissibilidade como de valoração, estejam dotados de conhecimento necessários para desenvolver corretamente a sua função e o controlo deste tipo de prova de natureza especializada - obviamente não se trata de transformar os juízes em "cientistas amadores", mas apenas torná-los capazes de usar apropriadamente este meio de prova.

-

Relacionado com tudo isto, as alterações que propomos implicariam ainda uma distinta perspetiva da prova pericial que, assim configurada, não se poderia reduzir à incorporação de um documento no processo, nem ao solilóquio do juiz ao valorá-lo de acordo com a informação prestada no próprio documento transmitida pelo perito subscritor, que faz culminar numa espécie de argumento circular em que a verificação da autoridade epistémica parece resultar da própria autoridade e em que as razões para acreditar no perito são dadas pelo próprio perito.

A viragem que defendemos provoca importantes alterações no modo de produção da prova pericial porque impõe que a atenção não se centre apenas no relatório pericial, mas na atividade pericial no seu todo e força-nos já a refletir sobre o modo como podemos adquirir conhecimento através de terceiros.

Para nós, como cremos ter já deixado claro, para que um juiz possa formar a sua convicção com base nas informações prestadas pelo perito é necessário que o perito ofereça ao juiz informações que lhe permitam compreender porque é que seria razoável acreditar na informação por si prestada e é necessário que o juiz exija e obtenha do perito razões objetivas para acreditar nessas informações.

Ora, a ser assim, fica impossibilitada a atitude de aceitação acrítica da prova pericial porque a responsabilidade de aquisição de conhecimento assim transmitido é partilhada entre perito e juiz: se o perito não cumpre essa sua tarefa de informar adequadamente sobre os argumentos que permitem assumir como correta a sua informação, o juiz não se encontra justificado a aceitar essa informação, e pois, para se socorrer dela no seu raciocínio probatório tem que justificar a força epistémica do conhecimento produzido pelo perito. E por isso se exige do juiz uma postura ativa de controlo da informação do perito, já que só compreendendo esses argumentos terá adquirido razões positivas apropriadas para aceitar as informações prestadas pelo perito porque só assim se assegura um juízo racional sobre a sua confiabilidade.

Por efeito disso, é então necessário que o perito, no relatório que elabora, ofereça as propriedades epistémicas que os seus enunciados possuem. É sobre estas propriedades que as

atenções se devem centrar, exigindo-se designadamente que o perito forneça os factos que estão na base do juízo pericial para que possa ser apreciado se tal base factual é adequada ao desempenho da tarefa e se suporta as conclusões; que apresente explicações concisas e claras sobre os métodos e técnicas utilizadas para que possam ser compreendidas por todos aqueles a quem se dirigem e que devem ajuizar da confiabilidade dos resultados apresentados; e que apresente informações empíricas sobre a fiabilidade das técnicas por si utilizadas e informações sobre divergências na comunidade relativas a qualquer aspeto do seu labor.

Conhecendo tais elementos seria então possível aferir a credibilidade da perícia em função daquela que foi a atuação pericial e seria depois possível aferir-se adequadamente da confiabilidade dos seus resultados. Para isso, exigir-se-ia um maior cuidado na elaboração do relatório pericial e implementação de uma estrutura-tipo para todos os relatórios que possa ser adaptada às circunstâncias de cada caso, como propusemos.

-

O que ressalta de todas as preocupações que agora realçamos é a necessidade de a confiabilidade do juízo pericial (que decorre não só das qualidades técnico-científicas e procedimentais, mas também das atitudes cognitiva e emocional do perito) exigir maiores cuidados no seu escrutínio, menos centrado nas suas conclusões e mais na descrição e explicação pormenorizada dos factos e da metodologia que sustentam essas conclusões. Este escrutínio exigiria ainda que se encetassem estratégias para o exercício efetivo de um contraditório.

Para nós o contraditório será ferramenta essencial para aproximar a prova pericial da realização da justiça porque se revelará como ferramenta cognoscitiva essencial à adequada avaliação da confiabilidade da informação transmitida pelo perito. Um contraditório que pressupõe uma postura ativa de todas as partes envolvidas e que será possível à luz das exigências que apontamos ao relatório pericial e da imposição da regra geral de o perito participar oralmente na discussão dos factos.

Assim o defendemos porque cremos que o reforço do contraditório permitiria uma efetiva consciência da fragilidade da prova pericial, mas também promoveria numa maior qualidade da prova pericial produzida e incentivaria o desenvolvimento de estudos empíricos sobre a qualidade do conhecimento produzido nos tribunais e permitiria não só o seu avanço, como também uma melhor utilização em contexto judicial.

Nos moldes como configuramos, o contraditório deverá centrar-se menos nas particularidades do perito como fonte de conhecimento, mas sim nas fontes de justificação epistémica das informações prestadas por essa fonte de informação. Porque essas é que permitem aferir da força epistémica do testemunho e cumprir os propósitos da prova.

-

Para além disso, como desenvolvemos e argumentamos na parte VII, julgamos também mais vantajosa a preferência pela colegialidade das perícias, ao invés da preferência pela sua singularidade, e criticamos que a colegialidade possa ser afastada exclusivamente pelo valor da ação, como acontece ao abrigo das regras processuais do CPC, por tal diferença de regime não se compadecer com os fins epistémicos do processo, que valem independentemente do seu valor.

Julgamos que as alterações que propomos, para além de tudo quanto já dissemos, teriam ainda a vantagem de pressionar os peritos a atuarem de acordo com os mais altos padrões de qualidade, elevando-se por efeito a qualidade da prova produzida, com significativos efeitos numa possível aproximação à descoberta da verdade.

-

Tudo o que até aqui dissemos tem implicações na valoração da prova.

Efetivamente, as alterações propostas exigem que nesta etapa o juiz assuma um papel ativo e exerça verdadeiramente função jurisdicional, quebrando-se a atitude reverencial e deferencialista da prática judicial que se basta com a mera remissão da decisão para o relatório pericial, no qual se funda, muitas vezes, sem qualquer motivação.

Assim é desde logo porque perspetivada a prova pericial com natureza pessoal e cunhada por cariz testemunhal, se exigirá que o juiz exponha as razões objetivas que justificam a sua adesão ao relatório pericial.

Mas assim também é porque a comunicação dos resultados à luz do paradigma da verosimilhança impede que o perito se pronuncie nos mesmos termos que só compete ao juiz pronunciar-se, assim se salvaguardando que o primeiro responde a perguntas do tipo “o que nos dizem os dados” e o segundo responde a perguntas do tipo “no que acreditar” e “o que fazer”, pois que contendem já com questões relacionadas com os standards de prova.

Uma exigência que já decorreria das preocupações epistémicas, mas também por razões institucionais, e que não se mostra asseverada na prática atual deferencialista que, além de tudo isso, fere ainda o direito à prova na vertente de um direito a uma efetiva valoração da prova.

Por isso reforçamos que não consideramos adequado nem aos fins epistémicos do processo nem ao correto exercício da função jurisdicional permitir-se que, em caso de aceitação do juízo expresso pelo perito, o juiz possa simplesmente motivar a sua concordância remetendo para o relatório pericial. Um entendimento deste tipo parece fomentar uma atitude deferencial que desconsidera não só as preocupações que temos vindo a evidenciar, mas também a distinção de tarefas periciais e judiciais e o atropelo dessas competências.

Neste quadro em que se tem vindo a aceitar um recebimento burocrático da perícia e que o seu valor probatório assenta em critérios de índole meramente formal ou no argumento de autoridade, abala-se o exercício da função jurisdicional que o Estado concedeu exclusivamente ao tribunal, já que este acaba delegando tal função a outra entidade. A legitimidade da decisão está neste cenário posta em causa.

Como reiteradamente fomos sublinhando, a decisão judicial deverá estar ancorada no mérito da valoração expressa, impondo-se assim a sua motivação.

-

Também por isso discordamos da distinta força probatória atribuída ao juízo pericial nas jurisdições civil e penal e, muito concretamente, do valor reforçado que lhe é atribuído no CPP: no nosso entender, para além de a diferente configuração do processo e dos modelos de prova pericial não justificarem a maior ou menor qualidade das provas consoante a jurisdição, não constatamos que os juízes disponham de maior ou menor competência epistémica no processo penal do que no processo civil para apreciar o valor da prova pericial.

Para além disso, o valor reforçado que é reconhecido à prova pericial no CPP fere o princípio da livre apreciação da prova, ainda que não o afaste, porque a livre apreciação também se afere na margem de liberdade que é reconhecida ao juiz para divergir do juízo técnico-científico inerente à prova pericial.

Ora, no caso da prova pericial produzida nos processos que seguem a tramitação do CPP, o afastamento revela-se muito difícil porque se exige que o juiz fundamente o seu distanciamento através de argumentos de natureza técnica e científica.

Mas para esta nossa crítica também concorrem argumentos relacionados com as preocupações extraprocessuais do processo judicial e com a legitimidade da decisão porque cremos que o valor reforçado seja um ponto nevrálgico na adesão ritualmente acrítica às conclusões da prova pericial, a culminar na atitude deferencial e na delegação da decisão a favor

do perito e consequente desresponsabilização do juiz na valoração da prova. Tudo com implicações não só no exercício da função jurisdicional, mas também nos fins epistémicos do processo. Defendemos, por isso, a revogação do art. 163.º do CPP.

-

Julgamos que estas preocupações que expressamos podem operar como um incentivo para as partes e o tribunal tomarem como necessário um controlo mais rigoroso da prova que pode interferir na tomada de decisão judicial.

O que aqui dissemos e os critérios que apontamos serão no nosso entender tanto aplicáveis às jurisdições penal e civil porque a questão que nos ocupa é de ordem epistemológica e conhece preocupações comuns nos dois domínios, não se antevendo como já referimos que a dependência epistémica seja maior ou menor em qualquer um deles.

-

Cremos que os contributos que apontamos para aperfeiçoamento do regime, repensando os modelos à luz de critérios epistemicamente orientados e que devolvem o exercício da função jurisdicional ao tribunal, serão caminho para a (re)aproximação a um exercício adequado da administração da justiça.

REFERÊNCIAS CITADAS

DOUTRINA

AAVV - Direito e Ciência - D&C [Em linha]. Belo Horizonte: Editora Expert, 2022. 20.02.2023. Disponível em https://experteditora.com.br/direito-e-ciencia-dc/. ISBN 978-65-89904-62-5.

ABEL LLUCH, Xavier - La prueba pericial. In ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan - *La prueba pericial*. Barcelona: Bosch, 2009. Pp. 15-248.

ABELLÁN GÁSCON, Marina - Prueba científica: mitos y paradigmas. In *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* [Em linha]. V 44 (2010). Pp. 81-103. [16.08.2022]. ISSN 0008-7750.

ABREU, Carlos Pinto de - Prova e meios de obtenção de prova: breve nota sobre a natureza e o regime dos exames no processo penal. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *I Congresso de Processo penal.* Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 9789724023908. Pp. 257-284.

ABREU, José Luís Pio - *Como tornar-se doente mental*. 2.ª ed. Coimbra: Quarteto editora, 2001. ISBN 9789722031516.

ADVISORY COMMITTEE ON EVIDENCE RULES [Em linha]. New York, 1998. [02.01.2020]. Disponível em https://www.uscourts.gov/sites/default/files/2019-05-evidence-agenda-book.pdf.

ADVISORY COMMITTEE ON RULES OF EVIDENCE - *Advisory Committee on Rules of Evidence Spring 2019 Meeting* [Em linha]. Washington, s.n.: 2019. [13.01.2020]. Disponível em https://www.uscourts.gov/sites/default/files/2019-05-evidence-agenda-book.pdf.

AGULHAS, Rute; ANCIÃES, Alexandra - Como fazer uma perícia psicológica em 15 minutos. *Público* [Em linha]. [23.10.2019]. Disponível em https://www.publico.pt/2019/10/23/sociedade/opiniao/pericia-psicologica-15-minutos-1891022 [03.03.2022].

ALBERGARIA, Pedro Soares de - Aspectos judiciários da problemática da inimputabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra. V 14, N 3 (2004). Pp. 381-396.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* 4ª ed. act. Lisboa: Universidade Católica, 2018. ISBN 978-972-54-0228-3.

ALMEIDA, Carlota Pizarro - *Modelos de inimputabilidade: da teoria à prática.* Coimbra: Edições Almedina, 2000. ISBN 9789724012674.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende - *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. ISBN 9788571477940.

ALMEIDA, Maria Cândida - Das perícias e do crime organizado. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *III Congresso de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 9789724028149. Pp. 219-229.

ALVES, Tiago Rodrigues - Ministério Público obrigado a pedir autorização para perícias. *Jornal de notícias* (18.05.2019). [09.08.2022]. Disponível em https://www.pressreader.com/portugal/jornal-de-noticias/20190518/281857234993675.

AMÂNCIO, L. - Identidade social e relações intergrupais. In VALA, J.; MONTEIRO, M. B. - *Psicologia Social.* 5.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. Pp. 387-409.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de - *Direito Processual Civil*. 14ª. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7678-2.

AMERICAN BAR ASSOCIATION - *Civil Trial Practice Standards* [Em linha]. S.l., s.n.: 2007. Disponível em https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/litigation/ctps.pdf. [20.01.2020].

AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWERS - *Standards and procedures for determining the admissibility of expert evidence after* Daubert . S.l.: American College of Trial Lawyers, 1994.

ANDERSON, Terence - Análisis de la Prueba. Madrid: Marcial Pons, 2015. ISBN 978-84-16402-63-2.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William – Analysis of Evidence. Cambridge: cambridge university press, 2005. ISBN 13 978-0-511-12725-0.

ANDRADE, Manuel da Costa - *"Bruscamente no verão passado": a reforma do Código de Processo penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1726-1

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfeto - Sobre a formação racional da convicção judicial. *Julgar*. Coimbra. ISSN 2183-3419. N 13 (2011). Pp. 155-173.

ANSANELLI, Vincenzo - El modelo italiano de la *consulenza tecnica d'ufficio.* Falta de caracterización probatória de los instrumentos de la adquisición del conocimiento científico en el proceso civil. In Picó i Junoy, Joan - *La prueba pericial a examen: Prupuestas de lege ferenda* [Em linha]. Barcelona: Editora JM Bosch, 2020. [10.01.2023]. pp. 241-254. Disponível em https://vlex.es/vid/modelo-italiano-consulenza-tecnica-876405895. ISBN 9788412210651.

ARANHA, Adalberto José Camargo - *Da prova no processo penal*. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 9788502055360.

ARONSON, Jay D. - DNA fingerprinting on trial: the dramatic early history of a new forensic technique. *Endeavour* [Em linha]. V 28, N 3 (2005), pp. 126-131. [10.06.2022]. Disponível em https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/16087235/. ISSN 0160-9327.

ASANOFF, Sheila J. - What judges should know about the sociology of science. *Jurimetrics* [Em linha]. V 32, N 3 (1992), pp. 345-359. [12.01.2020]. Disponível em https://www.jstor.org/stable/29762258?seq=1. ISSN *ISSN* 0897-1277.

ASJP - *Parecer apresentado em fase de discussão da Proposta de Lei 113/XII, de 24.01.2013* [Em linha]. [05.08.2022]. disponível em https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e4554456376524739 6a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627939685a446b784d57526c5a4330795a6a4a684c5451774f574574596a426b4e5330354f5463784e3249324d7a4a685a5449756347526d&fich=ad911ded-2f2a-409a-b0d5-99717b632ae2.pdf&Inline=true.

ASSOCIATION OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK - *REPORT OF THE SPECIAL COMMITTEE ON THE FEDERAL LOYALTY-SECURITY PROGRAM*. NEW YORK: DODD, MEAD & COMPANY, 1956.

ATIENZA, Manuel - Sobre la argumentación en materia de hechos: comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez. *Jueces para la democracia.* Madrid. ISSN 1133-0627. V 22 (1994), pp. 82-86.

AWN, McQuiston-Surrett; SAKS, Michael J. - The testimony of forensic identification science: what *expert witness*es say and what factfinders hear. *Law and Human Behavior* [Em linha]. V 55 (2009), pp. 436-453. [05.12.2029]. Disponível em

https://www.researchgate.net/publication/24175922_The_Testimony_of_Forensic_Identification_Science_What_Expert_Witnesses_Say_and_What_Factfinders_Hear. ISSN 1573-661X.

BABITSKY, Alex *et al.* - *National Guide to Expert Witness Fees and Billing Procedures*. Falmouth: SEAK, Incorporated: 2009. ISSN 1892904357.

BARREIROS, José António - Do juiz como perito dos peritos ao perito como juiz dos juízes: a perícia no novo Código de processo penal. In CEJ - *Cadernos do CEJ: Criminalidade e Cultura.* Lisboa: CEJ, 1992. ISBN 972-9122-11-3. V II, N 1/91. Pp. 51-57.

BAUMAN, Zygmunt – *Modernidade líquida.* Rio de Janeiro: Zahar, 2011. ISBN 978-85-378-0772-9.

BAYLES, M. - The justification of administrative authority. In PENNOCK J. R.; CHAPMAN, J. W. J. W. - *Nomos XXIX: authority revisited*. New York & London: New York University Press, 1987. Pp. 287-301.

BEECHER-MONAS Erica - The heuristics of intellectual due process: a primer for triers of science. *New York University Law Review* [Em linha]. N 75 (2000), pp. 1563-1657. [29.08.2022]. Disponível em https://core.ac.uk/download/pdf/212888257.pdf. ISSN 0028-7881.

BEECHER-MONAS, Erica - Blinded by Science: how judges avoid the science in scientific evidence. *Temple Law Review* [Em linha]. V 71 (1998), pp. 55-102. [17.09.2022]. Disponível em https://digitalcommons.wayne.edu/lawfrp/367.

BEECHER-MONAS, Erica - *Evaluating scientificc evidence: an interdiscipliary framework for intellectual due process*. New York: Cambridge University Press, 2007. ISBN 978-521-67655-7.

BEETY, Valena Elizabeth - Identifying the culprit in wrongful convictions. *Tennessee Law Review* [Em linha]. V 82 (2015), pp. 975-1005. [10.01.2022]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/321386840_Identifying_the_Culprit_in_Wrongful_Convictions. ISSN 0040-3288.

BENNER, Jennifer - Establish a Transparent Chain-of-Custody to Mitigate Risk and Ensure Quality of Specialized Samples. *Biopreserv Biobank* [Em linha]. V 7, N 3 (2009). Pp. 151-153. [15.08.2022]. Disponível em https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/24835881/. ISSN 1947-5543.

BENTHAM, Jeremy - *An introductory view of the rationale of evidence: for the use of non-lawyers as well as lawyers*. V 6. Edinburgh: Bowring and Mill, 1812. Part I.

BERGER, Margaret - The Supreme Court trilogy on the admissibility of expert testimony. In Federal Judicial Center - *Reference Manual on Scientific Evidence* [Em linha]. 3rd. ed. Washinston: The National Academies Press, 2011. [13.01.2010]. Disponível em https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/sciman0b.pdf. ISBN 0-309-21421-1. pp. 9-38.

BERNSTEIN, David E. - Expert witnesses, adversarial bias, and the (partial) failure of the Daubert revolution. *Iowa Law Review* [Em linha]. V 93 (2008), pp. 452-490. [10.12.2020]. Disponível em https://ssrn.com/abstract=963461. ISSN 0021-0552.

BERNSTEIN, David E. - Frye, Frye, again: the past, present, and future of the general acceptance test. *Jurimetrics.* [Em linha]. V 41, N 3 (2001), pp. 385-408. [20.12.2019]. Disponível em https://ssrn.com/abstract=262034. ISSN 0897-1277.

BERNSTEIN, David E.; JACKSON, Jeffrey D. - The Daubert Trilogy in the States. *Jurimetrics* [Em linha]. V. 44 (2004), pp. 1-19. [20.12.2019]. Disponível em https://ssrn.com/abstract=498786. ISSN 0897-1277.

BERNSTEIN, David E.; LASKER, Eric G. - Defending Daubert: it's time to amend federal rule of evidence 702. *William & Mary Law Review* [Em linha]. V 57, N 1 (2015), pp. 1-48. [17.01.2020]. Disponível em https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/LS1529.pdf. ISSN 2374-8524.

BOUCHARD, Jean-Pierre - Para uma reforma da perícia psiquiátrica e da perícia psicológica em França (e na União Europeia). In FONSECA, António Castro - *Psicologia e justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 9789724037288. Pp. 155-174.

BOUDREAU, Cheryl; MCCUBBINS, Mathew - Nothing but the truth? Experiments on adversarial competition, *expert testimony*, and decision making. *Journal of Empirical Legal Studies* [Em linha]. V 5, N 4 (2008), pp. 751-789. [10.12.2019]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1094029. ISSN 1740-1461.

BRAGA, Armando - *Reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*. Almedina: Coimbra, 2005. ISBN 9789724026930.

BRASWELL, Anne Lawson - Resurrection of the ultimate issue Rule Federal Rule of Evidence 704 (b) and the insanity defense. *Cornell Law Review* [Em linha]. V 72 (1987), pp. 620-640. [10.12.2019]. Disponível em https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol72/iss3/8/. ISSN 00108847.

BRAZ, José - *Ciência, Tecnologia e Investigação criminal: interdependências e limites num Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-5973-3.

BRAZ, José Alberto Campos Braz - *Evolução histórica da prova em processo penal: do pensamento mágico à razão* [Em linha]. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2017. Tese de Doutoramento. [09.06.2022]. Disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37100/3/ulfd135579_tese.pdf.

BRENNAN, Michael et. all. - *Finding and Researching Experts and Their Testimony* [Em linha]. 2.nd ed. S.l.: LexisNexis, 2009. [12.12.2019]. Disponível em https://www.lexisnexis.com/documents/pdf/20071211111707_large.pdf.

BRITO, Mário de - *Código Civil Anotado*. [S.l. s.n], 1967.

BUCHANAN, Alec - Psychiatric evidence on the ultimate issue. *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* [Em linha]. V 26, N 36 (2006), pp. 14-21. [10.09.2019]. Disponível em http://jaapl.org/content/34/1/14. ISSN 1093-6793.

BUTLER, John - The future of forensic DNA analysis. *Philosophical transactions of the Royal Society of London* [Em linha]. (2015). [13.05.2022]. Disponível em https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4580997/. ISSN 2053-922.

CABRITA, Eduardo - Repensar a formação dos magistrados. In AAVV - *Que formação para os magistrados de hoje?*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2000. ISBN 972-9363-06-4. Pp. 107-119.

CALAMANDREI, Piero - *Derecho Procesal Vivil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa, 1973. I.

CALAMANDREI, Piero - *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados.* Trad. Ary dos Santos. 7ª. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971.

CALHEIROS, Maria Clara - A prova como experiência interdisciplinar no direito. In Alexandre Walmott Borges; Saulo de Oliveira Pinto Coelho - *Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*. Uberlândia: LAECC, 2015. ISBN: 978-85-918728-2-4. V. I. Pp. 277-299.

CALHEIROS, Maria Clara - *Para uma teoria da prova.* Coimbra: Coimbra editora, 2015. ISBN 978-989-96672-5-9.

CALHEIROS, Maria Clara - Prova e verdade no processo judicial: aspectos epistemológicos e metodológicos. *Revista do Ministério Público.* Lisboa. ISSN 0870-6107. N 114, Ano 29 (2008), pp. 71-84.

CAMARGO, Margarida Lacombe - Law and science in public hearings: between the legislator's discretion and scientific (un)certainty of the Brazilian Federal Supreme Court. In GALUPPO, Marcello et all (eds) - Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies: Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigunf für Rechtsund Sozialphilosophie [Em linha]. Belo Horizonte : Initia Via, 2015. [22.03.2023]. Pp. 1533-1538. Disponível em https://www.researchgate.net/profile/Daniel-Menezes-8/publication/300280671_Is_there_a_Marxist_presence_in_the_1988_Brazilian_Constitution/links/5a724726458515512075e3e0/Is-there-a-Marxist-presence-in-the-1988-Brazilian-Constitution.pdf#page=1532. ISBN 978-85-64912-59.

CAMARGO, Margarida Lacombe - The use of scientific arguments: thinking like an expert. In GALUPPO, Marcello et all (eds) - Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies: Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigunf für Rechtsund Sozialphilosophie [Em linha]. Belo Horizonte : Initia Via, 2015. [22.03.2023]. Pp. 1213-1220. Disponível em https://www.researchgate.net/profile/Daniel-Menezes-8/publication/300280671_Is_there_a_Marxist_presence_in_the_1988_Brazilian_Constitution/links/5a

724726458515512075e3e0/Is-there-a-Marxist-presence-in-the-1988-Brazilian-Constitution.pdf#page=1532. ISBN 978-85-64912-59.

CANZIO, Giovanni - Prova scientifica, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano. ISSN 0391-1896. N 8 (2005). Pp. 55-79.

CARDOSO, A. Eurico Lopes - *Projectos de revisão do Código de Processo Civil: III - Disposições gerais do Processo, Processo de Declaração*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1960.

CARMO, Rui do - A prova documental e a prova pericial no Código de Processo Penal: o regime e alguns aspectos práticos. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *I Congresso de Processo penal.* Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 9789724023908. Pp. 381-393.

CARMO, Rui do - Prova pericial: enquadramento legal. In GONÇALVES, Rui Abrunhosa; MACHADO, Carla - *Psicologia forense*. Coimbra: Quarteto, 2005. ISBN 989-558-074-6. Pp. 33-54.

CARNELLUTI, Francesco - *La prova civile.* Roma: Athenaeum, 1915.

CASTELLS, Manuel - *The network society: a cross-cultural perspective*. Cheltenham: Edward Elgar, 2005. ISBN 978-1845424350.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e - *Manual do Processo Civil Ordinário em Primeira Instância*. 2.ª ed. Coimbra: Imprensa Académica, 1901.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e - *Theoria das provas e a sua aplicação aos actos civis*. Braga: Livraria Internacional, 1880.

CAUDILL, David S. - Lawyers judging experts: oversimplifying science and undervaluing advocacy to construct an ethical duty? *Pepperdine Law Review* [Em linha]. V 38 (2011), pp. 675-710. [16.01.2020]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1874947. ISSN 0092-430X.

CAUDILL, David S.; REDDING, Richard - Junk Philosophy of Science?: The paradox of expertise and interdisciplinarity in Federal Courts. *Washington and Lee Law Review* [Em linha]. V 57 (2000), pp. 685-766. [21.06.2021]. Disponível em https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol57/iss3/3/.

CECIL, Joe; WILLGING, Thomas E. - Accepting Daubert's invitation: defining a role for court-appointed experts in assessing scientific validity. *Emory Law Journal* [Em linha]. V 43, N 3 (1994), pp. 995-1017. [24.01.2020]. Disponível em https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/emlj43&div=32&id=&page=. ISSN 0094-4076.

CHAMPOD, Christophe; VUILLE, Joëlle - Scientific evidence in Europe: admissibility, evaluation and equality of arms. *International Commentary on Evidence* [Em linha]. V 9, N 1 (2011), pp. 1-69. *[01.09.2021]. Disponível em* https://core.ac.uk/download/pdf/85212846.pdf. ISSN 1554-4567.

CHARLES, Bradford H. - Rule 706: an underutilized tool to be used when partisan experts become "hired guns". *Villanova Law Review* [Em linha]. V 60 (2016), pp. 941-954. [12.12.2019]. Disponível em https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol60/iss5/3/. ISSN 0042-6229.

CHASE, Oscar G. - American "exceptionalism" and comparative procedure. *American Journal of Comparative Law* [Em linha]. V 50 (2002), pp. 277-329. [10.12.2019]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=306759. ISSN 0002-919X.

CHENG, Edward K. - Same old, same old: scientific evidence past and present. *Michigan Law Review* [Em linha]. V 104 (2006), pp. 1387-1402. [01.12.2019]. Disponível em https://law.vanderbilt.edu/files/publications/Cheng-Ed-Same-Old-Same-Old.pdf. ISSN 0026-2234.

CLERMONT, Kevin - Standards of Proof Revisited. *Vermont Law Review* [Em linha]. V 33 (2009), pp. 469-487. [10.06.2022]. Disponível em https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=facpub. ISSN 0145-2908.

COLE, Simon; DIOSO, Rachel - Law and the lab: do tv shows really affect how juries vote? Let's look at the evidence. *The Wall Street Journal* [Em linha]. (13.05.2000). [20.05.2021]. Disponível em https://web.archive.org/web/20130928024803/http://truthinjustice.org/law-lab.htm.

COLE, Simon; DIOSO-VILLA, Rachael - CSI and its effects: media, juries, and the burden of proof. *New England Law Review* [Em linha]. V 41 (2007), pp. 435-470. [10.06.2022]. Disponível em

https://research-repository.griffith.edu.au/handle/10072/59140. ISSN 0028-4823.

COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY; NATIONAL RESEARCH COUNCIL - *Strengthening forensic science in the united states: a path forward* [Em linha]. Washington: The National Academies Press, 2009. [21.06.2021]. Disponível em https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf. ISBN 0-309-13131-6.

COMMITTEE ON RULES OF PRACTICE AND PROCEDURE OF THE JUDICIAL CONFERENCE OF THE UNITED STATES - *Report of the Advisory Committee on Evidence Rules to the Standing Committee on Rules of Practice and Procedure* [Em linha]. Washington, s.n.: 1999. [09.12.2019]. Disponível em http://perma.cc/CS23- DNGX.

CONSELHO SUPERIOR DE MAGISTRATURA - *2006-84/D: Instituto Nacional Medicina Legal. Deliberação da Sessão permanente Ordinária de 05.07.2011*.

COPE, Sophia - Ripe for revision: a critique of federal rule of evidence 706 and the use of court-appointed experts. *Gonzaga Law Review* [Em linha]. V 39 (2003/2004), pp. 163-196. [10.01.2020]. Disponível em http://blogs.gonzaga.edu/gulawreview/files/2011/01/Cope.pdf. ISSN 0046-6115.

CORDERO, Franco - *Procedura penale*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2006. ISBN 8814132224.

Correia, Eduardo - Les preuves en droit penal portugais. *Revista de Direito e de Estudos Sociais.* Coimbra. ISSN 0870-3965. A 14, N 1-2 (1967), pp. 1-52.

COSTA, Affonso - *Os peritos no processo criminal, legislação portugueza: crítica, reformas*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1895.

COSTA, Diogo Paulo Lobo Machado Pinto da - A *perícia médico-legal nos crimes sexuais* [Em linha]. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2000. Dissertação Mestrado. [10.01.2022]. Disponível em https://sigarra.up.pt/fdup/pt/teses.tese?p_aluno_id=97192&p_processo=16684&p_lang=0.

COSTA, J. Pinto - Profissão difícil. In COSTA, J. Pinto - *Ao sabor do tempo: crónicas médico-legais.* Porto: Edição IMLP, 2000. ISBN 0469000147181. V I. Pp. 13-25.

COSTA, J. Pinto - Vontade de matar. In COSTA, J. Pinto - *Ao sabor do tempo: crónicas médico-legais.* Porto: IMLP, 2000. V I. Pp. 167-170.

COSTA, Susana - O aparato forense e os entendimentos socioculturais na investigação criminal em Portugal. In MACHADO, Helena - *Genética e Cidadania*. Porto: Afrontamento, 2017. ISBN. 9789723615739. Pp. 87-109.

COSTA, Susana - Os constrangimentos práticos da investigação criminal em Portugal e suas repercussões na aplicabilidade da base de dados de ADN. In MACHADO, Helena; MONIZ, Helena - *Bases de dados genéticos forenses: tecnologias de controlo e ordem social.* Coimbra: Coimbra Editores, 2014. ISBN 978-972-32-2225-8. Pp. 93-124.

COSTA, Susana - Reconhecimento, registo e recolha: a política dos 3Rs da investigação criminal a partir de uma análise sociológica do contexto português. *Revista de Investigação Criminal*. Lisboa. ISSN 1647-9300. N 6 (2013). Pp. 9-24.

CROCE, Michel - On what it takes to be an expert. *The Philosophical Quarterly* [Em linha]. V 69, 274 (2019). [01.02.2021]. Disponível em www.researchgate.net/publication/331074750_On_What_it_Takes_to_be_an_Expert. ISSN 1467-9213. Pp. 1-21.

DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia - *Manuale di diritto processuale penale*. Padova: Cedam, 1997. ISBN 8813200803.

DANCY, Jonathan - Introducción a epistemología contemporânea [Em linha]. Tecnos, 1993. [01.09.2022]. disponível em https://www.academia.edu/34296916/DANCY_JONATHAN_Introduccion_A_La_Epistemologia_Contemporanea_PDF.

DASCAL, Marcelo - The study of controversies and the theory and history of science. *Science in Context* [Em linha]. V 11 (1998), pp. 147-254. [02.07.2022]. Disponível em

https://www.cambridge.org/core/journals/science-in-context/article/abs/study-of-controversies-and-the-theory-and-history-of-science/194CCEA6D4D778331DCCF1FCCB4CFAD2. ISBN 02698897.

DAVID, René - *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. ISBN 9788533615632.

DENTI, Vittorio - Scientificità della prova e libera valutazione del giudice. *Rivista di diritto processuale.* Padova. ISSN 0035-6182. V 27 (1972). Pp. 414-437.

DESCARTES, René - *Discurso do Método*. Lisboa: Edições 70, 2018. ISBN 978-972-44-1525-3.

DEUTSCH, Sara Keturah; CAVENDER, Gray - CSI and forensic realism, *Journal of Criminal Justice and Popular Culture* [Em linha]. V 15 (2008), pp. 34-53. [10.06.2022]. Disponível em https://asu.pure.elsevier.com/en/publications/csi-and-forensic-realism. ISSN 1070-8286.

DIAS, Figueiredo - *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra editora, 2004. ISBN 9789723212501.

DIAS, João Álvaro - Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade civil médica. *Revista Portuguesa do Dano Corporal.* Coimbra. ISSN 1647-8630. N 3 (1993), pp. 27-59,

DIAS, João Álvaro - Responsabilidade profissional do perito médico. *Revista Portuguesa de Dano Corporal.* Coimbra. ISSN 1647-8630. N 8 (1998), pp. 35-51.

DIAS, João António Álvaro - *Dano corporal, quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*. Coimbra: Almedina, 2001. ISBN 9789724015842.

DIAS, João Paulo - *O Mundo dos Magistrados: a evolução da organização e do auto-governo judiciário*. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 972-40-2092-4.

DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Processual Penal*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. Reimpressão 2004. ISBN 9789723212501.

DIAS, Jorge de Figueiredo - O Novo Código de Processo Penal. *Separata Boletim Ministério da Justiça.* Lisboa. ISSN 0870-337X. N 369 (1987), pp. 5-23.

DIAS, Maria do Carmo Silva - Particularidades da prova em processo penal: algumas questões ligadas à prova pericial. *Revista do CEJ*. Coimbra. ISSN 1414-008X. N 2, 2.º semestre (2015), pp. 169-225.

DIDIER JR., Fredie - Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo* [Em linha]. V 36, N 198 (2011). Pp. 207-217 [04.08.2022]. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/80945/tres_modelos_direito_didier_jr.pdf. ISSN 0100-1981.

DIREÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA - *Estatísticas da Justiça: Atividade do INMLCF CF, por área de atuação* [Em linha]. (2019). [20.02.2022]. Disponível em https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Atividade_INML_CF.aspx.

DIXON, Philip Hiatt - Evidence-admissibility of evidence-frye standard of general acceptance for admissibility of scientific evidence rejected in favor of balancing test. *Cornell Law Review* [Em linha]. V 64 (1979), pp. 875-885. [30.09.2019]. Disponível em https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol64/iss5/5. ISSN 0010-8847.

DOMINIONI, Oreste - In tema di nuova prova scientifica. *Diritto Penale e Processo.* Milano. ISSN 1591-5611. N 9 (2001).

DOMINIONI, Oreste - *La prova penale scientifica: glistrumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*. Milano: Giuffrè Editore, 2005. ISBN 88-14-118565-5.

DONAGAN, A. - Historical explanation: the Popper-Hempel Theory Reconsidered. *History and Theory* [Em linha]. V 4, N 1 (1964), pp. 3-26. [10.06.2022]. Disponível em https://www.jstor.org/stable/2504200. ISBN 1468-2303.

DROR, Itiel E. - How can Francis Bacon help forensic science? The four idols of human biases. *Jurimetrics Journal* [Em linha]. V 50, N 1 (2009), pp. 93-110. [09.06.2022]. Diponível em https://www.jstor.org/stable/41550028. ISSN 0897-1277.

DUCE, Mauricio - *La prueba pericial: aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina*. Buenos Aires: Didot, 2013. ISBN 978-987-28379-7-6.

DUCE, Mauricio - Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate. *Ius et Práxis* [Em linha]. V 24, N 2 (2018). *[01.09.2021]. Disponível em* https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v24n2/0718-0012-iusetp-24-02-00223.pdf. ISSN 0717 – 2877.Pp. 223-262.

DWYER, Deirdre - (Why) are civil civil and criminal expert evidence diferente? *Tulsa Law Review* [Em linha]. V 43, N 28. (2007), pp. 381-396. [04.09.2022]. disponível em https://digitalcommons.law.utulsa.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2613&context=tlr. ISSN 1942-986X.

DWYER, DÉIRDRE - *The judicial assessment of expert evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. ISBN 978-0-511-46363-1.

ECHEVERRÍA, Javier - *Introdução à Metodologia da Ciência.* Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 972-40-1824-5.

EDMOND, Gary - Advice for the courts? Sufficiently reliable assistance with forensic science and medicine (Part 2). The International Journal of Evidence & Proof [Em linha]. V 16 (2012), pp. 263–297. [12.06.2022]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/269462551_Advice_for_the_Courts_Sufficiently_Reliable_Assistance_with_Forensic_Science_and_Medicine_Part_2. ISSN 1740-5572.

EDMOND, Gary - Is reliability sufficient? the law commission and expert evidence in international and interdisciplinary perspective (part 1). *The International Journal of Evidence & Proof* [Em linha]. V 16 (2012), pp. 30-65. [10.04.2022]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/270953615_Is_Reliability_Sufficient_The_Law_Commission_and_Expert_Evidence_in_International_and_Interdisciplinary_Perspective_Part_1. ISSN 13657127.

EDMOND, Gary *et al* - How to cross-examine forensic scientists: a guide for lawyers. *Australian Bar Review* [Em linha]. V 39 (2014), pp. 174-197. [04.05.2022]. Disponível em https://www.judcom.nsw.gov.au/publications/benchbks/sexual_assault/articles/Edmond-How_to_crossexamine_forensic_scientists.pdf. ISSN 0814-8589.

EDMOND, Gary; ROBERTS, Andrew - The Law Commission's report on expert evidence in criminal proceedings. *Criminal Law Review* [Em linha]. (nov. 2011), pp. 561-576. [03.01.2020]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/289410128_The_law_commission's_report_on_expert_evidence_in_criminal_proceedings. ISSN 0011-135X.

EEEI - *Guia de boas práticas da perícia judicial civil na União Europeia: Guia Europeu para a Perícia Judicial* [Em linha]. S.l.: S.n: 2015. [10.03.2022]. Disponível em https://experts-institute.eu/wp-content/uploads/2018/03/eeei-guia-de-boas-praticas-pt-brochura.pdf.

EIRAS, Henriques; FORTES, Guilhermina - *Dicionário de Direito Penal e Processo Penal*. 3.ª ed. ver. atual. Aum. Lisboa: Quid Iuris, 2010. ISBN 978-972-487-4.

ESSER, Albin - Perspectivas do direito (penal) da medicina. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal.* Coimbra. ISSN 9770871853012. Ano 14, N 1 e 2 (2004), pp. 11-63.

EUROPEAN NETWORK OF FORENSIC SCIENCE INSTITUTES - *Best Practice Manuel for DNA Pattern Recognition and Cpmparison* [Em linha]. S.n.: s.l., 2015. [12.05.2022]. Disponível em https://enfsi.eu/wp-content/uploads/2016/09/7._dna_pattern_recognition_and_comparison_0.pdf

EUROPEAN NETWORK OF FORENSIC SCIENCE INSTITUTES - ENFSI Guideline for Evaluative Reporting in Forensic Science: Strengthening the Evaluation of Forensic Results across Europe (STEOFRAE) [Em linha]. S.n.: s.l., 2015. [12.05.2022]. Disponível em https://enfsi.eu/wp-content/uploads/2016/09/m1_guideline.pdf.

FAIGMAN, David - Judges as “amateur scientists”. B*oston University Law Review* [Em linha]. V 86 (2006), pp. 1207-1225. *[01.09.2021]. Disponível em* http://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/volume86n5/documents/FAIGMANV.2.pdf. ISSN 0006-8047.

FARIA, Ana Filipa Alves - *Perícias forenses de agressores conjugais: caracterização e impacto nas sentenças judiciais* [Em linha]. Braga: Escola Psicologia. Universidade do Minho, 2008. [11.02.2022]. Disponível em http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/19673.

FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luída - *Primeiras Notas ao Código de Processo Civil*. 2.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5744-6. V I.

FEDERAL JUDICIAL CENTER - Court-appointed experts: defining the role of experts appointed under federal rule of evidence 706 [Em linha]. Washington, Federal Judicial Center: 1993. [16.12.2019]. disponível em https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/experts.pdf.

FERNANDES, Henrique Barahona - Imputabilidade penal dos doentes e anormais mentais. In AAVV - *Psiquiatria forense.* Lisboa, edição da Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. Pp.5-33.

FERRAJOLI, L. - *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995. ISBN 9788487699948.

FERREIRA, José Dias - *Código de Processo Civil anotado*. Lisboa: Tipografia Lisbonense, 1887. T I.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro - Curso de processo penal. Lisboa: Edições Danúbio, 1956. V II.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Discurso proferido na qualidade de Ministro da Justiça na sessão de abertura do ano judicial de 1945. *Obra dispersa.* Lisboa: Católica, 1996. V I. Pp. 183-188.

FERREIRA, Marques - Meios de prova. In CEJ - *Jornadas de Direito Processual Penal: o Novo Código do Processo Penal*. Coimbra, Almedina, 1997. ISBN 9789724002576. Pp. 219-270.

FEYRABEND Paul - *Contra o método.* Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio d'Água, 1993.

FIDALGO, Sónia - Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal.* Coimbra. ISSN 9770871853012. A 16, N 1 (2006), pp. 115-148.

FISHER, Carl E. *et al.* - Toward a jurisprudence of psychiatric evidence: examining the challenges of reasoning from group data in psychiatry to individual decisions in the Law*. University of Miami Law Review* [Em linha]. V 1 (2004), pp. 685-754. [10.09.2019]. Disponível em https://lawreview.law.miami.edu/jurisprudence-psychiatric-evidence-examining-challenges-reasoning-group-data-psychiatry-individual-decisions-law/. ISSN 0041-9818.

FLAUBERT, Gustave et all. - La verdad de la verdad judicial (construcción y régimen narrativo). In CALVO GONZÁLEZ, José - *Verdade [Narración] Justitia.* Málaga: Ediciones Universidad de Málaga , 1998. Pp. 7-38.

FORENSIC SCIENCE REGULATOR - *Codes of Practice and Conduct For Forensic Science Providers and Practitioners in the Criminal Justice System* [Em linha]. Birmingham: The Forensic Science Regulator, 2021. [10.07.2022]. Disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/968638/100_Codes_of_Practice_and_Conduct_-_Issue_7.pdf.

FORNACIARI, Michele - A proposito di prova testimoniale "valutativa". *Rivista di Diritto Processuale*. Padova. ISSN 0035-6182. V 68, N 4-5 (2013), pp. 1004-1020.

FREITAS, José Lebre de - Anotação ao art. 388.º In PRATA, Ana - *Código civil anotado*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7907-3. V I.

FREITAS, José Lebre de - *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 4.ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2017. ISBN 978-989-99824-1-3.

FREITAS, José Lebre de - Os princípios gerais nas linhas orientadoras da nova legislação processual civil. *Revista da Ordem dos Advogados.* Lisboa. ISSN 0970-8118. A 55, I (1995). Pp. 6-18.

FREITAS, José Lebre de - Parecer da Comissão de Legislação da Ordem dos Advogados sobre o projecto de Código de Processo Civil. *Revista da Ordem dos Advogados.* Lisboa. ISSN 0970-8118. A 50, I (1990). Pp. 729-808.

FREITAS, José Lebre de - Revisão do Processo Civil. *Revista da Ordem dos Advogados.* Lisboa. ISSN 0970-8118. A 55, II (1995). Pp. 417-518.

FREITAS, José Lebre de; MACHADO, A. Montalvão; PINTO, Rui - *Código de Processo Civil Anotado.* 2.ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2008. ISBN 978-972-32-1616-5. V 2.

GAMA, António et all - *Comentário Judiciário ado Código de Processo Penal*. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2021. TI.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; PORTES, Marco Antônio de Araujo - Perito ou testemunha: dilema entre a ampla defesa e a importação descontextualizada da testemunha técnica. *Revista Eletrônica do Curso de Direito* [Em linha]. V 11, N 3 (2016), pp. 974-998. [19.01.2020]. Disponível em https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22405/pdf ISSN 1981-3694.

GASCÓN ABELLÁN Marina - Conocimientos expertos y deferencia del juez (apunte para la superación de un problema). *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho* [Em linha]. N 39 (2016), pp. 347-365. [10.05.2022]. Disponível em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/60169/6/Doxa_39_18.pdf. ISSN 0214-8676.

GASCÓN ABELLÁN Marina - Prueba Científica: un mapa de retos. In VÁZQUEZ, Carmen - *Estándares de Prueba y Prueba Científica*. Marcial Pons: Madrid, 2013. ISBN 978-84-15664-53-6. Pp. 181-201.

GASCÓN ABELLÁN, Marina - *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba.* 3.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. ISBN 9788497687201.

GASCÓN ABELLÁN, Marina; LUCENA MOLINA, José Juan; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Joaquín - Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinary. *Diario La Ley* [Em linha]. N 7481 (04.10.2010), pp. 1-9 [23.02.2022]. Disponível em https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3291545. ISSN 1989-6913.

GASPAR, António da Silva Henriques et al. - *Código de Processo penal comentado.* 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2021. ISBN 978-972-40-8980-5.

GATOWSKI, Sophia I. *et al*. - Asking the gatekeepers: a national survey of judges on judging expert evidence in a post-Daubert world. *Law and Human Behavior* [Em linha]. V 25 (2001), pp. 433-458. [15.01.2020]. Disponível em https://link.springer.com/article/10.1023/A:1012899030937. ISSN 1573-661X.

GELFERT, Axel - Expertise, argumentation, and the end of inquiry. *Argumentation* [Em linha]. V 25 (2014), pp. 297-312. [04.06.2022]. Disponível em https://www.academia.edu/772628/Expertise_Argumentation_and_the_End_of_Inquiry. ISSN 1572-8374.

GERALDES, António Santos Abrantes; PIMENTA, Paulo; SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Código de processo civil anotado.* Coimbra: Almedina, 2022. ISBN 978-989-40-0535-3. V I.

GIANNELLI, Paul C. - The admissibility of novel scientific evidence: Frye v. United States, a half-century later. *Columbia Law Review*. [Em linha]. V 80, N 6 (1980), pp. 1197-1250. [30.09.2019]. Disponível em https://www.jstor.org/stable/1122061. ISSN 1945-2268.

GIANNINI, Leandro - La prueba científica (Relato General). *XXIV° Congreso Nacional de Derecho Procesal Mar del Plata*. Argentina. (2007). [12.06.2021]. Disponível em https://www.academia.edu/4982456/La.

GIL, Fernando - Modos da evidência. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998. ISBN 9789722709132.

GOLDMAN, Alvin - Epistemic paternalism: communication control in law and society. *The Journal of Philosophy* [Em linha]. V 88, N 3 (1991). [01.02.2021]. Disponível em https://www.jstor.org/stable/2026984?seq=1. ISSN 1939-8549. Pp. 113-131.

GOLDMAN, Alvin - Expertise. *Topoi* [Em linha]. V 37, N 1 (2018). [01.02.2021]. Disponível em https://philpapers.org/rec/GOLE-8. ISSN 2237-101X. Pp. 3-10.

GOLDMAN, Alvin - Experts: which ones should you trust? *Philosophy and Phenomenological Research* [Em linha]. V 63 (2001). [01.02.2021]. Disponível em https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1933-1592.2001.tb00093.x. ISSN 1933-1592. Pp. 85-110.

GOMES, Conceição *et al. - Violência doméstica: estudo avaliativo das decisões judiciais* [Em linha]. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2016. [10.02.2022]. Disponível em

https://popdesenvolvimento.org/images/noticias/ViolenciaDomestica_EstudoAvaliativoDecisoesJudiciais.pdf. ISBN 978-972-597-411-7.

GONÇALVES, Joana - *Abuso sexual de adolescentes: caracterização e impacto das perícias psicológicas forenses nas decisões judiciais* [Em linha]. Braga: Escola Psicologia. Universidade do Minho, 2008. [11.02.2022]. Disponível em https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/48226.https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/48226.

GONÇALVES, Luíz da Cunha - *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*. Coimbra: Coimbra editora, 1939. V XIII.

GONÇALVES, Maia Manuel - Meios de prova. *Jornadas de Direito processual penal: o novo Código de Processo Penal.* Coimbra: Livraria Almedina,1988. Pp. 194-218.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - *Código de processo penal anotado.* 17.ª ed. ver. e atual. Coimbra: Almedina, 2009. ISSN 978-972-40-3777-6.

GONÇALVES, Rui Abrunhosa - Psicologia forense em Portugal: uma história de responsabilidades e desafios. *Análise Psicológica*. Lisboa. ISSN 0870-8231. V 28. N 1 (2010). Pp. 107-115.

GONZÁLEZ, José Alberto - *Código civil anotado*. Lisboa: Quid Juris, 2019. ISBN 978-972-724-820-9. V I.

GONZALEZ, Lisa - The admissibility of scientific evidence: the history and demise of Frye v. United States. *University of Miami Law Review* [Em linha]. N 48 (1993), pp. 371-397. [30.09.2019]. Disponível em repository.law.miami.edu/umlr/vol48/iss2/7. ISSN 2376-404X.

GOODSTEIN, David - How Science Works. In FEDERAL JUDICIAL CENTER - *Reference Manual on Scientific Evidence* [Em linha]. 3rd ed. Washington: The National Academies Press, 2011. [01.06.2022]. Pp. 38-54. Disponível em http://poplab.stanford.edu/pdfs/Goodstein-HowScienceWorks-Ch3NRCmanual2011.pdf. ISBN 0-309-21421-1.

GOODWIN, Jeas - Wigmore's Chart Method. *Informal Logic* [Em linha]. V 20, N 3 (2000), pp. 223-243. [01.02.2021]. Disponível em https://ojs.uwindsor.ca/index.php/informal_logic/article/view/2278.

GOODWIN, Robert J. - Fifty years of Frye in Alabama: the continuing debate over adopting the test established in Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. *Cumberland Law Review* [Em linha]. V 35, N 2 (2004-2005), pp. 231-316. [09.10.2019]. Disponível em https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cumlr35&div=15&id=&page=&collection=journals. ISSN 0360-8298.

GOUVEIA, Mariana França *et all. - Justiça económica em Portugal: produção de prova* [Em linha]. Lisboa: Francisco Fundação Manuel dos Santos e Ricardo Gonçalves, 2012. [09.06.2021]. Disponível em https://www.ffms.pt/FileDownload/4e81fae5-0ebc-40bc-a1fc-d87409c1a5b9/justica-economica-em-portugal-prova-caderno. ISBN 978-989-8424-89-1.

GROSS, Samuel - Convicting the innocent. *Annual Review of Law and Social Science* [Em linha]. V 4 (2008), pp. 173-192. [10.06.2022]. Disponível em https://standdown.typepad.com/SCHOLARSHIP-AnnualReviewLawSocialScience-2008-Gross-ConvictingTheInnocent.pdf. ISSN 1550-3631.

GROSS, Samuel - Expert evidence. *Wisconsin Law Review* [Em linha]. (1991), pp. 1113-1232. [17.01.2020]. Disponível em https://repository.law.umich.edu/articles/196/. ISSN 0043-650X.

GROSS, Samuel R,; MNOOKIN, Jennifer L. - Expert Information and Expert Evidence: A Preliminary Taxonomy. *Seton Hall Law Rev.* ISSN:0586-5964. V 34, N 1 (2003), pp. 141-189.

GROSS, Samuel; MNOOKIN, Jennifer L. - Expert information and expert evidence: a preliminary taxonomy. *Seton Hall Law Review* [Em linha]. V 34, N 1 (2003), pp. 141-189. [09.10.2019]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=477202. ISSN 0586-5964.

GUERRA, José Luís Guerrero - *A livre apreciação da prova em processo penal: em especial a prova pericial* [Em linha]. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa., 2016. Dissertação de Mestrado. [21.01.2021]. Disponível em http://repositorio.ulusiada.pt

GUTHEIL, Thomas G.; COMMONS, Michael Lamport; MILLER, Patrice Marie Miller - Withholding, seducing, and threatening: a pilot study of further attorney pressures on expert witnesses. *The journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* [Em linha]. V 29, N 3 (2003), pp. 336-339. [05.01.2020]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/11758405_Withholding_seducing_and_threatening_A_pilot_study_of_further_attorney_pressures_on_expert_witnesses. ISSN 10936793.

GUTHEIL, Thomas G.; COMMONS, Michael Lamport; MILLER, Patrice Marie Miller - Withholding, seducing, and threatening: a pilot study of further attorney pressures on expert witnesses. *The journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* [Em linha]. V 29, N 3 (2003), pp. 336-339. [05.01.2020]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/11758405_Withholding_seducing_and_threatening_A_pilot_study_of_further_attorney_pressures_on_expert_witnesses. ISSN 10936793.

GUTIMACHER, Manfred S. - The psychiatrist as an expert witness. *The University of Chicago Law Review* [Em linha]. V 22 (1955). Pp. 325-330. [11.08.2021]. Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol22/iss2/4. ISSN 1939-859X.

HAACK, Susan - *Defending science within reason: between scientism and cynism*. New York: Prometheus Books, 2007. ISBN 9781591024583.

HAACK, Susan - Epistemology legalized: or, truth, justice, and the american way. *The American Journal of Jurisprudence* [Em linha]. V 49 (2004), pp. 43-61. [10.09.2022]. Disponível em https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1465&context=fac_articles. ISSN 0065-8995.

HAACK, Susan - Federal philosophy of science: a reconstruction and a deconstruction. *New York University Journal of Law & Liberty* [Em linha]. N 5 (2010), pp. 394-435. [09.01.2020]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1691634. ISSN 1932-4421.

HAACK, Susan - Irreconcilable differences? The troubled marriage of Science and Law. *Law and Contemporary Problems* [Em linha]. V 72 (2009), pp. 1-23. [20.03.2018]. Disponível em https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1502&context=lcp. ISSN 1945-2322.

HAACK, Susan - La evaluación por pares y la publicación: lecciones para abogados. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho* [Em linha]. N 38 (2015), pp. 15-40. [18-09.2022]. Disponível em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/60008/1/Doxa_38_01.pdf ISSN 0214-8676.

HAACK, Susan - La evaluación por pares y la publicación: lecciones para abogados. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho* [Em linha]. N 38 (2015), pp. 15-40. [18-09.2022]. Disponível em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/60008/1/Doxa_38_01.pdf ISSN 0214-8676.

HAACK, Susan - Of Truth, in Science and in Law. *Brooklyn Law Review* [Em linha]. V 73 (2008), pp. 985-1008. [30.06.2021]. Disponível em https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1315&context=blr. ISSN 0007-2362.

HAACK, Susan - Six signs of scientism. *Logos and Episteme* [Em linha]. N 3 (2012), pp. 75-95. [30.05.2021]. Disponível em https://philpapers.org/rec/HAASSO. ISSN 2069-3052.

HAACK, Susan - The integrity of science: what it means, why it matters. In CNECV - *Ética e Investigação nas Ciências da Vida: Actas do 10º Seminário do CNECV* [Em linha]. Lisboa: CNECV: 2007. [30.06.2021]. Pp. 8-29. Disponível em https://www.academia.edu/19430799/The_Integrity_of_Science_What_It_Means_Why_It_Matters_2006_?email_work_card=view-paper.

HAACK, Susan - Trial and error: the supreme court's philosophy of science. *American Journal of Public Health* [Em linha]. V 95, N S1(2005), pp. 66-73. [24.08.2019]. Disponível em https://ajph.aphapublications.org/doi/pdf/10.2105/AJPH.2004.044529. ISSN 1541-0048, pp. 67 e ss; da mesma autora, o artigo Federal philosophy of science: a reconstruction and a deconstruction. *New York University Journal of Law & Liberty* [Em linha]. N 5 (2010), pp. 394-435. [09.01.2020]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1691634. ISSN 1932-4421.

HAACK, Susan - Truth and justice: inquiry and advocacy, science and law. *Ratio Juris* [Em linha]. V 17, N 1 (2004). Pp. 15–26. [15.05.2021]. Disponível em https://philpapers.org/rec/HAATAJ. ISSN:1467-9337.

HACKING, Ian - *The emergence of probability: philosophical study of early ideas about probability, induction and statistical inference* [Em linha]. 2ª ed. Cambdridge University Press, 2006. 01.09.2022]. Disponível em http://www.andreasaltelli.eu/file/repository/Jan_Hacking_Emergence_Probability.pdf. ISBN 0-521-86655-3.

HANS, Valerie P. - Judges, juries, and scientific evidence. *Cornell Law Faculty Publications [Em linha]. V 16, N 1 (2007), pp. 19-46. [18.01.2020].* Disponível em https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/302/. ISSN 0010-8847.

HARDOŠ Pavol - Who exactly is an expert? On the problem of defining and recognizing expertise. *Sociológia* [Em linha]. V 50, N 3 (2018), pp. 268-288. [01.02.2021]. Disponível em https://www.academia.edu/36977371/Who_Exactly_is_an_Expert_On_the_Problem_of_Defining_and_Recognizing_Expertise. ISSN 0872-3419.

HARDWIG, John - The Role of Trust in Knowledge. *Journal ofPhilasophy* [Em linha]. N 88 (1991), pp. 693-708. [30.06.2021]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/259863793_The_Role_of_Trust_in_Knowledge. ISSN: 1939-8549.

HARRISON, Jeffrey L. - Reconceptualizing the expert witness: social costs, current controls and proposed responses. *Yale Journal on Regulations.* [Em linha]. V 18 (2001), pp. 253-314. [15.01.2020]. Disponível em https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/yjor18&id=320&men_tab=srchresults. ISSN 0741-9457.

HASELTON, Martie G.; NETTLE, Daniel; ANDREWS, Paul W. - The Evolution of Cognitive Bias. In BUSS, David M. - *The handbook of evolutionary psychology* . United States of America: John Wiley & Sons, 2005. ISBN 978-0471264033. Pp. 724-746.

HERCULANO, Alexandre - História de Portugal: desde o começo da Monarquia até o fim do Reino de Afono III. Lisboa: Bertrand, 1983. T IV.

HOMEM, António Pedro Barbas - Considerações acerca da função jurisdicional e do sistema judicial. Coimbra. ISSN 2183-3419. N 2 (2007). Pp. 11-29.

HOMEM, António Pedro Barbas - *Judex Perfectus: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal 1640-1820.* Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 9789724019895.

HUBER, Peter - Junk science in the courtroom. *Valparaiso University Law Review* [Em linha]. V 26, N 3 (1992), pp. 723-755. [10.01.2020]. Disponível em https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2172&context=vulr. ISSN 042-2363.

IMBERT, Jean; LEVASSEUR, Georges - *O poder, os juízes e os carrascos: 25 séculos de repressão*. Lisboa: Editorial Estúdios Cor, 1975.

INNOCENCE PROJECT - *Exonerate the Innocent* Em linha]. Disponível em https://innocenceproject.org/exonerate/ [02.06.2022].

INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL E CIÊNCIAS FORENSES, I.P. - *Relatório de Atividades 2020* [Em linha]. Disponível em ttps://www.inmlcf.mj.pt/images/InformacaoInstitucional/relatorioAtividades/RA_2020_2.pdf [20.02.2022].

JACKSON, John - Managing uncertainty and finality: the function of the criminal trial in legal inquiry. In DUFF, A. *et. all., - The Trial on Trial.* Oxford: Hart Publishing, 2004. ISBN 9781841134420. V I. Pp. 121-145.

JARDIM, Maria Amélia Vera - A investigação pré-sentencial sobre a pessoa. In CEJ - *Colóquio internacional sobre criminalidade e cultura: acta.* Lisboa: CEJ, 1992. ISBN 972-9122-11-3. V II. Pp. 181-212.

JASANOFF, Sheila - Just evidence: the limits of science in the legal process. *Journal of Law, Medicine & Ethics* [Em linha]. V 34 (2006), pp. 328-341 [10.06.2022]. Disponível em https://journals.sagepub.com/doi/10.1111/j.1748-720X.2006.00038.x. ISSN 1748-720X.

JASANOFF, Sheila - What judges should know about the Sociology of Science. *Jurimetrics* Em linha]. V 32, N 3 (1992), pp. 345-359 [10.06.2022]. Disponível em https://www.jstor.org/stable/29762258. ISSN 2154-4344.

JEULAND, E. - Expertise. In CADIET, Loïc - *Dictionnaire de la justice*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004. ISBN 9782130522867. Pp. 503-510.

JURS, Andrew W. - Expert prevalence, persuasion, and price: what trial participants really think about experts. *Indiana Law Jounal* [Em linha]. V 91 (2016), pp. 353-391. [20.01.2020]. Disponível em https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol91/iss2/4/. ISSN 00196665.

JURS, Andrew W. - Questions from the bench and independent experts: a study of the practices of state court judges. *University of Pittsburgh Law Review* [Em linha]. V 74 (2012), pp. 47-83. [10.12.2019]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2027549. ISSN 1942-8405.

KAGAN, Robert A. - *Adversarial legalism: the american way of Law*. 2.nd ed. Cambridge: Harvard University Press, 2019. ISBN 9780674238367.

KATSKEE, Richard B. - Science, intersubjective validity, and judicial legitimacy. *Brooklyn Law Review.* [Em linha]. V 73 (2008), pp. 857-877. ISSN 0007-2362.

KATSKEE, Richard B. - Science, Intersubjective Validity, and Judicial Legitimacy. *Brooklyn Law Review* [Em linha]. V 73 (2008) pp. 857-877. [10.02.2022]. Disponível em https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol73/iss3/2/. ISSN 0007-2362.

KATZ, Jay - "The Fallacy of the Impartial Expert" Revisited. *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* [Em linha]. V 20, N 2 (1992). Pp. 141-152. [01.05.2022]. Disponível em http://jaapl.org/content/20/2/141. ISSN 1943-3662.

KAUFMAN, H. H. - The expert witness: neither Frye nor Daubert solved the problem: what can be done? *Scientific & Technical* [Em linha]. V 41 (2001), pp. 7-20. [03.12.2019]. Disponível em https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1355030601718448. ISSN 1934-8118.

KAYE, David H. *et all* - Statistics in the jury box: how jurors respond to mitochondrial DNA match probabilities. *Journal of Empirical Legal Studies* [Em linha]. V 4, N 4 (2007), pp. 797–834. [06.06.2022]. Disponível em http://ssrn.com/abstract=996134. ISSN 1740-1453.

KIM, H. - Adversarialism defended: Daubert and the judge's role in evaluating expert evidence. *Columbia Journal of Law and Social Problems* [Em linha]. V 34, N 3 (2001), pp. 223-251. [14.01.2020]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/298596538_Adversarialism_defended_Daubert_and_the_judge's_role_in_evaluating_expert_evidence. ISSN 0010-1923.

KOEHLER, Jonathan J. - The psychology of numbers in the courtroom: how to make DNA-match statistics seem impressive or insuficiente. *Southern California Law Review* [Em linha]. V 74 (2000), pp. 1275-1305. [06.06.2022]. Disponível em https://silo.tips/download/the-psychology-of-numbers-in-the-courtroom-how-to-make-dna-match-statistics-seem. ISSN 0038-3910.

KOPPEN, Peter J. van - O mau uso da psicologia em tribunal. In FONSECA, António Castro - *Psicologia e justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 9789724037288. Pp.123-154.

KRITZER, Herbert M. - The arts of persuasion in science and law: conflicting norms in the courtroom. *Law and Contemporary Problems* [Em linha]. V 72 (2009), pp. 41-61. [10.05.2021]. Disponível em http://law.duke.edu/journals/lcp. ISSN 1945-2322.

KRUSE, Corinna - Producing absolute truth: CSI science as wishful thinking. *American Anthropologist* [Em linha]. V 112 (2010), pp. 79-91. [11.06.2022]. Disponível em https://anthrosource.onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1548-1433.2009.01198.x. ISSN 1548-1433.

LACKEY, J. - The Nature of Testimony. *Pacific Philosophical Quarterly* [Em linha]. V 87, N 2 (2006), pp. 177-197. [10.12.2021]. Disponível em https://philpapers.org/rec/LACTNO. ISSN 0279-0750

LANGBEIN, John - The German advantage in civil procedure. *The University of Chicago Law Review* [Em linha]. V 52 (1985), pp. 823-866. [10.09.2029]. Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol52/iss4/1. ISSN 1939-859X.

LANGBEIN, John H. - *The origins of adversary criminal trial*. Oxford: Oxford University Press, 2005. ISBN 9780199287239.

LANGER, Maximo - From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal* [Em linha]. V 45, N 1 (2004), pp. 1-62. [20.12.2019]. Disponível em https://ssrn.com/abstract=707261. ISSN 0017-8063.

LATAS, António João - Processo penal e prova pericial. In AAVV - *Psicologia forense.* Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2853-4. Pp. 73-115.

LAW COMMISSION OF ENGLAND AND WALES - *Expert Evidence in Criminal Proceedings in England and Wales* [Em linha]. London: The Stationery Office, 2011. [03.01.2020]. Disponível em http://www.official-documents.gov.uk. ISBN: 9780102971170.

LECLERC, Olivier - Les réformes du droit de l'expertise: avancées partielles et occasions manquées. *Experts: Revue de l'expertise judiciaire, publique et privée*, *Compagnie des Experts* [Em linha]. N 71 (2006), pp. 12-15. [15.02.2022]. Disponível em https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00337415/document. ISSN 0992-2873.

LEITÃO, Hélder Martins - *Da instrução em processo civil: das provas*. 2.ª ed. Porto: ECLA Editora: 1990. ISBN Porto: Ecla Editora. 1991. ISBN 972-9427-07-0.

LEMPERT, R. O. L. L. ; GROSS, S.; LIEBMAN, D. O. E. S. - *A Modern Approach to evidence*. 3 rd. ed.. Thomson West: St. Paul: 2000. ISBN 978-0314067722.

LÉVY, Jean-Philippe - L'évolution de la preuve des origines à nos jours: synthèse Générale. In Recueil de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions - *La preuve*. Bruxelles: Éditions de la Librairie encyclopédique, 1965. IV. Pp. 9-70.

LIPTAK Adam - In U.S., Expert witnesses Are Partisan. New York Times (11.08.2008). [20.01.2020]. Disponível em http://www.nytimes.com/2008/08/12/us/12experts.html?pagewanted=all&_r=0.

LOPES, José Antórnio Mouraz - *A Fundamentaão da Sentença no Sistema Penal Portugês: Legitimar, Diferencial, Simplificar*. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4551-7.

LOPES, José Mouraz - Formação de juízes para o século XXI: formar para decidir. Formar para garantir. *Julgar.* Coimbra. ISSN 2183-3419. N 4 (2008). Pp. 133-158.

LOPES, Romeu Raimundo - *A prova pericial - evolução, regime actual e questões constitucionais* [Em linha]. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2017. Dissertação de Mestrado [20.02.2022]. Disponível em https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/22873/1/TESE-%20FINAL.pdf.

LOPEZ, Leticia Barrera - Derecho y Ciencia: DNA, Conocimiento Cientifico y Practica Judicial [Em linha]. Disponível em https://www.academia.edu/26543678/Derecho_y_Ciencia_DNA_conocimiento_cientifico_y_practica_judicial?email_work_card=view-paper [12.08.2021].

LÓPEZ, Modesto Saverda - A legitimidade judicial na crise do império da lei. *Revista do Ministério Público*. Lisboa. ISSN 0870-6107. Ano 15, N 57 (1994). Pp. 11-23.

LOUPO, Amélia Puna - Avaliação do dano corporal em Direito Civil - a perícia médico-legal: algumas questões práticas. *Julgar* [Em linha]. (dez 2019). [21.06.2021]. Disponível em http://julgar.pt/avaliacao-do-dano-corporal-em-direito-civil-a-pericia-medico-legal-algumas-questoes-praticas/. ISSN 2183-3419.

LOURENÇO, Maria João - O recurso à neurociência como meio de prova da inimputabilidade em razão de anomalia psíquica nos processos de natureza criminal: (des)mistificação dos seus contributos e repercussões nos direitos dos arguidos. In Centro de Investigação em Justiça e Governação - *Anuário dos Direitos Humanos* [Em linha]. Braga, Centro de Investigação em Justiça e Governação, 2020. [21.05.2021]. pp. 51-70. Disponível em https://issuu.com/comunicadireito/docs/anuario_dh_2019. ISBN 2184-1853.

LOURENÇO, Maria João - Entre Direito, Psiquiatria e Psicologia: interdisciplinaridade da inimputabilidade. In CALHEIROS, Maria Clara - *Estudos de Direito, ciência e prova* [Em linha]. Braga: EDUM, 2019. [22.02.2022]. Pp. 49-77. Disponível em www.bit.ly/direito-ciencia-prova. ISBN 978-989-54587-0-7.

LOURENÇO, Maria João - Reflexões em torno das dificuldades probatórias no crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência praticado contra indivíduos com deficiência intelectual. In OLIVEIRA, A. Sofia Pinto; JERÓNIMO, Patrícia Jerónimo (coord) - *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie* [Em linha]. Braga: Uminho editora, 2022. [23.01.2023]. Pp. 163-192. Disponível em https://ebooks.uminho.pt/index.php/uminho/catalog/view/105/152/2147-1. V 2. ISBN 978-989-8974-87-7. V II.

LUCA, Stefano; NAVARRO, Fernando; CAMERIERE, Roberto - La prueba pericial y su valoración en el ámbito judicial español. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [Em linha]. N 15-19 (2013), pp. 19:1-19:14. [15.02.2022]. Disponível em http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-19.pdf. ISSN 1695-0194.

LUNTLEY, M. - Understanding expertise. *Journal of Applied Philosophy* [Em linha]. V 26, N 4 (2009). [02.02.2021]. Disponível em https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-5930.2009.00468.x. ISSN 1468-5930. Pp. 356-370.

LYNCH, Michael - God's signature: DNA profiling, the new gold standard in forensic science. *Endeavour* [Em linha]. V 27, N 2 (2003). [06.06.2022], pp. 93-97.Disponível em https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0160932703000681. ISSN 0160-9327.

LYNCH, Michael *et al. - Truth machine: the contentious history of DNA fingerprinting*. Chicago: University of Chicago Press, 2008. ISBN 10:0226498077.

LYNCH, Michael; JASANOFF, Sheila - Contested identities: science, law and forensic practice. *Social Studies of Science* [Em linha]. V 28, N 5/6 (1998), pp. 675-686. [13.08.2021]. Disponível em https://www.jstor.org/stable/285513?seq=1#metadata_info_tab_contents. ISSN 1460-3659.

MACHADO, Andreia *et all. - Justiça económica em portugal: produção de prova.* Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos e Ricardo Gonçalves, 2012. ISBN 978-989-8424-89-1.

MACHADO, Andreia; MATOS, Marlene - Regulação das responsabilidades parentais: discursos dos magistrados sobre a prática pericial. *Psicologia: Revista da Associação Portuguesa de Psicologia.* Lisboa. ISSN 2183-2471. V 30 (1) (2016). Pp. 15-28.

MACHADO, Helena - Genética e cidadania no século XXI: uma breve porém crítica revisitação. MACHADO, Helena - *Genética e Cidadania*. Porto: Edições Afrontamento, 2017. ISBN 978-972-36-15739. Pp. 7-11.

MACHADO, Helena - O Efeito CSI na sociedade portuguesa *Barómetro Social* [Em linha]. [01.03.2011]. Disponível em http://www.barometro.com.pt/2011/03/01/o-efeito-csi-na-sociedade-portuguesa/ [10.06.2022].

MACHADO, Helena - Prisoners' views of CSI's portrayal of forensic identification technologies: a grounded assessment. *New Genetics and Society* [Em linha]. V 31, N 3 (2012), pp. 271-284. [11.06.2022] Disponível em https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/23610/4/Prisoners%27%20views%20of%20CSI%27s%20portrayal%20of%20forensic%20identification%20technologies%20A%20grounded%20assessment.pdf. ISSN 978-3-8376-4921-5.

MACHADO, Helena; SILVA, Susana - Confiança, voluntariedade e supressão dos riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses. In FROIS, Catarina - *sociedade vigilante: Ensaios sobre vigilância, privacidade e anonimato*, Lisboa: Imprensa de ciências Sociais, 2008. ISBN 9789726712282. Pp. 151–174.

MAGALHÃES, Teresa - *Estudo tridimensional do dano corporal: lesão função e situação (sua aplicação médico-legal)*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. ISBN 9789724011301.

MAGALHÃES, Teresa *et al.* - Avaliação do dano corporal em direito penal: breves reflexões médico-legais. *Revista de Direito Penal*. Ano II, N 1 (2003). Pp. 63-82.

MALATESTA, Nicola Framarino - *A logica das provas em materia criminal.* Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1911. V I.

MANITA, Celina; MACHADO, Carla - A Psicologia Forense em Portugal: novos rumos na consolidação da relação com o sistema de justiça. *Análise Psicológica.* Lisboa. ISSN 0870-8231. V XXX (1-2) (2012). Pp. 15-32.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes - *Prova Pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. São Paulo: Ed. Atlas, 2011. ISBN 8522462488.

MANZI, José Ernesto - O juiz e o perito: paralelos e intersecções. *Âmbito Jurídico* [Em linha]. XVI, N 118 (2013). [21.01.2021]. Disponível em https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-juiz-e-o-perito-paralelos-e-interseccoes/.

MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio - *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 9789723219043.

MARTINHO, Gabriela Maria Figueira - *Crimes sexuais contra mulheres adultas: da avaliação forense à decisão judicial* [Em linha]. Braga: Escola Psicologia. Universidade do Minho, 2011. [11.02.2022]. Disponível em http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/18642

MASSENA, Caio Badaró - *A prova testemunhal no processo penal: uma análise crítica em busca de standards racionais para a produção e análise da credibilidade* [Em linha]. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2017. Dissertação Bacharelato. [04.09.2022]. Disponível em https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/10533/1/CBMassena.pdf.

MATOS, José Igreja - *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Wolters Kluwer, 2010. ISBN 978-972-32-1813-8.

MAURICIO DUCE, J. - Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: un modelo para armar en la jurisprudencia nacional. *Revista Institucional de la Defensa Pública* [Em linha]. (dec 2011), pp. 57-92. [01.02.2022]. Disponível em https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/03/doctrina33402.pdf. ISSN 1853-5828.

MAURICIO DUCE, J. - Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate. *Revista Ius et Práxis* [Em linha]. N 2 (2018), pp. 223-262. [05.06.2021]. Disponível em https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000200223. ISSN 0717–2877.

MAURICIO DUCE, J. - *La prueba pericial: aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2013. ISBN 978-987-28379-7-6.

MAXIMIANO, Rodrigues - A Constituição e o Processo Penal: competência e estatuto do Ministério Público, do juiz de instrução criminal e do juiz julgador - a decisão sobre o destino dos autos e os artigos 346.º e 351.º do Código de Processo penal*. Revista do Ministério Público*. Lisboa. ISSN 0870-6107. A II, V 5 (1981), pp. 119- 138.

MAXIMIANO, Rodrigues - A Constituição e o Processo Penal: competência e estatuto do Ministério Público, do juiz de instrução criminal e do juiz julgador - a decisão sobre o destino dos autos e os artigos 346.º e 351.º do Código de Processo penal*. Revista do Ministério Público*. Lisboa. ISSN 0870-6107. A II, V6 (1981), pp. 91-130.

MCCABE, John - DNA fingerprinting: the failings of Frye. *Northern Illinois University Law Review* [Em linha]. V 16, N 2 (1996), pp. 455-482. [29.11.2019]. Disponível em https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/niulr16&collection=journals&id=473&startid=&endid=500. ISSN 0734-1490.

MENDES, Armindo Ribeiro; FREITAS, José Lebre de - Parecer da Comissão de legislação da Ordem dos Advogados sobre o Anteprojecto de Código de Processo Civil. *Revista da Ordem dos Advogados.* Lisboa. ISSN 0970-8118. A 49, II (1989). Pp. 613-666.

MENDES, Armindo Ribeiro; SOUSA, Miguel Teixeira de - Apreciação de alguns aspectos da «Revisão do Processo Civil - Projecto». *Revista da Ordem dos Advogados.* Lisboa. ISSN 0970-8118. Ano 55, II (1995). Pp. 353-416.

MENEZES, Paula Oliveira Bezerra de - *Novos rumos da prova pericial* [Em linha]. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013. Dissertação de Mestrado. [08.06.2021]. Disponível em https://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UERJ_eecc41c0124d2690b49b604fe8c46b4f.

MESQUITA, Paulo Dá - *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1951-7.

MESQUITA, Paulo Dá - Alguns sinais sobre tendências actuais do processo penal português: convergências metodológicas sobre o contraditório, a prova, a imediação e a confiança nos juízes. *Julgar*. Coimbra. ISSN 2183-3419. N 25 (2015). Pp. 109-144.

MICHAELS, David; MONFORTON, Celeste - Manufacturing uncertainty: contested science and the protection of the public's health and environment. *American Journal of Public Health* [Em linha]. V 95 (2005), pp. 39-48. [30.06.2021]. Dipsonível em https://ajph.aphapublications.org/doi/full/10.2105/AJPH.2004.043059. ISSN 1541-0048.

MILLS, James L.; ALEXANDER, Duane - Teratogens and litogens. *New England Journal Medicine* [Em linha]. N 315 (1986), pp. 1234-1236. [16.01.2020]. Disponível em https://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/NEJM198611063151925. ISSN 1533-4406.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - *Projeto de Código Civil*. Lisboa: Imprensa Nacional de Lisboa, 1966.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - *Relatório da Justiça 2015-2020* [Em linha]. Lisboa: Ministério da Justiça, 2021. [20.02.2022]. Disponível em https://justica.gov.pt/Portals/0/Ficheiros/Organismos/JUSTICA/RelatorioJustica-2015-2020-final.pdf.

MITTERMAIER, Karl Joseph Anton - *Tratado de la prueba en materia criminal: o exposicion comparada de los principios en materia criminal y sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc.*. 9.ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1959.

MNOOKIN, Jennifer - Of black boxes, instruments, and experts: testing the validity of forensic science. *Episteme: A Journal of Social Epistemology* [Em linha]. V 5 (2008), pp. 343-358. [30.04.2021]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/231900887_Of_Black_Boxes_Instruments_and_Experts_Testing_the_Validity_of_Forensic_Science. ISBN 1750-0117.

MNOOKIN, Jennifer L. *et all* - The need for a research culture in the forensic sciences. *Northwestern University School of Law Scholarly Commons: Faculty Working Papers.* Paper 26. [Em linha]. (2011). [12.06.2022]. Diponível em https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1025&context=facultyworkingpapers.

MNOOKING, Jennifer L. - Expert evidence, partisanship, and epistemic competence. *Brooklyn Law Review* [Em linha]. V 73 (2008), pp. 1009-1035. [09.11.2019]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1111764. ISSN 0007-2362.

MNOOKING, Jennifer L. - Idealizing science and demonizing experts: an intellectual history of expert evidence. *Villanova Law Review* [Em linha]. V 52, N 101 (2007), pp. 763-802. [24.11.2019]. Disponível em https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol52/iss4/3/. ISSN 0042-6229.

MONAGHAN, Nicola - *Law of Evidence.* Cambridge: Cambridge University Press, 2015. ISSN 978-1-107-02033-7.

MORDLLER, Sara; MCLACHLAN, Kaitlyn; GAGNON, Nathalie; ROESCH, Ronald - Questões éticas em psicologia forense. In FONSECA, António Castro - *Psicologia e justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 9789724037288. Pp. 475-50.

MOREIRA, Roberto Bessa - Sindicato denuncia que há ex-funcionários de câmaras a elaborar propostas de penas de prisão, perícias da personalidade e avaliações psicológicas. *Jornal de Notícias.* [Em linha]. [05.08.2022]. Disponível em https://www.jn.pt/justica/relatorios-sociais-de-tecnicos-sem-formacao-ameacam-julgamentos-15072214.html [12.08.2022].

MOSS, Steven - Opinion for sale: confessions of an expert witness. *Legal Affairs* [Em linha]. (march/april 2003). [05.01.2020]. Disponível em http://www.legalaffairs.org/issues/March-April-2003/review_marapr03_moss.msp.

MOSTELLER, Robert P. - Evidence history, the new trace evidence, and rumblings in the future of proof. *Ohio State Journal of Criminal Law* [Em linha]. V 3, N 2 (2006), pp. 523-541. [10.09.2019]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1109182. ISSN 1546-7619.

MURPHY, Erin - *Inside the cell: the dark side of forensic DNA*. New York: Nation Books, 2015. ISBN 9781568584690.

MURPHY, Erin - The new forensics: criminal justice, false certainty, and the second generation of scientific evidence. *California Law Review* [Em linha]. N 95 (2006), pp. 721-797. [01.05.2021]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/228146878_The_New_Forensics_Criminal_Justice_False_Certainty_and_the_Second_Generation_of_Scientific_Evidence. ISSN 0008-1221.

NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE - *Support for Forensic Science Research: Improving the Scientific Role of the National Institute of Justice [Em linha].* Washington: The National Academies Press. 2015. [16.06.2022]. Disponível em https://nap.nationalacademies.org/read/21772/chapter/1#ii. ISBN 978-0-309-37645-7.

NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS - *Gary Dotson* [Em linha]. Disponível em https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=3186 [02.06.2022].

NATIONAL RESEARCH COUNCIL - *Reference Manual on Scientific Evidence: Third Edition*. Washington: The National Academies Press, 2011. [15.10.2021]. Disponível em https://nap.nationalacademies.org/catalog/13163/reference-manual-on-scientific-evidence-third-edition.

NAUGHTON, Michael - The right to access DNA testing by alleged innocent victims of wrongful convictions in the United Kingdom?. *The International Journal of Evidence & Proof* [Em linha]. V 14 (2010), pp. 326-345. [10.06.2022]. Disponível em https://journals.sagepub.com/doi/10.1350/ijep.2010.14.4.362. ISSN 13657127.

NETO, Abílio - *Código de processo civil anotado*. 10ª ed., rev. at. Lisboa: Livraria Petrony, 1991.

NETO, Abílio - *Novo Código de Processo Civil anotado.* 2ª ed. rev. at. ampl. Lisboa: EDIFORUM, 2014. ISBN 978-989-8438-10-2.

NEVES, Castanheira - Sumario de processo criminal. Coimbra: João Abrantes, 1968.

NIEVA FENOLL, Jordi - Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del passado. *InDRet* [Em linha]. N 3 (2020), pp. 406-437. [03.05.2021]. Disponível em https://indret.com/carga-de-la-prueba-y-estandares-de-prueba-dos-reminiscencias-del-pasado/. ISSN 1698-739X.

NIEVA Fenoll, Jordi - Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad. *Civil Procedure Review [Em linha].* V3, N 1 (2012). Pp. 3-24. [04.03.2022]. Disponível em http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/nieva-2012b.pdf. ISSN 2191-1339.

NIEVA FENOLL, Jordi - La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal.* Madrid. ISSN 2605-5244. V 1 (2018), pp. 129-145.

NIEVA FENOLL, Jordi - La formación de los jueces en materia probatória. *Julgar.* Coimbra. ISSN 2183-3419. Número especial: prova difícil (2014). Pp. 7-20.

NIEVA FENOLL, Jordi - *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. ISBN 9788497687577.

NIEVA FENOLL, Jordi - Repensando Daubert: La Paradoja de la Prueba Pericial. *Civil Procedure Review* [Em linha]. V 9, N 1 (2018), pp. 11-26. [10.02.2022]. Disponível em https://www.civilprocedurereview.com/revista. ISSN 2191-1339.

OLIVEIRA, Armando - *A (livre) escolha dos oficiais de justiça: agentes de execução, administradores de insolvência, peritos, encarregados de venda, devem ser escolhidos livremente pela parte ou pelo tribunal?*. [conferência online]. [19.02.2021]. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=j_QV1t0_aOU&feature=youtu.be.

OLIVEIRA, Guilherme F. Falcão de - A lei e o laboratório: observações acerca das provas periciais da filiação. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra. V 2. N especial: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia (1989). Pp. 807-826.

OLIVEIRA, Mariana - Nova unidade na PJ para responder à demora das perícias informáticas. *Público* [Em linha]. [12.09.2019]. Disponível em https://www.publico.pt/2019/09/12/sociedade/noticia/nova-unidade-pj-responder-demora-pericias-informaticas-1886315.

ORTIZ RODIGUESZ, Carmen; MÉNDEZ TOMÁS, Rosa - El juez y su convencimiento de los hechos. ¿qué se espera de un buen perito y de su dictamen pericial? In Picó i Junoy, Joan – *La prueba pericial a examen: Prupuestas de lege ferenda* [Em linha]. Barcelona: Editora JM Bosch, 2020. [10.01.2023]. pp. 143-156. Disponível em https://vlex.es/vid/juez-convencimiento-hechos-espera-876405890. ISBN 9788412210651.

PACIOCCO, David M. - Unplugging jukebox testimony in an adversarial system: strategies for changing the tune on partial experts. *Queen's Law Journal* [Em linha]. V 34 (2009), pp. 565-610. [05.01.2020]. Disponível em https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/queen34&div=24&g_sent=1&casa_token=&collection=journals. ISSN 0316-778X.

PAÉZ, A. - Una aproximación pragmatista al testimonio como evidencia. In VÁZQUEZ, Carmen - *Estándares de prueba y prueba científica.* Barcelona: Marcial Pons, 2013. ISSN 978-84-15664-53-6. Pp. 215-223.

PAIVA, José da Cunha Navarro de Paiva - *Tratado theorico e practico das provas no processo penal*. Coimbra: Livraria Portugueza e Estrangeira, 1895.

PARASCANDOLA, M. - Objectivity and the neutral expert: objective science should not be without values. (Ethics and Public Health). *Journal of Epidemiology & Community Health* [Em linha]. V 57, N 1 (2003), pp. 3-4. [09.10.2019]. Disponível em https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1732261/pdf/v057p00003.pdf. ISSN 1470-2738.

PARDO, Michael S. - Evidence theory and the NAS report on forensic science. *Utah Law Review*. N 2 (2010), pp. 367-383. [10.01.2022]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1511719. ISBN 1942-8529.

PATRÍCIO, Rui - Imparcialidade e processo penal: três problemas. *Julgar*. Coimbra. ISSN 2183-3419. N 30 (2016). Pp. 43-61.

PAULINO, Mauro; CASIMIRO, Carlos - O psicólogo na justiça: notas preliminares sobre o perito, o seu depoimento e a perícia forense. In PAULINO, Mauro; ALMEIDA, Fátima Almeida - *Psicologia, justiça & ciências forenses: perspetivas atuais.* Lisboa: PACTOR, 2014. ISBN 978-989-693-042-4. Pp. 57-81.

PEREIRA, Susana Cláudia da Silva - *A prova pericial no processo civil* [Em linha]. Porto: Escola Superior de Tecnologia e Gestão, 2016. Dissertação de Mestrado. [08.06.2021]. Disponível em https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/10332/1/DM_SusanaPereira_MSOL2016.pdf.

PIMENTA, José da Costa - *Código de processo penal anotado*. Lisboa: Rei dos Livros, 1987.

PINA, Luis de - *Dactiloscopia (Identificação-Polícia Científica)*. Lisboa: Bertrand, 1938.

PINA, Pedro - Arbitragem e jurisdição. *Julgar*. Lisboa. ISSN 1646-6853. N 6 (2008), pp. 135-160.

PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur - *A Constituição e o Processo Penal.* Coimbra: Coimbra editora, 2007. ISBN 9789723215069.

PINTO, Rui - *Código de processo civil anotado.* Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7465-8.

PINTORE, Anna - *Il Diritto senza verità.* Madrid: Dykinson (2005). ISBN 978-8834862438.

PITÃO, José António de França - *Código de processo civil anotado.* Lisboa: Quis iuris?, 2016. ISBN 978-972-724-749-3. T I.

POPPER, Karl - *Conjecturas e refutações*. Nota apres. João Carlos Espada; trad. Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 972-40-1878-6.

POPPER, Karl - *O realismo e o objeto da ciência: pós-escrito á lógica da descoberta científica*. Trad. Nuno Ferreira da Fonseca. Lisboa: D. Quixote, 1992. ISBN 972-20-0592-8.

PRADO, Geraldo - *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custórdia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. ISBN 978-85-66722-18-5.

PROVEDOR DE JUSTIÇA - *Recomendações n.º 9-B/2012 e n.º 11-A/2012* [Em linha]. 2012. Disponível em https://www.provedor-jus.pt/documentos/Rec_9B_11A_2012.pdf.

PROVEDOR DE JUSTIÇA - *Relatório - atrasos na realização das perícias médico-legais: implicações sobre a celeridade processual* [Em linha]. 2012. [06.01.2022]. Disponível em https://www.provedor-jus.pt/documentos/Relatorio_INMLCF.pdf.

RAM, Natalie - Inside the cell: the dark side of forensic DNA. *Journal of Law and the Biosciences* [Em linha]. V 3 I 2 (2016). Pp. 426-435. [23.02.2022]. Disponível em https://academic.oup.com/jlb/article/3/2/426/1751222. ISSN 2053-9711.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas - Nota de abertura. In RANGEL, Rui - *Ser juiz hoje*. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 9789724033587.

RAPOSO, João António - O princípio da verdade material: um contributo para a sua fundamentação constitucional. In DIAS, Augusto Silva et all - *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito.* Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3951-0. Pp. 833-840.

REDMAYNE, Mike - Expert evidence and criminal justice. Oxford: Oxford Uuniversity Press, 2004. ISBN 0198267800.

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes - *Comentários ao Código de Processo Civil.* Coimbra: Livraria Almedina, 2004. ISBN 9724021726. V 1.

REILLY, Sean P. - Federal rule of evidence 704 (b): a remedy in need of a cure. *Regent University Law Review* [Em linha]. V 28 (1987), pp. 111-136. [10.12.2019]. Disponível em https://www.regent.edu/acad/schlaw/student_life/studentorgs/lawreview/docs/issues/v28n1/11_Reilly_vol_28_1.pdf. ISSN 1056-3962.

REIS, Alberto dos Reis - *Código de Processo civil anotado.* Coimbra: Coimbra Editora, 1981. V IV.

RICE, Paul; DELKER, Neals-Erik William - Federal Rules of Evidence Advisory Committee: a short history of too little consequence. *Federal Rules Decisions* [Em linha]. V 191 (2000), pp. 678-737. [10.09.2019]. Disponível em https://web.archive.org/web/20090324190317/https://www.wcl.american.edu/pub/journals/evidence/short_history.pdf?rd=1, pp. 679-687.

RIVELLO, Peir - *La prova scientifica.* Milano: Giufrè Editore, 2014. ISBN 9788814188480.

RODRIGO, Santiago - Sobre a prova pericial no Código de Processo penal de 1987. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra. ISSN 0871-856 3. A 11. N 3 (2001), pp. 379-412.

RODRIGUES, Anabela Miranda - A Fase Preparatória do Processo Penal: Tendências na Europa. O Caso Português. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*: *estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares.* Coimbra. Coimbra editora, 2001. ISBN 9789723210507. Pp. 943-944.

RODRIGUES, Benjamim Silva - *Da prova penal: a prova científica - exames, análises ou perícias de DNA? Controlo de velocidade, álcool e substâncias psicotrópicas.* 3ª ed. rev. com., atual. S.l.: Rei dos livros, 2010. ISBN 978-989-8305-09-1.

RODRIGUES, Benjamim Silva - *Da prova penal: bruscamente...a(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*. Lisboa: Rei dos livros, 2010. ISBN 9789898305091.

RODRIGUES, Benjamim Silva: *Da prova penal: novos métodos "científicos" de investigação criminal nas fronteiras das nossas crenças.* Sintra: Rei dos Livros: 2010. ISBN 9789898305220.

RODRIGUES, Cunha - Actas da 1.ª comissão revisora do código penal português: acta n.º 21, de 16.03.1992.

RODRIGUES, Cunha - O perfil do profissional juiz na Constituição de República de 1976. In HOMEM, António Pedro Barbas - *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3745-5. Pp. 282-291.

RODRIGUES, Fernando Pereira - *Os meios de prova em processo civil.* 3ª ed. rev. atu. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7020-9.

ROERMNDO, B. V. - *Derecho, relato y realidade.* Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

ROEWER, Lutz - DNA fingerprinting in forensics: past, present, future. *Investigative Genetics* [Em linha]. V 4, N 22 (2013), pp. 1-10 [10.06.2022]. Disponível em https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3831584/pdf/2041-2223-4-22.pdf. ISSN 2041-2223.

ROXIN, Claus - Derecho Procesal penal. 25.ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. ISBN 9879120361.

RUÇO, Alberto Augusto Vicente - *Prova e formação da convicção do juiz*. 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6979-1.

RUIVO, Maria da Conceição - A Ciência tal qual se faz ou tal qual se diz? In SANTOS, Boaventura de Sousa (org) - *Conhecimento prudente para uma vida decente: 'Um Discurso sobre as Ciências' revisitado*. Porto: Edições Afrontamento, 2003. ISBN 972-36-0688-7. Pp. 443-567.

RUNKLE, Deborah - Court appointed scientific experts: a demonstration project of the American Association for the Advancement of Science. *Risk Decision and Policy* [Em linha]. V 6 (2001), pp. 139-143. [16.12.2019]. Disponível em DOI: https://doi.org/10.1017/S1357530901000369. ISSN 1466-4534.

SÁ, Fernando Oliveira - A medicina legal em Portugal e a peritagem contraditória. *Boletim do Ministério da Justiça.* ISSN 0870-337 X. N 303 (1981). Pp. 5-20.

SAKS, Michael J.; KOEHLER, Jonathan J. - The coming paradigm shift in forensic identification science. *Science* [Em linha]. V 309 (105), pp. 892-895. [12.06.2022]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962968. ISSN 1095-9203.

SAKS, Michael J.; KOEHLER, Jonathan J. - The individualization fallacy in forensic science evidence. *Vanderbilt Law Review* [Em linha]. V 61 (2008), pp. 199-219 [12.06.2022]. disponível em https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1492&context=vlr. ISSN 0042-2533.

SANDERS Joseph - From Science to evidence: the testimony on causation in the bendectin cases. *Stanford Law Review* [Em linha]. V 46, N 1 (1993), pp. 1-86. [20.01.2020]. Disponível em https://www.jstor.org/stable/pdf/1229235.pdf?seq=1. ISSN 1939-8581.

SANDERS, Joseph - Science, law, and the expert witness. *Law and Contemporary Problems* [Em linha]. V 72 (2009), pp. 63-90. [10.01.2022]. Disponível em http://www.law.duke.edu/journals/lcp. ISSN 239186.

SANGERO, Boaz; HALPERT, Mordechai - Why a conviction should not be based on a single piece of evidence: a proposal for reform. *Jurimetrics* [Em linha]. V 48 (2007). Pp. 43-94. [21.02.2022]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1651474. ISSN 00226793.

SANTOS, Boaventura de Sousa - Que formação para os magistrados de hoje? In AAVV - *Que formação para os magistrados de hoje?*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2000. ISBN 972-9363-06-4. Pp 25- 43.

SANTOS, Boaventura de Sousa - *Um discurso sobre as Ciências*. 12.ª ed. Porto: Edições Affrontamento, 2001. ISBN 972-360-503-1.

SANTOS, Carlos Diogo - Diretora adjunta: "quando chegámos dizia-se que a PJ não ia sobreviver mais três ou quatro meses, estava quase no ponto de ter de encerrar". *Observador* [Em linha]. [09.05.2021]. Disponível em https://observador.pt/especiais/luisa-proenca-quando-chegamos-dizia-se-que-a-pj-nao-ia-sobreviver-mais-tres-ou-quatro-meses-estava-quase-no-ponto-de-ter-de-encerrar/[06.01.2022].

SANTOS, Filipe José da Silva Cardoso - *Genética forense, justiça e média em Portugal: elementos de co-produção num estudo de cinco casos criminais* [Em linha]. Braga: Instituto de Ciências Sociais, 2015. Tese de Doutoramento. [04.06.2022]. Disponível em http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/36678.

SANTOS, Gil Moreira dos - *O direito processual penal*. Porto: Asa editores, 2003. ISBN 9789724131955.

SANTOS, Jorge Costa - Intervenção pericial pluridimensional e interdisciplinar na área da justiça. In ASSOCIAÇÃO MUNDIAL DE PSIQUIATRIA E PSICOLOGIA FORENSES E CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS - *Criminalidade e Cultura: actas.* Lisboa: CEJ, 1992. ISBN 972-9122-11-3. V II, pp. 27-48.

SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel - *Código de Processo Penal anotado.* 2ª. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1999. ISBN 972-51-0836-1. V 1.

SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel, SANTOS; João Simas - *Noções de processo penal*. 2.ª ed. Lisboa: Letras e Conceitos, 2011. ISBN 978-989-8305-10-7.

SANTOSUOSSO Amedeo; REDI, Carlo Alberto - The need for scientists and judges to work together: regarding a new european network. *Health and Quality of Life Outcomes* [Em linha]. V 1 (2003). [30.08.2022]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/10647049_The_need_for_scientists_and_judges_to_work_together_Regarding_a_new_European_network. ISSN 1477-7525.

SCHUCK, Peter - Multiculturalism redux: Science, Law, and Politics. *Yale Law & Policy Review* [Em linha]. V 11 (1993), pp. 1-46. [12.05.2022]. Disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1240&context=ylpr. ISSN 0740-8048.

SCHUMM, Jeffrey M. - Precious little guidance to the "gatekeepers" regarding admissibility of nonscientific evidence: an analysis of Kumho Tire Co. v. Carmichael. *Florida State University Law Review* [Em linha]. V 27 (2000), pp. 865-896. [05.12.2019]. Disponível em https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1370&context=lr. ISSN 0096-3070.

SCHWEITZER, N. J.; SAKS, M. J. - The *CSI* effect: popular fiction about forensic science affects the public's expectations about real forensic science. *Jurimetrics* [Em linha]. N 47 (2007), pp. 357-364. [20.06.2021]. Disponível em http://www.public.asu.edu/~nschwei/archive/csieffect.pdf. ISSN 0897-1277.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz - *Provas (direito probatório material).* Lisboa: s.n., 1962.

SGANZERLA, Rogério Barros - A mistificação da prova pericial como forma de busca da verdade. *Revista de Direito e Liberdade* [Em linha]. V 14, N 2 (2012). Pp. 235-253 [02.02.2022]. Disponível em https://redib.org/Record/oai_articulo775379-a-mistifica%C3%A7%C3%A3o-da-prova-pericial-como-forma-de-busca-da-verdade. ISSN 2177-1758.

SHUMAN Daniel W. *et al.* - An empirical examination of the use of *expert witness*es in the courts: part ii - a three city study. *Jurimetrics* [Em linha]. V 34, N 2 (1993), pp. 193-208. [12.01.2020]. Disponível em https12.01.2020]. Disponível em https://www.jstor.org/stable/29762258?seq=1. ISSN *ISSN* 0897-1277.

SILVA, Germano Marques - *Direito processual penal português - noções e princípios gerais: sujeitos processuais*. 2.ª ed. 2.ª reim. Lisboa: Universidade Católica editora, 2020. ISBN 9789725405666. V 2.

SILVA, Germano Marques da - A criminalidade organizada e a investigação criminal (nem pactos com o "diabo" nem utilização de meios diabólicos no seu combate). In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *III Congresso de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 9789724028149. Pp. 397-414.

SILVA, Germano Marques da - *Curso de Processo Penal*. 4.ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 2008. ISBN: 9789722230438. V II.

SILVA, José Pereira da - A propósito do exame psicológico no âmbito penal. *Análise psicológica*. Lisboa. ISSN 0870-8231. V 1 (1993). Pp. 29-36.

SILVA, Ronaldo Miguel da Silva - Epistemologia do testemunho: o testemunho como fonte de justificação. *Problemata* [Em linha]. V 5, N 2 (2014), pp. 221-251. [10.02.2022]. Disponível em https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/problemata/article/view/19900. ISSN 2236-8612.

SIMAS, Alexandre; CALISTO, Fernando; CALADO, Francisco - *Dactiloscopia e Inspecção Lofoscópica.* Lisboa: ISPCC/PJ, 2001.

SMMP - *Parecer à Proposta de Lei 77/XII*. [Em linha]. [05.08.2022]. Disponível em https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4d5a5763765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d45765a5441344e546b314e5441744f4467304e533030595749304c546869597a41744d

4745324d4455314e7a4d304d5749304c6e426b5a673d3d&fich=e0859550-8845-4ab4-8bc0-0a60557341b4.pdf&Inline=true.

SONEGHETI, Victor - *O recurso à ciência no processo: a prova científica no direito processual civil brasileiro* [Em linha]. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, 2012. Dissertação de Pós-Graduação. [10.08.2022]. disponível em https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/2727/1/tese_5699_Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Victor%20Sonegheti%20-%20O%20Recurso%20%C3%A0%20Ci%C3%AAncia%20no%20Processo%20-%20A%20Prova%20Cient%C3%ADifca%20no%20Direito%20Processual%20Civil%20Brasileiro.pdf.

SOUSA, João Henrique Gomes de - A "perícia" técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial. *Julgar.* Coimbra. ISSN 1646-6853. N 15 (2011). Pp. 27-52.

SOUSA, Luís Filipe Pires de - A valoração da prova pericial. *Revista Portuguesa do Dano Corporal.* Coimbra. ISSN 1645-0760. V 27 (2016), pp. 11-24.

SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova por Presunção no Direito Civil*. 3ª ed. rev. amp. Coimbra: Almedina, 2917. ISBN 9789894001515.

SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova testemunhal.* 2.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2020. ISBN 9789724086446.

STEHR, Nico; GRUNDMANN, Reiner - *Experts: the knowledge and power of expertise*. Oxon: Routledge, 2011. ISBN 978–0–203–82964–6.

SWINBURNE, R. G. - The paradoxes of confirmation: a survey. *American Philosophical Quarterly* [Em linha]. SWINBURNE, R. G. - The paradoxes of confirmation: a survey. *American Philosophical Quarterly* [Em linha]. V 8, N 4 (1971), pp. 318-220. [10.06.2022]. Disponível em https://www.jstor.org/stable/20009411. ISSN 2152-1123.

TARONI, Franco; AITKEN, Colin - Forensic science at trial. *Jurimetrics* [Em linha]. N 37 (1997). Pp. 327-337. [04.03.2022]. Disponível em https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/juraba37&div=37&id=&page=. ISSN 00226793.

TARUFFO Michele - Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* [Em linha]. N 114 (2005), pp. 1285-1312. [21.06.2021]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/26612138_Conocimiento_cientifico_y_estandares_de_prueba_judicial. ISSN 2448-4873.

TARUFFO Michele - *La Prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Metropolitana, 2009. ISBN 9562860957.

TARUFFO Michele - Note sulla garanzia costituzionale della motivazione. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.* Coimbra. N 55 (1979), pp. 29-38.

TARUFFO, Michele - A prova. São Paulo: Marcial Pons, 2008. ISBN 9788497686167.

TARUFFO, Michele - Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* [Em linha]. N 114 (2005), pp. 1285-1312. [21.06.2021]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/26612138_Conocimiento_cientifico_y_estandares_de_prueba_judicial. ISSN 2448-4873.

TARUFFO, Michele - Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria. *Quaderni della Rivista Trimestrale do Diritto e Procedura Civile: Decisione giudiziaria e veritá scientifica.* Milano. ISSN 9788814119323. N 8 (2005), pp. 3-24.

TARUFFO, Michele - Consideraciones sobre prueba y verdade. *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas DyL.* Madrid. N 11, año VII (2002), pp. 99-126.

TARUFFO, Michele - La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses. In VÁZQUEZ, Carmen - *Estándares de Prueba y Prueba Científica*. Marcial Pons: Madrid, 2013. ISBN 978-84-15664-53-6. Pp. 203-213.

TARUFFO, Michele - *La prueba de los hechos.* 2.ª ed. Bologna: Editorial Trotta, 2005. ISBN 84-8164-534-6.

TARUFFO, Michele - Lê prove scientifiche nella recente esperienza statunitense. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.* Milano. ISSN 0391-1896. A L, N 1 (1996), pp. 219-249.

TARUFFO, Michele - Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista da Escola Paulista da Magistratura* [Em linha]. V 2, N 2 (1001), pp. 171-204. [05.06.2021]. Disponível em https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=20535.

TAUPIN, Jane Moira - *Introduction to Forensic DNA Evidence for Criminal Justice Professionals*. London: TAYLOR & FRANCIS 2014. ISBN 9781138415805.

TAVARES, Sandra - *Valor da prova pericial médico-legal em processo penal: adequação à atividade médica*. S.l.: Eudito, 2017. ISBN 978-989-8856-60-9.

TEIXEIRA, Carlos Adérito - 'Indícios suficientes: parâmetro de racionalidade e 'instância' de legitimação concreta do poder-dever de acusar. *Revista Centro Estudos Judiciários*. Lisboa. ISBN 9782020158299. N 1 (2004). Pp. 151-190.

TEIXEIRA, João Marques - Inimputabilidade e imputabilidade diminuída: considerações sobre a aplicabilidade destas noções em psiquiatria forense I. *Saúde mental: revista*. Porto. ISSN 0874-6206. V 8, N 4 (2006). Pp. 7-10.

TELES, Isabel Maria Jesus - *Perícias psicológicas forenses: a perceção dos magistrados sobre a sua utilidade* [Em linha]. Braga: Universidade do Minho, 2013. Dissertação de Mestrado. [20.02.2022]. Disponível em http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/25422?mode=full.

THE LAW COMMISSION - The Admissibility of expert evidence in criminal proceedings in England and Wales: a new approach to the determination of evidentiary reliability [Em linha]. (2009). [03.05.2022]. Disponível em http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/cp190_Expert_Evidence_Consultation.pdf.

TOMLINSON, J. J.; ELLIOTT-SMITH, W.; RADOSTA, T. - Laboratory information management system chain of custody: reliability and security. *Journal of Automated Methods and Management in Chemistry* [Em linha]. (2006). Pp. 1-4. [15.08.2022]. Disponível em https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1903459/pdf/S1463924606749070.pdf. ISSN 1464-5068.

TONINI, P. - Dalla perizia «prova neutra» al contraddittorio sulla scienza. *Diritto Penale e Processo*. Milano. ISSN 1591-5611. V 3 (2011), pp. 360-369.

TRIBE, Lawrence H. - Trial by mathmatics precision and ritual in the legal process. *Harvard Law Review* [Em linha]. V 84, N 6 (1971), pp. 1329-1393. [09.08.2022]. Disponível em http://civilstat.com/wp-content/uploads/2016/12/Tribe1971_TrialByMathematics.pdf.

TSUSHIMA, William T.; ANDERSON, Robert M.; JUNIOR, Robert M. Anderson - *Mastering Expert Testimony: A Courtroom Handbook for Mental Health Professionals*. Oxon: Routledge, 2014. ISBN 978-0-805-81889-5.

TWINING, William - Evidence and legal theory. *The Modern Law Review* [Em linha]. V 47, N 3 (1984), pp. 261-283. [01.02.2021]. Disponível em https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-2230.1984.tb01652.x.

TWINING, William - Evidence as a multi-disciplinary subject. *Law, Probability and Risk* [Em linha]. N 2 (2003), pp. 91-107. [01.02.2021]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/228242590_Evidence_as_a_Multi-disciplinary_Subject.

UNITED STATES CODE SERVICE - *USCS Federal Rules Evidence: rule 702* [Em linha]. S.l., Matthew Bender & Company: 2009. [13.01.2020]. Disponível em http://nassau18b.org/forms/USCS_FED_RULES_EVID_702.pdf.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Cadeia de Custódia da Prova*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2020. ISBN 978-972-40-8552-4.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Processo Penal.* 2.ª ed. ver. atal. Aum.Coimbra: Almedina, 2009.ISBN 978-972-40-8629-3. T I.

VARELA, Antunes - Do anteprojecto ao projecto do Código de Processo Civil. *Revista de Legislação e de Jurisprudência.* ISSN 0870-8487. A 123, N 3790 (1990).

VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio - *Manual de processo civil.* 2.ª ed. ver. at. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 9789723201086.

VÁZQUEZ, Carmen - *De la Prueba Científica a la Prueba Pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015. ISBN. 9788416402762.

VÁZQUEZ, Carmen - Sobre la cientificidad de la prueba científica en el proceso judicial. *Anuario de Psicología Jurídica* [Em linha]. V 24 (2014), pp. 65-73. [01.06.2021]. Disponível em https://www.redalyc.org/pdf/3150/315031876009.pdf. ISSN 1133-0740.

VÁZQUEZ, Carmen - El perito de confianza de los jueces. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo.* [Em linha]. V IX, N 18 (2017). Pp. 170-200. [01.09.2021]. Disponível em https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/2060. ISSN 2145-6054.

VÁZQUEZ, Carmen - La im/parcialidad pericial y otras cuestiones afines: confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos. *Isonomía* [Em linha]. N 48 (2018). ISSN 1405-0218. Pp. 69-71. [01.02.2022]. Disponível em https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182018000100069. ISSN 1405-0218.

VÁZQUEZ, Carmen - *La prueba pericial: entre la deferencia y la educación* [Em linha]. Girona: Universitat de Girona, 2014. Tese de Doutoramento. [08.08.2022]. Disponível em https://www.tdx.cat/handle/10803/284763#page=1.

VÁZQUEZ, Carmen - Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales: apuntes desde la epistemología jurídica. *Problema Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* [Em linha]. N 11 (2017). Pp. 341-378 [05.06.2021]. Disponível em https://www.scielo.org.mx/pdf/paftd/n11/2007-4387-paftd-11-341.pdf. ISSN 2448-7937.

VÁZQUEZ, Carmen Vázquez - La prueba pericial en la experiencia estadounidense: el caso Daubert. *Jueces para la Democracia* [Em linha]. N 86 (2016), pp. 92-112. [10.10.2021]. Disponível em https://www.academia.edu/28305930/LA_PRUEBA_PERICIAL_EN_LA_EXPERIENCIA_ESTADOUNIDENSE_EL_CASO_DAUBERT. ISSN 1133-0627.

VERBIC, Francisco - La prueba cientifica en el proceso judicial: identificacion de la nocion en el marco de la teoria general de la prueba. Problemas de admisibilidad y atendibilidad. Santa Fe: Rubinzal, 2008. ISBN 9789507279515.

VERDELHO, Pedro - Técnicas no novo CPP: exames, perícias e prova digital. *Revista do CEJ. Revista do CEJ.* Lisboa. ISSN 1645-829X. N 9 (2008). Pp. 145-172.

VERKERK, Remme - Comparative aspects of expert evidence in civil litigation. *International Journal of Evidence & Proof* [Em linha]. V 1 (2009), pp. 167-197. [20.12.2019]. Disponível em https://doi.org/10.1350/ijep.2009.13.3.321. ISSN 1740-5572.

VICENTE, Dário Moura - *Direito comparado*. 4ª. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7437-5. V I.

VIDAL, Camila - Médico que fez autópsia de Ihor chumbou no exame de especialidade de medicina legal. *Observador* [Em linha]. [01.10.2021]. Disponivel em https://observador.pt/2021/10/01/medico-que-fez-autopsia-de-ihor-chumbou-no-exame-de-especialidade-de-medicina-legal [03.03.2022].

VIEIRA, Duarte Nuno - *A peritagem médica em Direito do trabalho* [conferência online]. [19.02.2021]. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=-gNo5SJOd2U [03.03.2022].

VIEIRA, Fernando; BRISSOS, Sofia - Direito e Psiquiatria: um olhar sobre a cultura judiciária na sua intersecção com a psiquiatria. *Julgar.* Coimbra. ISSN 9781646685400. N 3 (2007). Pp. 45-60.

VIEIRA, Fernando; GRAÇA, Olindina - Perícias psicológicas *versus* perícias psiquiátricas: as minhas, as tuas e as nossas. Limites, confluências e exclusividades. In PAULINO, Mauro; ALMEIDA, Fátima Almeida - *Psicologia, justiça & ciências forenses: perspetivas atuais.* Lisboa: PACTOR, 2014. ISBN 978-989-693-042-4. Pp. 11-27.

VILELA, Rafaela - *Avaliação psicológica forense do abuso sexual de crianças: caracterização - impacto nas decisões judiciais* [Em linha]. Braga: Escola Psicologia. Universidade do Minho, 2008. [11.02.2022]. Disponível em https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/48215.

VOLEK, Ian - Federal rule of evidence 703: the back door and the confrontation clause, ten years later. *Fordham Law Review* [Em linha]. V 80 (2011), pp. 959-1001. [21.10.2019]. Disponível em http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol80/iss2/17. ISSN 0015-704X.

WARD, Tony - An English Daubert? Law, forensic science and epistemic deference. *The Journal of Philosophy, Science & Law:* Daubert. *Special Issue* [Em linha]. V 15 (2015), pp. 26-36. [03.01.2020]. Disponível em https://philpapers.org/rec/WARAED. ISSN 1549-8549.

WARD, Tony - Expert Evidence and the Law Commission: implementation without legislation? *Criminal Law Review* [Em linha]. (2013), pp. 561-576. [03.01.2019]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/289410045_Expert_evidence_and_the_law_commission_Implementation_without_legislation. *ISSN* 0011-135X.

WEINSTEIN, Jack; BERGER, Margaret - *Weinstein's Evidence Manual.* S.l.: LexisNexis, 2005. ISBN 978-1-63283-366-2.

WEISS, Kenneth J.; WATSON, Clarence; XUAN, Yan - Frye's backstory: a tale of murder, a retracted confession, and scientific hubris. *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*. [Em linha]. V 42 (2014), pp. 226-233. [29.11.2019]. Disponível em http://jaapl.org/content/42/2/226. ISSN 1943-3662.

WILLING, Richard - "CSI effect" has juries wanting more evidence. *USA Today* [Em linha]. (05.08.2004). Disponível em http://usatoday30.usatoday.com/news/nation/2004-08-05-csi-effect_x.htm. [01-06.2022].

JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAIS NACIONAIS

STJ. 08.11.1952. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa. ISSN 0870-337X. N 29 (1952).

TRC. 09.06.1992. *Colectânea de Jurisprudência*. Lisboa. ISSN 0870-7979. N 3 (1992).

STJ, 05.05.1993. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa. ISSN 0870-337X. N 441 (1993).

STJ. 05.05.1993. *Colectânea de Jurisprudência*. Lisboa. ISSN 0870-7979. Ano 1. T 11 (1993).

STJ. 15.06.1993. Proc. 044111. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa. ISSN 0870-337X. N 428 (1993).

STJ 16.11.1994. Proc. 46433.

STJ. 20.06.1995. Proc. 087108.

STJ. 20.09.1995. *Colectânea de jurisprudência: acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça* (1995). T III.

TRP. 20.11.1995. Proc. 9351399.

STJ. 03.07.1996. *Colectânea de jurisprudência: acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça* (1996). T III.

TRP. 25.11.1996. Proc. 9650090.

STJ. 22.07.1997. Proc. n.º 97P315.

TRP. 18.09.1997. Proc. 9840107.

STJ. 05.11.1997. *Colectânea de jurisprudência: acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça* (1997). T III.

STJ. 26.11.1997. Proc. 966/97.

STJ. 10.12.1997. Proc. 1108/98.

STJ. 12.02.1998. Proc. 97P1120.

TRP. 16.02.1998. Proc. 9751295.

STJ. 17.02.1998. Proc. 97A989.
STJ. 18.02.1998. Proc. 98B775.
STJ. 20.05.1998. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa. ISSN 0870-337X. N 427 (1998).
STJ. 09.07.1998. Proc. 98A677.
STJ. 05.11.1998. Proc. 773/98.
STJ. 18.11.1998. Proc. 905/98.
STJ. 14.04.1999. Proc. 98P1409.
TC. 30.06.1999. Proc. 698/98.
STJ. 23.11.1999. Proc. 681/9.
STJ. 05.06.2002. Proc. 02P1391.
TRG. 10.07.2002. Proc. 343/01.
TRG. 25.09.2002. Proc. 222/02-2.
TRP. 15.10.2002. Proc. 0220512.
TRP. 29.11.2002. Proc. 0131326.
TRG. 11.12.2002. Proc. 1288/02-2.
STJ. 04.04.2003. Proc. 40/03.
STJ. 15.01.2004. Proc. 3504/03.
STJ. 22.01.2004. Proc. 3048/03.
TRP. 28.01.2004. Proc. 0343780.
STJ. 11.02.2004. Proc. 250/04.03.
STJ. 15.06.2004. Proc. 04B4664.
STJ. 10.11.2004. Proc. 2146/04.
TRC. 10.02.2005. Proc. 3984/04.
STJ. 15.03.2005. Proc. 04B4664.
TRL. 18.03.2005. Proc. 344/12.9GBCLD.L1-3.
TRP. 30.03.2005. Proc. 0444597.
STJ. 31.03.2005. Proc. 05P910.
TRL. 23.04.2005. Proc. 163/15.0YRLSB.L1-2.
TRG. 27.06.2005. Proc. 895/05-1.
TRL. 30.06.2005. Proc. 2076/2005-6.
TRG. 27.04.2006. Proc. 2347/05-1.
TRC. 05.07.2006. Proc. 1785/06.
STJ. 21.11.2006. Proc. 06A3489.
STJ. 20.12.2006. Proc. 06P3505.
TRL. 15.02.2007. Proc. 272/06-6.
TC. 27.02.2007. Proc. 847/05.
TC. 02.03.2007. Proc. 695/06.
TC. 19.03.2007. Proc. 155/2007.
TRL. 21.03.2007. Proc. 10524/2006-3.
TRP. 21.03.2007. Proc. 0635835.
TRL. 17.04.2007. Proc. 2989/07-9.
TRL. 05.05.2007. Proc. 3129/2007-1.
TC. 08.05.2007. Proc. 899/INC.
TRE 05.06.2007. Proc. 648/07-1.
STJ. 11. 07.2007. Proc. 07P1416.
STJ. 07.11.2007. Proc. 07P1416.
STJ. 07.11.2007. Proc. 3986/07.
TRC. 29.01.2008. Proc. 2087/03.5TBPBL.C1.
STJ 13.02.2008. Proc. 07S2916.
STJ. 05.06.2008. Proc. 06P3649.

STJ. 01.10.2008. Proc. 08P2035.
STJ. 08.10.2008. Proc. 08P2844.
STJ. 15.10.2008. Proc. 08P2864.
TRC. 26.11.2008. Proc. 128/05.0JAAVR.C1.
TRL. 05.12.2008. Proc. 10442/2008-3.
TRP. 25.02.2009. Proc. 0846910.
TRC. 11.03.2009. Proc. 4/05.7TAACN.C1
TRC. 26.05.2009. Proc. 91/03.2TAMIR.C2.
STJ. 18.06.2009. Proc. 1248/07.2PAALM.S1.
TRL. 07.07.2009. Proc. 61/1996.C1.
TRL. 05.11.2009. Proc. 5990/08.2TBOER-A.L1-6.
TRG. 30.11.2009. Proc. 459/05.0GAFLG.
TRG. 17.12.2009. Proc. 21/16.1T8VPC-B. G1.
TRG. 25.01.2010. Proc. 300/04.0GBBCL.G2.
TRP. 27.01.2010. Proc. 45/06.7PIPRT.P1.
STJ. 03.03.2010. Proc. 138/02.0PASRQ.I.1.
TRL. 11.03.2010. Proc. 919/05.TBOVR-AL1.
TRE. 10.05.2010. Proc. 401/07.3GDSTB-A.E1.
TRC. 29.06.2010. Proc. 1045/08.8TBCBR-A.C1.
TRP. 08.09.2010. Proc. 2285/05.7DPRT.P.
TRE. 21.10.2010. Proc. 281/04.0TALGS.E2.
TRP. 22.11.2010. Proc. 1231/07.8TBMAI-A.P1.
TRP. 22.02.2011. Proc. 392/10.3TBPVZ-A.P1.
STJ. 27.04.2011. Proc. 693/09.3JABRG.P2.S1.
TRC. 31.05.2011. Proc. 1197/05.9TBGRD.C2.
STJ. 06.07.2011. Proc. 3612/07.6TBLRA.C2.S1.
TRL. 15.09.2011. Proc. 1154/07.0POLSB.L1-9.
TRG. 20.10.2011. Proc. 4716/15.9T8VCT-A.G1.
TRC. 06.12.2011. Proc. 445/09.0TBSEI.C1.
TRL. 07.02.2012. Proc. 2722/03.5TCSNT.L1-7.
TRG. 02.03.2012. Proc. 245/08.5TCGMR-A.G1.
TRC. 24.04.2012. Proc. 4857/07.6TBVIS.C1.
TRE. 15.05.2012. Proc. 320/09.6PBSTR.E1.
TRG. 17.05.2012. Proc. 402/06.9TBVCT.
TRE. 31.05.2012. Proc. 28/11.5-B.
TRP. 05.07.2012. Proc. 2809/10.8TJVNF-A.P1.
STJ. 15.11.2012. Proc. 234/11.2JAPRT.P1.
TRE. 05.02.2013. Proc. 529/08.2TAPTG.E1.
TRP. 10.04.2013. Proc. 430/09.2GDSTS.P1.
TRC. 10.09.2013. Proc. 171/10.8TBSAT.C1.
STJ. 12.09.2013. Proc. 234/11.2JAPRT.P1.
TRP. 07.10.2013. Proc. 9217/10.9TBVNG-A.P1.
TRP. 09.10.2013. Proc. 136/09.2TAESP.P1.
STJ. 13.10.2013. Proc. 36/11.6PJOER.L1.S1.
STJ. 16.10.2013. Proc. 36/11.6PJOER.L1.S1.
TRE. 03.12.2013. Proc. 297/06.2GAGLG.E1.
TRE. 28.01.2014. Proc. 239/07.8GCLGS.E1.
TRG. 13.03.2014. Proc. 548/11.1TBCBT-D.G1.
TRC. 30.04.2014. Proc. 2317/07.4TAAVR.C1.
TRG. 08.05.2014. Proc. 362-E/2002.G1.

TRE. 13.05.2014. Proc. 200/11.8GTEVR.E1.
STJ. 22.05.2014. Proc. 2264/06.7TVLSB.L1.S1.
TRE. 28.05.2014. Proc. 333/05.0TBLGS-C.E1.
TRL. 04.06.2014. Proc. 14509/13.2T2SNT-A.L1-4.
STJ. 21.10.2014. Proc.14/2014.
TRP. 04.02.2015. Proc. 443/09.4TRPRT.P2.
TRL. 12.03.2015. Proc. 1743/06.0TVLSB.L1-2
TRL. 18.03.2015. Proc. 344/12.9GBCLD.L1-3.
TRC. 28.04.2015. Proc. 408/13.1TBBBR-A.C1.
TRE. 19.05.2015. Proc. 7545/08.2TDLSB.E1.
TRC. 27.05.2015. Proc. 87/12.3GASAT.C1.
TRE. 02.06.2015. Proc. 55/13.8TAABT.E1.
TRC. 01.07.2015. Proc. 168/09.0TATND.C2.
TRP. 08.07.2015. Proc. 119/14.0JAPRT.P1.
TRL. 08.10.2015. Proc. 8264/09.8T2SNT.L2-6D.
TRE. 19.11.2015. Proc. 569/10.
TRC. 15.12.2015. Proc. 17/15.
TRG. 07.01.2016. Proc. 3743/13.5TBGMR-A.G1.
TRP. 11.01.2016. Proc. 4135/14.4TBMAI-A.P1.
STJ. 21.01.2016. Proc. 1008/08.3GCSTS.
TRP. 07.04.2016. Proc. 197/14.2TTOAZ.P1.
TRC. 14.06.2016. Proc. 256/12.6TBAVZ-A.C1.
TC. 01.02.2017. Proc. 682/16.
TRG. 02.02.2017. Proc. 6420/14.6T8VNF-A.G1.
TCA. 10.02.2017. Proc. 00395/09.0BEPRT-B.
TRE. 09.03.2017. Proc. 81/14.0T8FAR.E1.
TRE. 18.04.2017. Proc. 51/14.8GDPTG.E1.
TRE. 02.05.2017. Proc. 208/14.1ECLSB.E1.
TRG. 18.05.2017. Proc. 1291/15.8T8VCT-A.
TRC. 24.05.2017. Proc. 536/15.9T9FIG.C1.
TRL. 06.07.2017. Proc. 4361/10.5TTLSB.L1-4.
TRL. 06.07.2017. Proc. 590/12.5JDLSB.L1-9.
STJ. 20.09.2017. Proc. 596/12.4 JABRG.G2.S1.
TRC. 18.10.2017. Proc. 104/15.5GBSCD.C1.
TRG. 26.10.2017. Proc. 5237/16.8T8GMR.G1.
TRC. 15.11.2017. Proc. 254/14.5 JACBR.C1.
TRL. 22.11.2017. Proc. 579/12.4JAFUN.L1-3.
TRG. 25.01.2018. Proc. 2355/15.3T8VCT.G1.
STJ. 07.02.2018. Proc. 59/15.6GGODM.E1.S1.
TRG. 07.06.2018. Proc. 3/14.8TJVNF.G2.
TRE. 25.09.2018. Proc. 1064/16.0GDSTB.E1.
TRG. 04.10.2018. Proc. 3621/17.9T8BRG-A.G1.
TRE. 18.10.2018. Proc. 803/06.2TBVNO-A.E1.
TRC. 28.10.2018. Proc. 1864/17.4T8LRA-A.C1.
TRL. 30.10.2018. Proc. 881/18.
TRE. 20.12.2018. Proc. 828/15.7T9STR.E1.
TRL. 06.02.2019. Proc. 264/13.0TELSB.L1-3.
TRP. 21.02.2019. Proc. 961/18.3T8VFR-A.P1.
STJ. 03.04.22019. Proc. 38/17.9JAFAR.E1.S1.
TCAS. 04.04.2019. Proc. 1045/16.4BEALM.

TRL. 08.05.2019. Proc. 156/16.0JAAVR-B.P1.
TRE. 21.05.2019. Proc. 61/15.8EAEVR.E1 .
TRL. 24.09.2019. Proc. 2009/17.6T8OER-C.L1-7.
TRL. 30.10.2019. Proc. 405/14.0TELSB.L1-3.
STJ. 05.11.2019. Proc. 3124/13.0TBVFX-A.L1-7.
TRG. 07.11.2019. Proc. 578/18.2T8VCT.G1.
TRG. 05.12.2019. Proc. 6318/18.9T8BRG-A.G1.
TRG. 17.12.2019. Proc. 21/16.1T8VPC-B. G1.
STJ. 18.12.2019. Proc. 733/17.2JAPRT.G1.S1.
TRC. 22.01.2020. Proc. 31/18.4PCCBR.C1.
TRG. 23.01.2020. Proc. 5588/19.8T8VNF-A.G1.
TRL. 09.03.2020. Proc. 910/05.9TCSNT-A.L1-7.
TRL.11.03.2020. Proc. 949/05.4TBOVR-A.L1-8.
TRG. 07.06.2020. Proc. 3/14.8TJVNF.G2.
TRG. 13.07.2020. Proc. 818/18.8GCBRG-A.G1.
TRL. 22.09.2020. Proc. 164/17.4PTAMD-A.L1-5.
TRG. 21.01.2021. Proc. 847/20.T8BCL-C.G1.
STA. 18.02.2021. Proc. 02386/16.6BEPRT.
TRL. 23.02.2022. proc. 1549/19.7 T9SNT.L1-3.
STJ. 24.02.2021. Proc. 34/11.0TAAGH.L1.S1.
TRL. 07.04.2021. Proc. 160/16.9GEACB.L1-3.
STJ. 23.06.2021. Proc. 199/07.5TTVCT-E.G1.S.
TRE. 21.10.2021. Proc. 281/04.0TALGS.E2.
TRE. 11.11.2021. Proc. 115/21.1T8TVR-A.E1.
TRC. 23.11.2021. Proc. 486/21.0T8VIS-B.C1.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TEDH. 06.05.1985. Bönisch v. Austria.
TEDH. 23.04.1998. Bernard vs França.
TEDH. 11.01.2007. Augusto v. France.
TEDH. 11.12.2008 Mirilashvili v Russia.
TEDH.16.02.2010. Eugenia Lazar v. Roménia.
TEDH. 31.05.2011. Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia.
TEDH. 04.04.2013. C.B. v. Austria.

Tribunais norte-americanos

Frye v. United States. 293 F. 1013 D.C..Cir (1923).
State v. Olivas 77 Ariz. 118 (1954).
Indianapolis Colts, Inc. v. Metro. Balt. Football Club Ltd., 34 F.3d 410, 415 (7th Cir. 1994).
Hall v Baxter Healthcare Corp, 947 FSupp 1387 (D Ore 1996).
General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997).
Sheehan v. Daily Racing Form, Inc., 104 F.3d 940, 942 (7a Cir. 1997).
Moore v. Ashland Chemical, Inc., 151 F.3d 269 (5a Cir. 1998).
Sterling v. Velsicol Chem. Corp., 855 F.2d 1188 (6a. Cir. 1988).

Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999).
Metaboline International, Inc. v. Wornick 264 F. 3d 832 (Ninth Circ. 2001).
United States v. Dico, Inc. 226 F. 3d 864 (Eight Circ. 2001).
High Fructose Corn Syrup Antitrust Litig., 295 F.3d 651, 665 (7th Cir. 2002).
City of Pomona v. SQM N. Am. Corp., 750 F.3d 1036, 1047 (9th Cir. 2014).

ANEXOS

ANEXO A - CASO FRYE V. UNITED STATES (1923)

No. 3968

Submitted November 7, 1923

Decided December 3, 1923

Appeal from the Supreme Court of the District of Columbia. James Alphonzo Frye was convicted of murder, and he appeals. Affirmed.

Richard V. Mattingly and Foster Wood, both of Washington, D.C., for appellant.

Peyton Gordon and J. H. Bilbrey, both of Washington, D.C., for the United States.

Before SMYTH, Chief Justice, VAN ORSDEL, Associate Justice, and MARTIN, Presiding Judge of the United States Court of Customs Appeals.

VAN ORSDEL, Associate Justice.

Appellant, defendant below, was convicted of the crime of murder in the second degree, and from the judgment prosecutes this appeal.

A single assignment of error is presented for our consideration. In the course of the trial counsel for defendant offered an expert witness to testify to the result of a deception test made upon defendant. The test is described as the systolic blood pressure deception test. It is asserted that blood pressure is influenced by change in the emotions of the witness, and that the systolic blood pressure rises are brought about by nervous impulses sent to the sympathetic branch of the autonomic nervous system. Scientific experiments, it is claimed, have demonstrated that fear, rage, and pain always produce a rise of systolic blood pressure, and that conscious deception or falsehood, concealment of facts, or guilt of crime, accompanied by fear of detection when the person is under examination [p 1014], raises the systolic blood pressure in a curve, which corresponds exactly to the struggle going on in the subject's mind, between fear and attempted control of that fear, as the examination touches the vital points in respect of which he is attempting to deceive the examiner.

In other words, the theory seems to be that truth is spontaneous, and comes without conscious effort, while the utterance of a falsehood requires a conscious effort, which is reflected in the blood pressure. The rise thus produced is easily detected and distinguished from the rise produced by mere fear of the examination itself. In the former instance, the pressure rises higher than in the latter, and is more pronounced as the examination proceeds, while in the latter case,

if the subject is telling the truth, the pressure registers highest at the beginning of the examination, and gradually diminishes as the examination proceeds.

Prior to the trial defendant was subjected to this deception test, and counsel offered the scientist who conducted the test as an expert to testify to the results obtained. The offer was objected to by counsel for the government, and the court sustained the objection. Counsel for defendant then offered to have the proffered witness conduct a test in the presence of the jury. This also was denied.

Counsel for defendant, in their able presentation of the novel question involved, correctly state in their brief that no cases directly in point have been 1 found. The broad ground, however, upon which they plant their case, is succinctly stated in their brief as follows:

"The rule is that the opinions of experts or skilled witnesses are admissible in evidence in those cases in which the matter of inquiry is such that inexperienced persons are unlikely to prove capable of forming a correct judgment upon it, for the reason that the subject-matter so far partakes of a science, art, or trade as to require a previous habit or experience or study in it, in order to acquire a knowledge of it. When the question involved does not lie within the range of common experience or common knowledge, but requires special experience or special knowledge, then the opinions of witnesses skilled in that particular science, art, or trade to which the question relates are admissible in evidence."

Numerous cases are cited in support of this rule. Just when a scientific principle or discovery crosses the line between the experimental and demonstrable stages is difficult to define. Somewhere in this twilight zone 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 the discovery, development, and experiments thus far made.

The judgment is affirmed.

ANEXO B - FEDERAL RULES OF EVIDENCE (1975)

ARTICLE I - General provisions

Rule 104. Preliminary questions

(a) Questions of admissibility generally - Preliminary questions. Concerning the qualification of a person to be a witness, the existence of a privilege, or the admissibility of evidence shall be determined by the court, subject to the provisions of subdivision (b). In making its determination it is not bound by the rules of evidence except those with respect to privileges.

(b) Relevancy conditioned on fact.- When the relevancy of evidence depends upon the fulfillment of a condition of fact, the court shall admit it upon, or subject to, the introduction of evidence sufficient to support a finding of the fulfillment of the condition.

(c) Hearing of jury - Hearings on the admissibility of confessions shall in all cases be conducted out of the hearing of the jury. Hearings on other preliminary matters shall be so conducted when the interests of justice require or, when an accused is a witness, if he so requests:

(d) Testimony by accused.- The accused does not, by testifying upon a preliminary matter, subject himself to cross-examination as to other issues in the case.

(e) Weight and credibility.- This rule does not limit the right of a party to introduce before the jury evidence relevant to weight or credibility.

ARTICLE IV - Relevancy and its limits

Rule 401. Definition of "relevant evidence"

"Relevant evidence" means evidence having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence.

Rule 402. Relevant evidence generally admissible; irrelevant evidence inadmissible

All relevant evidence is admissible, except as otherwise provided by the Constitution of the United States, by Act of Congress, by these rules, or by other rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority. Evidence which is not relevant is not admissible.

Rule 403. Exclusion of relevant evidence on grounds of prejudice, confusion, or waste of time

Although relevant, evidence may be excluded if its probative value is substantially outweighed by the danger of unfair prejudice, confusion of the issues, or misleading the jury, or by considerations of undue delay, waste of time, or needless presentation of cumulative evidence.

Article VII - Opinions and expert testimony

Rule 701. Opinion testimony by lay witnesses

If the witness is not testifying as an expert, his testimony in the form of opinions or inferences is limited to those opinions or inferences which are:

(a) rationally based on the perception of the witness and

(b) helpful to a clear understanding of his testimony or the determination of a fact in issue.

Rule 702. Testimony by experts

If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise.

Rule 703. Bases of opinion testimony by experts

The facts or data in the particular case upon which an expert bases an opinion or inference may be those perceived by or made known to him at or before the hearing. If of a type reasonably relied upon by experts in the particular field in forming opinions or inferences upon the subject, the facts or data need not be admissible in evidence.

Rule 704. Opinion on ultimate issue

Testimony in the form of an opinion or inference otherwise admissible is not objectionable because it embraces an ultimate issue to be decided by the trier of fact.

Rule 705. Disclosure of facts or data underlying expert opinion

The expert may testify in terms of opinion or inference and give his reasons therefor without prior disclosure of the underlying facts or data, unless the court requires otherwise. The expert may in any event be required to disclose the underlying facts or data on cross-examination.

Rule 706. Court appointed experts

(a) Appointment. The court may on its own motion or on the motion of any party enter an order to show cause why expert witnesses should not be appointed, and may request the parties to submit nominations. The court may appoint any expert witnesses agreed upon by the parties, and may appoint expert witnesses of its own selection. An expert witness shall not be appointed by the court unless he consents to act. A witness so appointed shall be informed of his duties by the court in writing, a copy of which shall be filed with the clerk, or at a conference in which the parties shall have opportunity to participate. A witness so appointed shall advise the parties of his findings, if any; his deposition may be taken by any party; and he may be called to testify by the court or any party. He shall be subject to cross-examination by each party, including a party calling him as a witness.

(b) Compensation. Expert witnesses so appointed are entitled to reasonable compensation in whatever sum the court may allow. The compensation thus fixed is payable from funds which may be provided by law in criminal cases and civil actions and proceedings involving just compensation under the fifth amendment. In other civil actions and proceedings the compensation shall be paid by the parties in such proportion and at such time as the court directs, and thereafter charged in like manner as other costs.

(c) Disclosure of appointment. In the exercise of its discretion, the court may authorize disclosure to the jury of the fact that the court appointed the expert witness.

(d) Parties' experts of own selection. Nothing in this rule limits the parties in calling expert witnesses of their own selection

ANEXO C - DAUBERT V. MERRELL DOW PHARMACEUTICALS INC. (1993)

p.579

Petitioners, two minor children and their parents, alleged in their suit against respondent that the children's serious birth defects had been caused by the mothers' prenatal ingestion of Bendectin, a prescription drug marketed by respondent. The District Court granted respondent summary judgment based on a well-credentialed expert's affidavit concluding, upon reviewing the extensive published scientific literature on the subject, that maternal use of Bendectin has not been shown to be a risk factor for human birth defects. Although petitioners had responded with the testimony of eight other well-credentialed experts, who based their conclusion that Bendectin can cause birth defects on animal studies, chemical structure analyses, and the unpublished "reanalysis" of previously published human statistical studies, the court determined that this evidence did not meet the applicable "general acceptance" standard for the admission of expert testimony. The Court of Appeals agreed and affirmed, citing *Frye v. United States*, 54 App. D. C. 46, 47, 293 F. 1013, 1014, for the rule that expert opinion based on a scientific technique is inadmissible unless the technique is "generally accepted" as reliable in the relevant scientific community.

Held: The Federal Rules of Evidence, not *Frye*, provide the standard for admitting expert scientific testimony in a federal trial. Pp. 585-597.

(a) *Frye's* "general acceptance" test was superseded by the Rules' adoption. The Rules occupy the field, *United States v. Abel*, 469 U. S. 45, 49, and, although the common law of evidence may serve as an aid to their application, id., at 51-52, respondent's assertion that they somehow assimilated *Frye* is unconvincing. Nothing in the Rules as a whole or in the text and drafting history of Rule 702, which specifically governs expert testimony, gives any indication that "general acceptance" is a necessary precondition to the admissibility of scientific evidence. Moreover, such a rigid standard would be at odds with the Rules' liberal thrust and their general approach of relaxing the traditional barriers to "opinion" testimony. Pp. 585-589.

(b) The Rules-especially Rule 702-place appropriate limits on the admissibility of purportedly scientific evidence by assigning to the trial

p.580

judge the task of ensuring that an expert's testimony both rests on a reliable foundation and is relevant to the task at hand. The reliability standard is established by Rule 702's requirement that an expert's testimony pertain to

"scientific...knowledge," since the adjective "scientific" implies a grounding in science's methods and procedures, while the word "knowledge" connotes a body of known facts or of ideas inferred from such facts or accepted as true on good grounds. The Rule's requirement that the testimony "assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue" goes primarily to relevance by demanding a valid scientific connection to the pertinent inquiry as a precondition to admissibility. Pp. 589-592.

(c) Faced with a proffer of expert scientific testimony under Rule 702, the trial judge, pursuant to Rule 104(a), must make a preliminary assessment of whether the testimony's underlying reasoning or methodology is scientifically valid and properly can be applied b) the facts at issue. Many considerations will bear on the inquiry, including whether the theory or technique in question can be (and has been) tested, whether it has been subjected to peer review and publication, its known or potential error rate and the existence and maintenance of standards controlling its operation, and whether it has attracted widespread acceptance within a relevant scientific community. The inquiry is a flexible one, and its focus must be solely on principles and methodology, not on the conclusions that they generate. Throughout, the judge should also be mindful of other applicable Rules. Pp. 592-595.

(d) Cross-examination, presentation of contrary evidence, and careful instruction on the burden of proof, rather than wholesale exclusion under an uncompromising "general acceptance" standard, is the appropriate means by which evidence based on valid principles may be challenged. That even limited screening by the trial judge, on occasion, will prevent the jury from hearing of authentic scientific breakthroughs is simply a consequence of the fact that the Rules are not designed to seek cosmic understanding but, rather, to resolve legal disputes. Pp. 595-597.

951 F. 2d 1128, vacated and remanded.

BLACKMUN, J., delivered the opinion for a unanimous Court with respect to Parts I and II-A, and the opinion of the Court with respect to Parts II-B, II-C, III, and IV, in which WHITE, O'CONNOR, SCALIA, KENNEDY, SOUTER, and THOMAs, JJ., joined. REHNQUIST, C. J.,: filed an opinion concurring in part and dissenting in part, in which STEVENS, J., joined, post, p. 598.

p.581

Counsel

Michael H. Gottesman argued the cause for petitioners. With him on the briefs were *Kenneth J. Chesebro, Barry J. Nace, David L. Shapiro,* and *Mary G. Gillick. Charles Fried* argued the cause for respondent. With him on the brief were

Charles R. Nesson, Joel I. Klein, Richard G. Taranto, Hall R. Marston, George E. Berry, Edward H. Stratemeier, and *W Glenn Forrester.**

* Briefs of *amici curiae* urging reversal were filed for the State of Texas et al. by *Dan Morales*, Attorney General of Texas, *Mark Barnett*, Attorney General of South Dakota, *Marc Racicot*, Attorney General of Montana, *Larry EchoHawk*, Attorney General of Idaho, and *Brian Stuart Koukoutchos*; for the American Society of Law, Medicine and Ethics et al. *by Joan E. Bertin*, *Marsha S. Berzon*, and *Albert H. Meyerhoff*; for the Association of Trial Lawyers of America by *Jeffrey Robert White* and *Roxanne Barton Conlin*; for *Ronald Bayer* et al. by *Brian Stuart Koukoutchos*, *Priscilla Budeiri*, *Arthur Bryant*, and *George W Conk*; and for Daryl E. Chubin et al. by *Ron Simon* and *Nicole Schultheis*.

Briefs of *amici curiae* urging affirmance were filed for the United States by *Acting Solicitor General Wallace, Assistant Attorney General Gerson, Miguel A Estrada, Michael Jay Singer, and John P. Schnitker for the American Insurance Association by William J Kilberg, Paul Blankenstein, Bradford R. Clark, and Craig A Berrington*; for the American Medical Association et al. by *Carter G. Phillips, Mark D Hopson,* and *Jack R. Bierig*; for the American Tort Reform Association by *John G Kester* and *John W. Vardaman*, Jr.; for the Chamber of Commerce of the United States by *Timothy B. Dyk*, *Stephen A Bokat*, and *Robin S. Conrad*; for the Pharmaceutical Manufacturers Association by *Louis R. Cohen* and *Daniel Marcus*; for the Product Liability Advisory Council, Inc., et al. by *Victor E. Schwartz, Robert P. Charrow*, and *Paul F Rothstein*; for the Washington Legal Foundation *by Scott G. Campbell, Daniel J. Popeo*, and *Richard A Samp*; and for Nicolaas Bloembergen et al. by *Martin S. Kaufman*.

Briefs of *amici curiae* were filed for the American Association for the Advancement of Science et al. by *Richard A Meserve* and *Bert Black*; for the American College of Legal Medicine by *Miles J. Zaremski*; for the Carnegie Commission on Science, Technology, and Government by *Steven G. Gallagher, Elizabeth H. Esty*, and *Margaret A Berger*; for the Defense Research Institute, Inc., by *Joseph A Sherman*, *E. Wayne Taff, and Harvey L. Kaplan*; for the New England Journal of Medicine et al. by *Michael Malina* and *Jeffrey I. D. Lewis*; for A Group of American Law Professors by Donald N. Bersoff,'' *for Alvan R. Feinstein by Don Al. Kennedy, Loretta M. Smith, and Richard A Oetheimer;* and for Kenneth Rothman et al. *by Neil B. Cohen.*

p.582

Opinion of the Court

JUSTICE BLACKMUN delivered the opinion of the Court. In this case we are called upon to determine the standard for admitting expert scientific testimony in a federal trial.

I

Petitioners Jason Daubert and Eric Schuller are minor children born with serious birth defects. They and their parents sued respondent in California state court, alleging that the birth defects had been caused by the mothers' ingestion of Bendectin, a prescription antinausea drug marketed by respondent. Respondent removed the suits to federal court on diversity grounds.

After extensive discovery, respondent moved for summary judgment, contending that Bendectin does not cause birth defects in humans and that petitioners would be unable to come forward with any admissible evidence that it does. In support of its motion, respondent submitted an affidavit of Steven H. Lamm, physician and epidemiologist, who is a well-credentialed expert on the risks from exposure to various chemical substances.[1] Doctor Lamm stated that he had reviewed all the literature on Bendectin and human birth defects-more than 30 published studies involving over 130,000 patients. No study had found Bendectin to be a human teratogen (*i. e.*, a substance capable of causing malformations in fetuses). On the basis of this review, Doctor Lamm concluded that maternal use of Bendectin during the first trimester of pregnancy has not been shown to be a risk factor for human birth defects.

p.583

Petitioners did not (and do not) contest this characterization of the published record regarding Bendectin. Instead, they responded to respondent's motion with the testimony of eight experts of their own, each of whom also possessed impressive credentials.[2] These experts had concluded that Bendectin can cause birth defects. Their conclusions were based upon "in vitro" (test tube) and "in vivo" (live) animal studies that found a link between Bendectin and malformations; pharmacological studies of the chemical structure of Bendectin that purported to show similarities between the structure of the drug and that of other substances known to cause birth defects; and the "reanalysis" of previously published epidemiological (human statistical) studies.

The District Court granted respondent's motion for summary judgment. The court stated that scientific evidence is admissible only if the principle upon which it is based is "'sufficiently established to have general acceptance in the

[1] Doctor Lamm received his master's and doctor of medicine degrees from the University of Southern California. He has served as a consultant in birth-defect epidemiology for the National Center for Health Statistics and has published numerous articles on the magnitude of risk from exposure to various chemical and biological substances. App. 34-44.

[2] For example, Shanna Helen Swan, who received a master's degree in biostatistics from Columbia University and a doctorate in statistics from the University of California at Berkeley, is chief of the section of the California Department of Health and Services that determines causes of birth defects and has served as a consultant to the World Health Organization, the Food and Drug Administration, and the National Institutes of Health. Id., at 113-114, 131-132. Stuart A. Newman, who received his bachelor's degree in chemistry from Columbia University and his master's and doctorate in chemistry from the University of Chicago, is a professor at New York Medical College and has spent over a decade studying the effect of chemicals on limb development. Id., at 54-56. The credentials of the others are similarly impressive. See id., at 61-66, 73-80, 148-153, 187- 192, and Attachments 12, 20, 21, 26, 31, and 32 to Petitioners' Opposition to Summary Judgment in No. 84-2013-G(I) (SD Cal.).

field to which it belongs.'" 727 F. Supp. 570, 572 (SD Cal. 1989), quoting *United States v. Kilgus,* 571 F. 2d 508, 510 (CA9 1978). The court concluded that petitioners' evidence did not meet this standard. Given the vast body of epidemiological data concerning Bendectin, the court held, expert opinion which is not based on epidemiological evidence

p. 584

is not admissible to establish causation. 727 F. Supp., at 575. Thus, the animal-cell studies, live-animal studies, and chemical-structure analyses on which petitioners had relied could not raise by themselves a reasonably disputable jury issue regarding causation. *Ibid*. Petitioners' epidemiological analyses, based as they were on recalculations of data in previously published studies that had found no causal link between the drug and birth defects, were ruled to be inadmissible because they had not been published or subjected to peer review. *Ibid*.

The United States Court of Appeals for the Ninth Circuit affirmed. 951 F. 2d 1128 (1991). *Citing Frye v. United States*, 54 App. D. C. 46, 47, 293 F. 1013, 1014 (1923), the court stated that expert opinion based on a scientific technique is inadmissible unless the technique is "generally accepted" as reliable in the relevant scientific community 951 F. 2d, at 1129-1130. The court declared that expert opinion based on a methodology that diverges "significantly from the procedures accepted by recognized authorities in the field..., cannot be shown to be 'generally accepted as a reliable technique.'" Id., at 1130, quoting *United States v. Solomon*, 753 F. 2d 1522, 1526 (CA9 1985).

The court emphasized that other Courts of Appeals considering the risks of Bendectin had refused to admit reanalyzes of epidemiological studies that had been neither published nor subjected to peer review. 951 F. 2d, at 1130-1131. Those courts had found unpublished reanalyzes "particularly problematic in light of the massive weight of the original published studies supporting [respondent's] position, all of which had undergone full scrutiny from the scientific community." *Id.*, at 1130. Contending that reanalysis is generally accepted by the scientific community only when it is subjected to verification and scrutiny by others in the field, the Court of Appeals rejected petitioners' reanalyzes as "unpublished, not subjected to the normal peer review process and generated solely for use in litigation." *Id.*, at 1131. The

p. 585

court concluded that petitioners' evidence provided an insufficient foundation to allow admission of expert testimony that Bendectin caused their injuries and, accordingly, that petitioners could not satisfy their burden of proving causation at trial.

We granted certiorari, 506 U. S. 914 (1992), in light of sharp divisions among the courts regarding the proper standard for the admission of expert testimony. Compare, e. g., *United States v. Shorter*, 257 U. S. App. D. C. 358, 363-364, 809 F. 2d 54, 59-60 (applying the "general acceptance" standard), cert. denied, 484 U. S. 817 (1987), *with DeLuca v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 911 F. 2d 941, 955 (CA3 1990) (rejecting the "general acceptance" standard).

II

A

In the 70 years since its formulation in the *Frye* case, the "general acceptance" test has been the dominant standard for determining the admissibility of novel scientific evidence at trial. See E. Green & C. Nesson, Problems, Cases, and Materials on Evidence 649 (1983). Although under increasing attack of late, the rule continues to be followed by a majority of courts, including the Ninth Circuit.[3]

The *Frye* test has its origin in a short and citation-free 1923 decision concerning the admissibility of evidence derived from a systolic blood pressure deception test, a crude precursor to the polygraph machine. In what has become a famous (perhaps infamous) passage, the then Court of Appeals for the District of Columbia described the device and its operation and declared:

"Just when a scientific principle or discovery crosses the line between the experimental and demonstrable stages

p. 586

is difficult to define. Somewhere in this twilight zone 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."* 54 App. D. C., at 47, 293 F., at 1014 (emphasis added).

Because the deception test had "not yet gained such standing and scientific recognition among physiological and psychological authorities as would justify the courts in admitting expert testimony deduced from the discovery, development, and experiments thus far made", evidence of its results was ruled inadmissible. *Ibid.*

The merits of the *Frye* test have been much debated, and scholarship on its proper scope and application is legion.[4]

---

[3] For a catalog of the many cases on either side of this controversy, see P. Giannelli & E. Imwinkelried, Scientific Evidence § 1-5, pp. 10-14 (1986 and Supp. 1991).

[4] See, *e. g.*, Green, Expert Witnesses and Sufficiency of Evidence in Toxic Substances Litigation: The Legacy of Agent Orange and Bendectin Litigation, 86 Nw. U. L. Rev. 643 (1992) (hereinafter Green); Becker & Orenstein, The Federal Rules of Evidence After Sixteen Years-Trhe Effect of "Plain Meaning" Jurisprudence, the Need for an Advisory Committee on the Rules of Evidence, and Suggestions for Selective Revision of the Rules, 60 Geo. Wash. L. Rev. 857, 876-885 (1992); Hanson, James Alphonzo Frye is Sixty-Five Years Old; Should He Retire?, 16 West. St. U. L. Rev. 357 (1989); Black, A Unified Theory of Scientific Evidence, 56 Ford. L. Rev. 595 (1988); Imwinkelried, The "Bases" of Expert Testimony: The Syllogistic Structure of Scientific Testimony, 67 N. C. L. Rev. 1 (1988); Proposals for a Model

p.587

Petitioners' primary attack, however, is not on the content but on the continuing authority of the rule. They contend that the *Frye* test was superseded by the adoption of the Federal Rules of Evidence.[5] We agree.

We interpret the legislatively enacted Federal Rules of Evidence as we would any statute. *Beech Aircraft Corp. v. Rainey*, 488 U. S. 153, 163 (1988). Rule 402 provides the baseline:

"All relevant evidence is admissible, except as otherwise provided by the Constitution of the United States, by Act of Congress, by these rules, or by other rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority. Evidence which is not relevant is not admissible."

"Relevant evidence" is defined as that which has "any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence." Rule 401. The Rules' basic standard of relevance thus is a liberal one.

Frye, of course, predated the Rules by half a century. In *United States v. Abel*, 469 U. S. 45 (1984), we considered the pertinence of background common law in interpreting the Rules of Evidence. We noted that the Rules occupy the field, id., at 49, but, quoting Professor Cleary, the Reporter,

p. 588

explained that the common law nevertheless could serve as an aid to their application:

"'In principle, under the Federal Rules no common law of evidence remains. "All relevant evidence is admissible, except as otherwise provided..." In reality, of course, the body of common law knowledge continues to exist, though in the somewhat altered form of a source of guidance in the exercise of delegated powers.'" *Id.*, at 51-52.

We found the common - law precept at issue - in the *Abel* case entirely consistent with Rule 402's general requirement of admissibility, and considered it unlikely that the drafters had intended to change the rule. Id., at 50-51.

Rule on the Admissibility of Scientific Evidence, 26 Jurimetrics J. 235 (1986); Giannelli, The Admissibility of Novel Scientific Evidence: *Frye v. United States*, a Half-Century Later, 80 Colum. L. Rev. 1197 (1980); The Supreme Court, 1986 Term, 101 Harv. L. Rev. 7, 119, :125-127 (1987).

Indeed, the debates over Frye are such a well-established part of the academic landscape that a distinct term-"*Frye-ologist*"-has been advanced to describe those who take part. See Behringer, Introduction, Proposals for a Model Rule on the Admissibility of Scientific Evidence, 26 Jurimetrics J. 237, 239 (1986), quoting Lacey, Scientific Evidence, 24 Jurimetrics J. 254, 264 (1984).

[5] Like the question of *Frye's* merit, the dispute over its survival has divided courts and commentators. Compare, e. g., *United States v. Williams*, 583 F. 2d 1194 (CA2 1978) (*Frye* is superseded by the Rules of Evidence), cert. denied, 439 U. S. 1117 (1979), with *Christophersen v. Allied-Signal Corp.*, 939 F. 2d 1106, 1111, 1115-1116 (CA5 1991) (en bane) (Frye and the Rules coexist), cert. denied, 503 U. S. 912 (1992), 3 J. Weinstein & M. Berger, Weinstein's Evidence 702[03], pp. 702-36 to 702-37 (1988) (hereinafter Weinstein & Berger) (*Frye* is dead), and M. Graham, Handbook of Federal Evidence § 703.2 (3d ed. 1991) (*Frye* lives). See generally P. Giannelli & E. Imwinkelried, Scientific Evidence § 1-5, at 28-29 (citing authorities).

In *Bourjaily v. United States*, 483 U. S. 171 (1987), on the other hand, the Court was unable to find a particular common-law doctrine in the Rules, and so held it superseded.

Here there is a specific Rule that speaks to the contested issue. Rule 702, governing expert testimony, provides:

"If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise."

Nothing in the text of this Rule establishes "general acceptance" as an absolute prerequisite to admissibility. Nor does respondent present any clear indication that Rule 702 or the Rules as a whole were intended to incorporate a "general acceptance" standard. The drafting history makes no mention of *Frye*, and a rigid "general acceptance" requirement would be at odds with the "liberal thrust" of the Federal Rules and their "general approach of relaxing the traditional barriers to 'opinion' testimony." Beech Aircraft Corp. v. Rainey, 488 U. S., at 169 (citing Rules 701 to 705). See also Weinstein, Rule 702 of the Federal Rules of Evidence is

p. 589

Sound; It Should Not Be Amended, 138 F. R. D. 631 (1991) ("The Rules were designed to depend primarily upon lawyer-adversaries and sensible triers of fact to evaluate conflicts"). Given the Rules' permissive backdrop and their inclusion of a specific rule on expert testimony that does not mention "general acceptance," the assertion that the Rules somehow assimilated *Frye* is unconvincing. *Frye* made "general acceptance" the exclusive test for admitting expert scientific testimony. That austere standard, absent from, and incompatible with, the Federal Rules of Evidence, should not be applied in federal trials.[6]

B

That the *Frye* test was displaced by the Rules of Evidence does not mean, however, that the Rules themselves place no limits on the admissibility of purportedly scientific evidence.[7] Nor is the trial judge disabled from screening such evidence. To the contrary, under the Rules the trial judge must ensure that any and all scientific testimony or evidence admitted is not only relevant, but reliable.

The primary locus of this obligation is Rule 702, which clearly contemplates some degree of regulation of the subjects and theories about which an expert may testify. "*If scientific*, technical, or other specialized *knowledge will assist*

[6] Because we hold that *Frye* has been superseded and base the discussion that follows on the content of the congressionally enacted Federal Rules of Evidence, we do not address petitioners' argument that application of the Frye rule in this diversity case, as the application of a judgemade rule affecting substantive rights, would violate the doctrine of *Erie R. Co. v. Tompkins*, 304 U. S. 64 (1938).

[7] THE CHIEF JUSTICE "do[es] not doubt that Rule 702 confides to the judge some gatekeeping responsibility," *post*, at 600, but would neither say how it does so nor explain what that role entails. We believe the better course is to note the nature and source of the duty.

the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue" an expert "may testify *thereto*." (Emphasis added.) The subject of an expert's testimony must

p. 590

be "scientific...knowledge."[8] The adjective "scientific" implies a grounding in the methods and procedures of science. Similarly, the word "knowledge" connotes more than subjective belief or unsupported speculation. The term "applies to anybody of known facts or to any body of ideas inferred from such facts or accepted as truths on good grounds." Webster's Third New International Dictionary 1252 (1986). Of course, it would be unreasonable to conclude that the subject of scientific testimony must be "known" to a certainty; arguably, there are no certainties in science. See, e. g., Brief for Nicolaas Bloembergen et al. as *Amici Curiae* 9 ("Indeed, scientists do not assert that they know what is immutably 'true' - they are committed to searching for new, temporary, theories to explain, as best they can, phenomena"); Brief for American Association for the Advancement of Science et al. as *Amici Curiae* 7-8 ("Science is not an encyclopedic body of knowledge about the universe. Instead, it represents a process for proposing and refining theoretical explanations about the world that are subject to further testing and refinement" (emphasis in original)). But, in order to qualify as "scientific knowledge,'" an inference or assertion must be derived by the scientific method. Proposed testimony must be supported by appropriate validation - *i. e.*, "good grounds", based on what is known. In short, the requirement that an expert's testimony pertain to "scientific knowledge" establishes a standard of evidentiary reliability.[9]

p. 591

Rule 702 further requires that the evidence or testimony "assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue." This condition goes primarily to relevance. "Expert testimony which does not relate to any issue in the case is not relevant and, ergo, non-helpful." 3 Weinstein & Berger 702[02], p. 702-18. See also *United States v. Downing*, 753 F. 2d 1224, 1242 (CA3 1985) ("An additional consideration under Rule 702 - and another aspect of relevancy-is whether expert testimony proffered in the case is sufficiently tied to the facts of the case that it will aid the

[8] Rule 702 also applies to "technical, or other specialized knowledge." Our discussion is limited to the scientific context because that is the nature of the expertise offered here.

[9] We note that scientists typically distinguish between "validity" (does the principle support what it purports to show?) and "reliability" (does application of the principle produce consistent results?). See Black, 56 Ford. L. Rev., at 599. Although "the difference between accuracy, validity, and reliability may be such that each is distinct from the other by no more than a hen's kick," Starrs, Frye v. United States Restructured and Revitalized: A Proposal to Amend Federal Evidence Rule 702, 26 Jurimetrics J. 249, 256 (1986), our reference here is to *evidentiary* reliability that is, trustworthiness. Cf., e. g., Advisory Committee's Notes on Fed. Rule Evid. 602, 28 U. S. C. App., p. 755 ("'[T]he rule requiring that a witness who testifies to a fact which can be perceived by the senses must have had an opportunity to observe, and must have actually observed the fact' is a 'most pervasive manifestation' of the common law insistence upon 'the most reliable sources of information'" (citation omitted)); Advisory Committee's Notes on Art. VIII of Rules of Evidence, 28 U. S. C. App., p. 770 (hearsay exceptions will be recognized only "under circumstances supposed to furnish guarantees of trustworthiness"). In a case involving scientific evidence, *evidentiary reliability* will be based upon *scientific validity.*

jury in resolving a factual dispute"). The consideration has been aptly described by Judge Becker as one of "fit." Ibid. "Fit" is not always obvious, and scientific validity for one purpose is not necessarily scientific validity for other, unrelated purposes. See Starrs, *Frye v. United States* Restructured and Revitalized: A Proposal to Amend Federal Evidence Rule 702, 26 Jurimetrics J. 249, 258 (1986). The study of the phases of the moon, for example, may provide valid scientific "knowledge" about whether a certain night was dark, and if darkness is a fact in issue, the knowledge will assist the trier of fact. However (absent creditable grounds supporting such a link), evidence that the moon was full on a certain night will not assist the trier of fact in determining whether an individual was unusually likely to have behaved irrationally on that night. Rule 702's "helpfulness"

p. 592

standard requires a valid scientific connection to the pertinent inquiry as a precondition to admissibility.

That these requirements are embodied in Rule 702 is not surprising. Unlike an ordinary witness, see Rule 701, an expert is permitted wide latitude to offer opinions, including those that are not based on firsthand knowledge or observation. See Rules 702 and 703. Presumably, this relaxation of the usual requirement of firsthand knowledge - a rule which represents "a 'most pervasive manifestation' of the common law insistence upon 'the most reliable sources of information'", Advisory Committee's Notes on Fed. Rule Evid. 602, 28 U. S. C. App., p. 755 (citation omitted)-is premised on an assumption that the expert's opinion will have a reliable basis in the knowledge and experience of his discipline.

C

Faced with a proffer of expert scientific testimony, then, the trial judge must determine at the outset, pursuant to Rule 104(a),[10] whether the expert is proposing to testify to (1) scientific knowledge that (2) will assist the trier of fact to understand or determine a fact in issue.[11] This entails a preliminary assessment of whether the reasoning or method-

p. 593

ology underlying the testimony is scientifically valid and of whether that reasoning or methodology properly can be applied to the facts in issue. We are confident that federal judges possess the capacity to undertake this review. Many factors will

[10] Rule 104(a) provides: "Preliminary questions concerning the qualification of a person to be a witness, the existence of a privilege, or the admissibility of evidence shall be determined by the court, subject to the provisions of subdivision (b) [pertaining to conditional admissions]. In making it; determination it is not bound by the rules of evidence except those with respect to privileges." These matters should be established by a preponderance of proof See *Bourjaily* v. *United States*, 483 U. S. 171, 175-176 (1987).

[11] Although the *Frye* decision itself focused exclusively on "novel" scientific techniques, we do not read the requirements of Rule 702 to apply specially or exclusively to unconventional evidence. Of course, well established propositions are less likely to be challenged than those that are novel, and they are more handily defended. Indeed, theories that are so firmly established as to have attained the status of scientific law, such as the laws of thermodynamics, properly are subject to judicial notice under Federal Rule of Evidence 201.

bear on the inquiry, and we do not presume to set out a definitive checklist or test. But some general observations are appropriate.

Ordinarily, a key question to be answered in determining whether a theory or technique is scientific knowledge that will assist the trier of fact will be whether it can be (and has been) tested. "Scientific methodology today is based on generating hypotheses and testing them to see if they can be falsified; indeed, this methodology is what distinguishes science from other fields of human inquiry." Green 645. See also C. Hempel, Philosophy of Natural Science 49 (1966) ("[T]he statements constituting a scientific explanation must be capable of empirical test"); K. Popper, Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge 37 (5th ed. 1989) ("[T]he criterion of the scientific status of a theory is its falsifiability, or refutability, or testability") (emphasis deleted).

Another pertinent consideration is whether the theory or technique has been subjected to peer review and publication. Publication (which is but one element of peer review) is not a *sine qua non* of admissibility; it does not necessarily correlate with reliability, see S. Jasanoff, The Fifth Branch: Science Advisors as Policymakers 61-76 (1990), and in some instances well-grounded but innovative theories will not have been published, see Horrobin, The Philosophical Basis of Peer Review and the Suppression of Innovation, 263 JAMA 1438 (1990). Some propositions, moreover, are too particular, too new, or of too limited interest to be published. But submission to the scrutiny of the scientific community is a component of "good science", in part because it increases the likelihood that substantive flaws in methodology will be detected. See J. Ziman, Reliable Knowledge: An Exploration

p. 594

of the Grounds for Belief in Science 130–133 (1978); Relman & Angell, How Good Is Peer Review?, 321 New Eng. J. Med. 827 (1989). The fact of publication (or lack thereof) in a peer reviewed journal thus will be a relevant, though not dispositive, consideration in assessing the scientific validity of a particular technique or methodology on which an opinion is premised.

Additionally, in the case of a particular scientific technique, the court ordinarily should consider the known or potential rate of error, see, *e. g., United States v. Smith*, 869 F. 2d 348, 353-354 (CA7 1989) (surveying studies of the error rate of spectrographic voice identification technique), and the existence and maintenance of standards controlling the technique's operation, see *United States v. Williams*, 583 F. 2d 1194, 1198 (CA2 1978) (noting professional organization's standard governing spectrographic analysis), cert. denied, 439 U. S. 1117 (1979).

Finally, "general acceptance" can yet have a bearing on the inquiry. A "reliability assessment does not require, although it does permit, explicit identification of a relevant scientific community and an express determination of a

particular degree of acceptance within that community". *United States v. Downing*, 753 F. 2d, at 1238. See also 3 Weinstein & Berger 702[03], pp. 702-41 to 702-42. Widespread acceptance can be an important factor in ruling particular evidence admissible, and "a known technique which has been able to attract only minimal support within the community," *Downing*, 753 F. 2d, at 1238, may properly be viewed with skepticism.

The inquiry envisioned by Rule 702 is, we emphasize, a flexible one.[12] Its overarching subject is the scientific valid-

p.595

ity - and thus the evidentiary relevance and reliability - of the principles that underlie a proposed submission. The focus, of course, must be solely on principles and methodology, not on the conclusions that they generate.

Throughout, a judge assessing a proffer of expert scientific testimony under Rule 702 should also be mindful of other applicable rules. Rule 703 provides that expert opinions based on otherwise inadmissible hearsay are to be admitted only if the facts or data are "of a type reasonably relied upon by experts in the particular field in forming opinions or inferences upon the subject." Rule 706 allows the court at its discretion to procure the assistance of an expert of its own choosing. Finally, Rule 403 permits the exclusion of relevant evidence "if its probative value is substantially outweighed by the danger of unfair prejudice, confusion of the issues, or misleading the jury..." Judge Weinstein has explained: "Expert evidence can be both powerful and quite misleading because of the difficulty in evaluating it. Because of this risk, the judge in weighing possible prejudice against probative force under Rule 403 of the present rules exercises more control over experts than over lay witnesses." Weinstein, 138 F. R. D., at 632.

III

We conclude by briefly addressing what appear to be two underlying concerns of the parties and amici in this case. Respondent expresses apprehension that abandonment of "general acceptance" as the exclusive requirement for admission will result in a "free-for-all" in which befuddled juries are confounded by absurd and irrational pseudoscientific as-

p. 596

[12] A number of authorities have presented variations on the reliability approach, each with its own slightly different set of factors.- See, e. g., Downing, 753 F. 2d, at 1238-1239 (on which our discussion draws in part); 3 Weinstein & Berger 702[03], pp. 702-41 to 702-42 ,(on which the Downing court in turn partially relied); McCormick, Scientific Evidence: Defining a New Approach to Admissibility, 67 Iowa L. Rev. 879, 911-912 (1982); and Symposium on Science and the Rules of Evidence, 99 F. R. D. 187, 231 (1983) (statement by Margaret Berger). To the extent that they focus on the reliability of evidence as ensured by the scientific validity of its underlying principles, all these versions may well have merit, although we express no opinion regarding any of their particular details.

sertions. In this regard respondent seems to us to be overly pessimistic about the capabilities of the jury and of the adversary system generally. Vigorous cross-examination, presentation of contrary evidence, and careful instruction on the burden of proof are the traditional and appropriate means of attacking shaky but admissible evidence. See *Rock v. Arkansas*, 483 U. S. 44, 61 (1987). Additionally, in the event the trial court concludes that the scintilla of evidence presented supporting a position is insufficient to allow a reasonable juror to conclude that the position more likely than not is true, the court remains free to direct a judgment, Fed. Rule Civ. Proc. 50(a), and likewise to grant summary judgment, Fed. Rule Civ. Proc. 56. Cf., e. g., *Turpin v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 959 F. 2d 1349 (CA6) (holding that scientific evidence that provided foundation for expert testimony, viewed in the light most favorable to plaintiffs, was not sufficient to allow a jury to find it more probable than not that defendant caused plaintiff's injury), cert. denied, 506 U. S. 826 (1992); *Brock v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 874 F. 2d 307 (CA5 :1989) (reversing judgment entered on jury verdict for plaintiffs because evidence regarding causation was insufficient), modified, 884 F. 2d 166 (CA5 1989), cert. denied, 494 U. S. 1046 (1990); Green 680-681. These conventional devices, rather than wholesale exclusion under an uncompromising "general acceptance" test, are the appropriate safeguards where the basis of scientific testimony meets the standards of Rule 702.

Petitioners and, to a greater extent, their amici exhibit a different concern. They suggest that recognition of a screening role for the judge that allows for the exclusion of "invalid" evidence will sanction a stifling and repressive scientific orthodoxy and will be inimical to the search for truth. See, *e. g.*, Brief for Ronald Bayer et al. as *Amici Curiae*. It is true that open debate is an essential part of both legal and scientific analyses. Yet there are important differences between the quest for truth in the courtroom and the quest

p.597

for truth in the laboratory. Scientific conclusions are subject to perpetual revision. Law, on the other hand, must resolve disputes finally and quickly. The scientific project is advanced by broad and wide-ranging consideration of a multitude of hypotheses, for those that are incorrect will eventually be shown to be so, and that in itself is an advance. Conjectures that are probably wrong are of little use, however, in the project of reaching a quick, final, and binding legal judgment - often of great consequence-about a particular set of events in the past. We recognize that, in practice, a gatekeeping role for the judge, no matter how flexible, inevitably on occasion will prevent the jury from learning of authentic insights and

innovations. That, nevertheless, is the balance that is struck by Rules of Evidence designed not for the exhaustive search for cosmic understanding but for the particularized resolution of legal disputes.[13]

IV

To summarize: "General acceptance" is not a necessary precondition to the admissibility of scientific evidence under the Federal Rules of Evidence, but the Rules of Evidence - especially Rule 702 - do assign to the trial judge the task of ensuring that an expert's testimony both rests on a reliable foundation and is relevant to the task at hand. Pertinent evidence based on scientifically valid principles will satisfy those demands.

The inquiries of the District Court and the Court of Appeals focused almost exclusively on "general acceptance," as gauged by publication and the decisions of other courts.

p. 598

Accordingly, the judgment of the Court of Appeals is vacated, and the case is remanded for further proceedings consistent with this opinion.

It is so ordered.

Opinion of REHNQUIST, C. J.

CHIEF JUSTICE REHNQUIST, with whom JUSTICE STEVENS joins, concurring in part and dissenting in part. The petition for certiorari in this case presents two questions: first, whether the rule of *Frye v. United States*, 54 App. D. C. 46, 293 F. 1013 (1923), remains good law after the enactment of the Federal Rules of Evidence; and second, if *Frye* remains valid, whether it requires expert scientific testimony to have been subjected to a peer review process in order to be admissible. The Court concludes, correctly in my view, that the Frye rule did not survive the enactment of the Federal Rules of Evidence, and I therefore join Parts I and II-A of its opinion. The second question presented in the petition for certiorari necessarily is mooted by this holding, but the Court nonetheless proceeds to construe Rules 702 and 703 very much in the abstract, and then offers some "general observations." *Ante*, at 593.

"General observations" by this Court customarily carry great weight with lower federal courts, but the ones offered here suffer from the flaw common to most such observations-they are not applied to deciding whether particular testimony was or was not admissible, and therefore they tend to be not only general, but vague and abstract. This is particularly unfortunate in a case such as this, where the ultimate legal question depends on an appreciation of one or

[13] This is not to say that judicial interpretation, as opposed to adjudicative factfinding, does not share basic characteristics of the scientific endeavor: "The work of a judge is in one sense enduring and in another ephemeral.... In the endless process of testing and retesting, there is a constant rejection of the dross and a constant retention of whatever is pure and sound and fine." B. Cardozo, The Nature of the Judicial Process 178-179 (1921).

more bodies of knowledge not judicially noticeable, and subject to different interpretations in the briefs of the parties and their *amici*. Twenty-two *amicus* briefs have been filed in the case, and indeed the Court's opinion contains no fewer than 37 citations to *amicus* briefs and other secondary sources.

p. 599

The various briefs filed in this case are markedly different from typical briefs, in that large parts of them do not deal with decided cases or statutory language - the sort of material we customarily interpret. Instead, they deal with definitions of scientific knowledge, scientific method, scientific validity, and peer review - in short, matters far afield from the expertise of judges. This is not to say that such materials are not useful or even necessary in deciding how Rule 702 should be applied; but it is to say that the unusual subject matter should cause us to proceed with great caution in deciding more than we have to, because our reach can so easily exceed our grasp.

But even if it were desirable to make "general observations" not necessary to decide the questions presented, I cannot subscribe to some of the observations made by the Court. In Part II-B, the Court concludes that reliability and relevancy are the touchstones of the admissibility of expert testimony. *Ante*, at 590-592. Federal Rule of Evidence 402 provides, as the Court points out, that "[e]vidence which is not relevant is not admissible." But there is no similar reference in the Rule to "reliability." The Court constructs its argument by parsing the language "[i]f scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue,... an expert... may testify thereto..." Fed. Rule Evid. 702. It stresses that the subject of the expert's testimony must be "scientific...knowledge," and points out that "scientific" "implies a grounding in the methods and procedures of science" and that the word "knowledge" "connotes more than subjective belief or unsupported speculation." *Ante*, at 590. From this it concludes that "scientific knowledge" must be "derived by the scientific method." *Ibid*. Proposed testimony, we are told, must be supported by "appropriate validation." Ibid. Indeed, in footnote 9, the Court decides that "[i]n a case involving scientific evidence, *evidentiary*

p. 600

reliability will be based upon *scientific validity*." *Ante*, at 591, n. 9 (emphasis in original).

Questions arise simply from reading this part of the Court's opinion, and countless more questions will surely arise when hundreds of district judges try to apply its teaching to particular offers of expert testimony. Does all of this dicta apply to an expert seeking to testify on the basis of "technical or other specialized knowledge" - the other types of expert knowledge to which Rule 702 applies - or are the "general observations" limited only to "scientific knowledge"?

What is the difference between scientific knowledge and technical knowledge; does Rule 702 actually contemplate that the phrase "scientific, technical, or other specialized knowledge" be broken down into numerous subspecies of expertise, or did its authors simply pick general descriptive language covering the sort of expert testimony which courts have customarily received? The Court speaks of its confidence that federal judges can make a "preliminary assessment of whether the reasoning or methodology underlying the testimony is scientifically valid and of whether that reasoning or methodology properly can be applied to the facts in issue." *Ante*, at 592-593. The Court then states that a "key question" to be answered in deciding whether something is "scientific knowledge" "will be whether it can be (and has been) tested." *Ante*, at 593. Following this sentence are three quotations from treatises, which not only speak of empirical testing, but one of which states that the "'criterion of the scientific status of a theory is its falsifiability, or refutability, or testability.'" *Ibid*.

I defer to no one in my confidence in federal judges; but I am at a loss to know what is meant when it is said that the scientific status of a theory depends on its "falsifiability," and I suspect some of them will be, too.

I do not doubt that Rule 702 confides to the judge some gatekeeping responsibility in deciding questions of the admissibility of proffered expert testimony. But I do not think

p. 601

it imposes on them either the obligation or the authority to become amateur scientists in order to perform that role. I think the Court would be far better advised in this case to decide only the questions presented, and to leave the further development of this important area of the law to future cases.

ANEXO D - GENERAL ELECTRIC COMPANY ET AL. V. ROBERT K. JOINER ET UX. (1997)

After he was diagnosed with small-cell lung cancer, respondent Joiner and his wife (hereinafter jointly respondent) sued in Georgia state court, alleging, *inter alia*, that his disease was "promoted" by his workplace exposure to chemical "PCB's" and derivative "furans" and "dioxins" that were manufactured by, or present in materials manufactured by, petitioners. Petitioners removed the case to federal court and moved for summary judgment. Joiner responded with the depositions of expert witnesses, who testified that PCB's, furans, and dioxins can promote cancer, and opined that Joiner's exposure to those chemicals was likely responsible for his cancer. The District Court ruled that there was a genuine issue of material fact as to whether Joiner had been exposed to PCB's, but granted summary judgment for petitioners because (1) there was no genuine issue as to whether he had been exposed to furans and dioxins, and (2) his experts' testimony had failed to show that there was a link between exposure to PCB's and small-cell lung cancer and was therefore inadmissible because it did not rise above "subjective belief or unsupported speculation." In reversing, the Eleventh Circuit applied "a particularly stringent standard of review" to hold that the District Court had erred in excluding the expert testimony.

Held:

1. Abuse of discretion - the standard ordinarily applicable to review of evidentiary rulings - is the proper standard by which to review a district court's decision to admit or exclude expert scientific evidence. Contrary to the Eleventh Circuit's suggestion, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.,* 509 U. S. 579, did not somehow alter this general rule in the context of a district court's decision to exclude scientific evidence. *Daubert* did not address the appellate review standard for evidentiary rulings at all, but did indicate that, while the Federal Rules of Evidence allow district courts to admit a somewhat broader range of scientific testimony than did pre-existing law, they leave in place the trial judge's "gatekeeper" role of screening such evidence to ensure that it is not only relevant, but reliable. *Id.*, at 589. A court of appeals applying "abuse-of-discretion" review to such rulings may not categorically distinguish between rulings allowing expert testimony and rulings which disallow it. Compare *Beech Aircraft Corp. v. Rainey,* 488 U. S.

p.137

153, 172, with *United States v. Abel*, 469 U. S. 45, 54. This Court rejects Joiner's argument that because the granting of summary judgment in this case was "outcome determinative", it should have been subjected to a more searching standard of review. On a summary judgment motion, disputed issues of fact are resolved against the moving party -

here, petitioners. But the question of admissibility of expert testimony is not such an issue of fact, and is reviewable under the abuse-of-discretion standard. In applying an overly "stringent" standard, the Eleventh Circuit failed to give the trial court the deference that is the hallmark of abuse-of-discretion review. Pp. 141–143.

2. A proper application of the correct standard of review indicates that the District Court did not err in excluding the expert testimony at issue. The animal studies cited by respondent's experts were so dissimilar to the facts presented here—i. e., the studies involved infant mice that developed alveologenic adenomas after highly concentrated, massive doses of PCB's were injected directly into their peritoneums or stomachs, whereas Joiner was an adult human whose small-cell carcinomas allegedly resulted from exposure on a much smaller scale—that it was not an abuse of discretion for the District Court to have rejected the experts' reliance on those studies. Nor did the court abuse its discretion in concluding that the four epidemiological studies on which Joiner relied were not a sufficient basis for the experts' opinions, since the authors of two of those studies ultimately were unwilling to suggest a link between increases in lung cancer and PCB exposure among the workers they examined, the third study involved exposure to a particular type of mineral oil not necessarily relevant here, and the fourth involved exposure to numerous potential carcinogens in addition to PCB's. Nothing in either *Daubert* or the Federal Rules of Evidence requires a district court to admit opinion evidence that is connected to existing data only by the *ipse dixit* of the expert. Pp. 143–147.

3. These conclusions, however, do not dispose of the entire case. The Eleventh Circuit reversed the District Court's conclusion that Joiner had not been exposed to furans and dioxins. Because petitioners did not challenge that determination in their certiorari petition, the question whether exposure to furans and dioxins contributed to Joiner's cancer is still open. P. 147.

78 F. 3d 524, reversed and remanded.

Opinion of the Court

Rehnquist, C. J., delivered the opinion for a unanimous Court with respect to Parts I and II, and the opinion of the Court with respect to Part III, in which O'Connor, Scalia, Kennedy, Souter, Thomas, Ginsburg, and Breyer, JJ., joined. Breyer, J., filed a concurring opinion

p. 138

post, p. 147. Stevens, J., filed an opinion concurring in part and dissenting in part, *post,* p. 150.

Steven R. Kuney argued the cause for petitioners. With him on the briefs were *John G. Kester, David H. Flint, Alexander J. Simmons, Jr., Henry W. Ewalt*, and *Gerard H. Davidson, Jr.*

Deputy Solicitor General Wallace argued the cause for the United States as amicus curiae urging reversal. With him on the brief were *Acting Solicitor General Dellinger, Assistant Attorney General Hunger, Edward C. DuMont,* and *John P. Schnitker.*

Michael H. Gottesman argued the cause for respondents. With him on the brief were *Kenneth J. Chesebro, David L. Shapiro*, and *Michael J. Warshauer**.

* Briefs of *amici curiae* urging reversal were filed for the Chamber of Commerce of the United States by *Thomas S. Martin, Stephen A. Bokat*, and *Robin S. Conrad*; for the American Medical Association by *Jack R. Bierig, Carter G. Phillips, Kirk B. Johnson*, and *Michael L. Ile*; for the Chemical Manufacturers Association by *Bert Black, David J. Schenck,* and *Donald D. Evans*; for Dow Chemical Company by *John E. Muench* and *Robert M. Dow, Jr.*; for the Pharmaceutical Research and Manufacturers of America by *Bruce N. Kuhlik*; for the Washington Legal Foundation by *Arvin Maskin, Gerald A. Stein*, *Daniel J. Popeo*, and *Paul D. Kamenar*; and for Bruce Ames et al. by *Martin S. Kaufman and Douglas Foster*.

Briefs of amici curiae urging affirmance were filed for the Trial Lawyers for Public Justice by *Steven E. Fineman* and *Arthur H. Bryant*; for the Association of Trial Lawyers of America by *Jeffrey Robert White*; for Ardith Cavallo by *William A. Beeton,* Jr.; and for *Peter Orris, M. D.*, et al. by *Gerson H. Smoger*.

Briefs of amici curiae were filed for the New England Journal of Medicine et al. by *Margaret S. Woodruff* and *Arlin M. Adams*; and for the Product Liability Advisory Council, Inc., et al. by *Mary A. Wells, Jan S. Amundson*, and *Quentin Riegel.*

CHIEF JUSTICE REHNQUIST delivered the opinion of the Court.

We granted certiorari in this case to determine what standard an appellate court should apply in reviewing a trial

p. 139

court's decision to admit or exclude expert testimony under *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U. S. 579 (1993). We hold that abuse of discretion is the appropriate standard. We apply this standard and conclude that the District Court in this case did not abuse its discretion when it excluded certain proffered expert testimony.

I

Respondent Robert Joiner began work as an electrician in the Water & Light Department of Thomasville, Georgia (City), in 1973. This job required him to work with and around the City's electrical transformers, which used a mineral-oil-based dielectric fluid as a coolant. Joiner often had to stick his hands and arms into the fluid to make repairs. The fluid would sometimes splash onto him, occasionally getting into his eyes and mouth. In 1983 the City discovered that the fluid in some of the transformers was contaminated with polychlorinated biphenyls (PCB's). PCB's are widely considered

to be hazardous to human health. Congress, with limited exceptions, banned the production and sale of PCB's in 1978. See 90 Stat. 2020, 15 U. S. C. § 2605(e)(2)(A).

Joiner was diagnosed with small-cell lung cancer in 1991. He[1] sued petitioners in Georgia state court the following year. Petitioner Monsanto manufactured PCB's from 1935 to 1977; petitioners General Electric and Westinghouse Electric manufactured transformers and dielectric fluid. In his complaint Joiner linked his development of cancer to his exposure to PCB's and their derivatives, polychlorinated dibenzofurans (furans) and polychlorinated dibenzodioxins (dioxins). Joiner had been a smoker for approximately eight years, his parents had both been smokers, and there was a history of lung cancer in his family. He was thus perhaps already at a heightened risk of developing lung cancer eventually. The suit alleged that his exposure to PCB's

140

"promoted" his cancer; had it not been for his exposure to these substances, his cancer would not have developed for many years, if at all.

Petitioners removed the case to federal court. Once there, they moved for summary judgment. They contended that (1) there was no evidence that Joiner suffered significant exposure to PCB's, furans, or dioxins, and (2) there was no admissible scientific evidence that PCB's promoted Joiner's cancer. Joiner responded that there were numerous disputed factual issues that required resolution by a jury. He relied largely on the testimony of expert witnesses. In depositions, his experts had testified that PCB's alone can promote cancer and that furans and dioxins can also promote cancer. They opined that since Joiner had been exposed to PCB's, furans, and dioxins, such exposure was likely responsible for Joiner's cancer.

The District Court ruled that there was a genuine issue of material fact as to whether Joiner had been exposed to PCB's. But it nevertheless granted summary judgment for petitioners because (1) there was no genuine issue as to whether Joiner had been exposed to furans and dioxins, and (2) the testimony of Joiner's experts had failed to show that there was a link between exposure to PCB's and small-cell lung cancer. The court believed that the testimony of respondent's experts to the contrary did not rise above "subjective belief or unsupported speculation." 864 F. Supp. 1310, 1326 (ND Ga. 1994). Their testimony was therefore inadmissible.

The Court of Appeals for the Eleventh Circuit reversed. 78 F. 3d 524 (1996). It held that "[b]ecause the Federal Rules of Evidence governing expert testimony display a preference for admissibility, we apply a particularly stringent

[1] Joiner's wife was also a plaintiff in the suit and is a respondent here. For convenience, we refer to respondent in the singular.

standard of review to the trial judge's exclusion of expert testimony." Id., at 529. Applying that standard, the Court of Appeals held that the District Court had erred in excluding the testimony of Joiner's expert witnesses. The

p. 141

District Court had made two fundamental errors. First, it excluded the experts' testimony because it "drew different conclusions from the research than did each of the experts." The Court of Appeals opined that a district court should limit its role to determining the "legal reliability of proffered expert testimony, leaving the jury to decide the correctness of competing expert opinions." *Id.*, at 533. Second, the District Court had held that there was no genuine issue of material fact as to whether Joiner had been exposed to furans and dioxins. This was also incorrect, said the Court of Appeals, because testimony in the record supported the proposition that there had been such exposure.

We granted petitioners' petition for a writ of certiorari, 520 U. S. 1114 (1997), and we now reverse.

II

Petitioners challenge the standard applied by the Court of Appeals in reviewing the District Court's decision to exclude respondent's experts' proffered testimony. They argue that that court should have applied traditional "abuse of discretion" review. Respondent agrees that abuse of discretion is the correct standard of review. He contends, however, that the Court of Appeals applied an abuse-of-discretion standard in this case. As he reads it, the phrase "particularly stringent" announced no new standard of review. It was simply an acknowledgment that an appellate court can and will devote more resources to analyzing district court decisions that are dispositive of the entire litigation. All evidentiary decisions are reviewed under an abuse-of-discretion standard. He argues, however, that it is perfectly reasonable for appellate courts to give particular attention to those decisions that are outcome determinative.

We have held that abuse of discretion is the proper standard of review of a district court's evidentiary rulings. *Old Chief v. United States*, 519 U. S. 172, 174, n. 1 (1997); *United States v. Abel*, 469 U. S. 45, 54 (1984). Indeed, our cases on

p. 142

the subject go back as far as *Spring Co. v. Edgar*, 99 U. S. 645, 658 (1879), where we said that "[c]ases arise where it is very much a matter of discretion with the court whether to receive or exclude the evidence; but the appellate court will not reverse in such a case, unless the ruling is manifestly erroneous." The Court of Appeals suggested that *Daubert* somehow altered this general rule in the context of a district court's decision to exclude scientific evidence. But *Daubert* did not address the standard of appellate review for evidentiary rulings at all. It did hold that the "austere" *Frye* standard

of "general acceptance" had not been carried over into the Federal Rules of Evidence. But the opinion also said: "That the *Frye* test was displaced by the Rules of Evidence does not mean, however, that the Rules themselves place no limits on the admissibility of purportedly scientific evidence. Nor is the trial judge disabled from screening such evidence. To the contrary, under the Rules the trial judge must ensure that any and all scientific testimony or evidence admitted is not only relevant, but reliable." 509 U. S., at 589 (footnote omitted).

Thus, while the Federal Rules of Evidence allow district courts to admit a somewhat broader range of scientific testimony than would have been admissible under *Frye*, they leave in place the "gatekeeper" role of the trial judge in screening such evidence. A court of appeals applying "abuse-of-discretion" review to such rulings may not categorically distinguish between rulings allowing expert testimony and rulings disallowing it. Compare *Beech Aircraft Corp. v. Rainey*, 488 U. S. 153, 172 (1988) (applying abuse-of-discretion review to a lower court's decision to exclude evidence), with *United States v. Abel*, supra, at 54 (applying abuse-of-discretion review to a lower court's decision to admit evidence). We likewise reject respondent's argument that because the granting of summary judgment in this case

p. 143

was "outcome determinative," it should have been subjected to a more searching standard of review. On a motion for summary judgment, disputed issues of fact are resolved against the moving party - here, petitioners. But the question of admissibility of expert testimony is not such an issue of fact, and is reviewable under the abuse-of-discretion standard.

We hold that the Court of Appeals erred in its review of the exclusion of Joiner's experts' testimony. In applying an overly "stringent" review to that ruling, it failed to give the trial court the deference that is the hallmark of abuse-of-discretion review. See, e. g., *Koon v. United States*, 518 U. S. 81, 98–99 (1996).

III

We believe that a proper application of the correct standard of review here indicates that the District Court did not abuse its discretion. Joiner's theory of liability was that his exposure to PCB's and their derivatives "promoted" his development of small-cell lung cancer. In support of that theory he proffered the deposition testimony of expert witnesses. Dr. Arnold Schecter testified that he believed it "more likely than not that Mr. Joiner's lung cancer was causally linked to cigarette smoking and PCB exposure." App. 107. Dr. Daniel Teitelbaum testified that Joiner's "lung cancer was caused by or contributed to in a significant degree by the materials with which he worked." *Id.*, at 140.

Petitioners contended that the statements of Joiner's experts regarding causation were nothing more than speculation. Petitioners criticized the testimony of the experts in that it was "not supported by epidemiological studies ... [and was] based exclusively on isolated studies of laboratory animals." 3 Record, Doc. No. 46 (Defendants' Joint

Memorandum in Support of Summary Judgment 3). Joiner responded by claiming that his experts had identified "relevant animal studies which support their opinions." 4 Record, Doc. No. 53 (Plaintiffs' Brief in Opposition to Defendants'

p. 144

Motion for Summary Judgment 47). He also directed the court's attention to four epidemiological studies[2] on which his experts had relied.

The District Court agreed with petitioners that the animal studies on which respondent's experts relied did not support his contention that exposure to PCB's had contributed to his cancer. The studies involved infant mice that had developed cancer after being exposed to PCB's. The infant mice in the studies had had massive doses of PCB's injected directly into their peritoneums[3] or stomachs. Joiner was an adult human being whose alleged exposure to PCB's was far less than the exposure in the animal studies. The PCB's were injected into the mice in a highly concentrated form. The fluid with which Joiner had come into contact generally had a much smaller PCB concentration of between 0-to-500 parts per million. The cancer that these mice developed was alveologenic adenomas; Joiner had developed small-cell carcinomas. No study demonstrated that adult mice developed cancer after being exposed to PCB's. One of the experts admitted that no study had demonstrated that PCB's lead to cancer in any other species.

Respondent failed to reply to this criticism. Rather than explaining how and why the experts could have extrapolated their opinions from these seemingly far-removed animal studies, respondent chose "to proceed as if the only issue [was] whether animal studies can ever be a proper foundation for an expert's opinion." 864 F. Supp., at 1324. Of course, whether animal studies can ever be a proper foundation for an expert's opinion was not the issue. The issue was whether these experts' opinions were sufficiently supported by the animal studies on which they purported to rely. The studies were so dissimilar to the facts presented in this

p. 145

litigation that it was not an abuse of discretion for the District Court to have rejected the experts' reliance on them.

The District Court also concluded that the four epidemiological studies on which respondent relied were not a sufficient basis for the experts' opinions. The first such study involved workers at an Italian capacitor 4 plant who had been exposed to PCB's. Bertazzi, Riboldi, Pesatori, Radice, & Zocchetti, Cancer Mortality of Capacitor Manufacturing Workers, 11 American Journal of Industrial Medicine 165 (1987). The authors noted that lung cancer deaths among ex-

[2] Epidemiological studies examine the pattern of disease in human populations.

[3] The peritoneum is the lining of the abdominal cavity.

employees at the plant were higher than might have been expected, but concluded that "there were apparently no grounds for associating lung cancer deaths (although increased above expectations) and exposure in the plant." Id., at 172. Given that Bertazzi et al. were unwilling to say that PCB exposure had caused cancer among the workers they examined, their study did not support the experts' conclusion that Joiner's exposure to PCB's caused his cancer.

The second study followed employees who had worked at Monsanto's PCB production plant. J. Zack & D. Musch, Mortality of PCB Workers at the Monsanto Plant in Sauget, Illinois (Dec. 14, 1979) (unpublished report), 3 Record, Doc. No. 11. The authors of this study found that the incidence of lung cancer deaths among these workers was somewhat higher than would ordinarily be expected. The increase, however, was not statistically significant and the authors of the study did not suggest a link between the increase in lung cancer deaths and the exposure to PCB's.

The third and fourth studies were likewise of no help. The third involved workers at a Norwegian cable manufacturing company who had been exposed to mineral oil. Ronneberg, Andersen, & Skyberg, Mortality and Incidence of Cancer Among Oil Exposed Workers in a Norwegian Cable Manufacturing Company, 45 British Journal of Industrial

p. 146

Medicine 595 (1988). A statistically significant increase in lung cancer deaths had been observed in these workers. The study, however, (1) made no mention of PCB's and (2) was expressly limited to the type of mineral oil involved in that study, and thus did not support these experts' opinions. The fourth and final study involved a PCB-exposed group in Japan that had seen a statistically significant increase in lung cancer deaths. Kuratsune, Nakamura, Ikeda, & Hirohata, Analysis of Deaths Seen Among Patients with Yusho - A Preliminary Report, 16 Chemosphere, Nos. 8/9, p. 2085 (1987). The subjects of this study, however, had been exposed to numerous potential carcinogens, including toxic rice oil that they had ingested.

Respondent points to *Daubert*'s language that the "focus, of course, must be solely on principles and methodology, not on the conclusions that they generate." 509 U. S., at 595. He claims that because the District Court's disagreement was with the conclusion that the experts drew from the studies, the District Court committed legal error and was properly reversed by the Court of Appeals. But conclusions and methodology are not entirely distinct from one another. Trained experts commonly extrapolate from existing data. But nothing in either *Daubert* or the Federal Rules of Evidence requires a district court to admit opinion evidence that is connected to existing data only by the *ipse dixit* of the expert. A court may conclude that there is simply too great an analytical gap between the data and the opinion proffered. See *Turpin v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 959 F. 2d 1349, 1360 (CA6), cert. denied, 506 U. S. 826 (1992). That is what the District Court did here, and we hold that it did not abuse its discretion in so doing.

We hold, therefore, that abuse of discretion is the proper standard by which to review a district court's decision to admit or exclude scientific evidence. We further hold that, because it was within the District Court's discretion to conclude that the studies upon which the experts relied were not

p. 147

sufficient, whether individually or in combination, to support their conclusions that Joiner's exposure to PCB's contributed to his cancer, the District Court did not abuse its discretion in excluding their testimony. These conclusions, however, do not dispose of this entire case.

Respondent's original contention was that his exposure to PCB's, furans, and dioxins contributed to his cancer. The District Court ruled that there was a genuine issue of material fact as to whether Joiner had been exposed to PCB's, but concluded that there was no genuine issue as to whether he had been exposed to furans and dioxins. The District Court accordingly never explicitly considered if there was admissible evidence on the question whether Joiner's alleged exposure to furans and dioxins contributed to his cancer. The Court of Appeals reversed the District Court's conclusion that there had been no exposure to furans and dioxins. Petitioners did not challenge this determination in their petition to this Court. Whether Joiner was exposed to furans and dioxins, and whether if there was such exposure, the opinions of Joiner's experts would then be admissible, remain open questions. We accordingly reverse the judgment of the Court of Appeals and remand this case for proceedings consistent with this opinion.

It is so ordered.

Justice Breyer, concurring.

The Court's opinion, which I join, emphasizes *Daubert's* statement that a trial judge, acting as "gatekeeper", must "'ensure that any and all scientific testimony or evidence admitted is not only relevant, but reliable.'" *Ante*, at 142 (quoting *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U. S. 579, 589 (1993)). This requirement will sometimes ask judges to make subtle and sophisticated determinations about scientific methodology and its relation to the conclusions an expert witness seeks to offer - particularly when a case arises in an area where the science itself is tentative or

p. 148

uncertain, or where testimony about general risk levels in human beings or animals is offered to prove individual causation. Yet, as *amici* have pointed out, judges are not scientists and do not have the scientific training that can facilitate

the making of such decisions. See, e. g., Brief for Trial Lawyers for Public Justice as *Amicus Curiae* 15; Brief for New England Journal of Medicine et al. as *Amici Curiae* 2 ("Judges...are generally not trained scientists").

Of course, neither the difficulty of the task nor any comparative lack of expertise can excuse the judge from exercising the "gatekeeper" duties that the Federal Rules of Evidence impose - determining, for example, whether particular expert testimony is reliable and "will assist the trier of fact," Fed. Rule Evid. 702, or whether the "probative value" of testimony is substantially outweighed by risks of prejudice, confusion or waste of time, Fed. Rule Evid. 403. To the contrary, when law and science intersect, those duties often must be exercised with special care.

Today's toxic tort case provides an example. The plaintiff in today's case says that a chemical substance caused, or promoted, his lung cancer. His concern, and that of others, about the causes of cancer is understandable, for cancer kills over one in five Americans. See U. S. Dept. of Health and Human Services, National Center for Health Statistics, Health, United States 1996-97 and Injury Chart book 117 (1997) (23.3% of all deaths in 1995). Moreover, scientific evidence implicates some chemicals as potential causes of some cancers. See, *e. g.*, U. S. Dept. of Health and Human Services, Public Health Service, National Toxicology Program, 1 Seventh Annual Report on Carcinogens, pp. v–vi (1994). Yet modern life, including good health as well as economic well-being, depends upon the use of artificial or manufactured substances, such as chemicals. And it may, therefore, prove particularly important to see that judges fulfill their *Daubert* gatekeeping function, so that they help assure that the powerful engine of tort liability, which can generate

p. 149

strong financial incentives to reduce, or to eliminate, production, points toward the right substances and does not destroy the wrong ones. It is, thus, essential in this science related area that the courts administer the Federal Rules of Evidence in order to achieve the "end[s]" that the Rules themselves set forth, not only so that proceedings may be "justly determined," but also so "that the truth may be ascertained." Fed. Rule Evid. 102.

I therefore want specially to note that, as cases presenting significant science-related issues have increased in number, see Judicial Conference of the United States, Report of the Federal Courts Study Committee 97 (Apr. 2, 1990) ("Economic, statistical, technological, and natural and social scientific data are becoming increasingly important in both routine and complex litigation"), judges have increasingly found in the Rules of Evidence and Civil Procedure ways to help them overcome the inherent difficulty of making determinations about complicated scientific, or otherwise technical, evidence. Among these techniques are an increased use of Rule 16's pretrial conference authority to narrow the scientific issues in dispute, pretrial hearings where potential experts are subject to examination by the court, and the appointment of special masters and specially trained law clerks. See J. Cecil & T. Willging, Court-Appointed Experts: Defining the Role

of Experts Appointed Under Federal Rule of Evidence 706, pp. 83–88 (1993); J. Weinstein, Individual Justice in Mass Tort Litigation 107–110 (1995); cf. Kaysen, In Memoriam: Charles E. Wyzanski, Jr., 100 Harv. L. Rev. 713, 713–715 (1987) (discussing a judge's use of an economist as a law clerk in *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F. Supp. 295 (Mass. 1953), aff'd, 347 U. S. 521 (1954)). In the present case, the New England Journal of Medicine has filed an *amici* brief "in support of neither petitioners nor respondents" in which the Journal writes: "[A] judge could better fulfill this gatekeeper function if he or she had help from scientists. Judges should be

p. 150

strongly encouraged to make greater use of their inherent authority...to appoint experts... Reputable experts could be recommended to courts by established scientific organizations, such as the National Academy of Sciences or the American Association for the Advancement of Science." Brief, *supra*, at 18-19.

Cf. Fed. Rule Evid. 706 (court may "on its own motion or on the motion of any party" appoint an expert to serve on behalf of the court, and this expert may be selected as "agreed upon by the parties" or chosen by the court); see also Weinstein, *supra*, at 116 (a court should sometimes "go beyond the experts proffered by the parties" and "utilize its powers to appoint independent experts under Rule 706 of the Federal Rules of Evidence"). Given this kind of offer of cooperative effort, from the scientific to the legal community, and given the various Rules-authorized methods for facilitating the courts' task, it seems to me that *Daubert*'s gatekeeping requirement will not prove inordinately difficult to implement, and that it will help secure the basic objectives of the Federal Rules of Evidence, which are, to repeat, the ascertainment of truth and the just determination of proceedings. Fed. Rule Evid. 102.

JUSTICE STEVENS, concurring in part and dissenting in part.

The question that we granted certiorari to decide is whether the Court of Appeals applied the correct standard of review. That question is fully answered in Parts I and II of the Court's opinion. Part III answers the quite different question whether the District Court properly held that the testimony of plaintiff's expert witnesses was inadmissible. Because I am not sure that the parties have adequately briefed that question, or that the Court has adequately explained why the Court of Appeals' disposition was erroneous, I do not join Part III. Moreover, because a proper answer to that question requires a study of the record that can be

p.151

performed more efficiently by the Court of Appeals than by the nine Members of this Court, I would remand the case to that court for application of the proper standard of review.

One aspect of the record will illustrate my concern. As the Court of Appeals pointed out, Joiner's experts relied on "the studies of at least thirteen different researchers, and referred to several reports of the World Health Organization that address the question of whether PCBs cause cancer." 78 F. 3d 524, 533 (CA11 1996). Only one of those studies is in the record, and only six of them were discussed in the District Court opinion. Whether a fair appraisal of either the methodology or the conclusions of Joiner's experts can be made on the basis of such an incomplete record is a question that I do not feel prepared to answer.

It does seem clear, however, that the Court has not adequately explained why its holding is consistent with Federal Rule of Evidence 702[4], as interpreted in *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U. S. 579 (1993).[5] In general, scientific testimony that is both relevant and reliable must be admitted and testimony that is irrelevant or unreliable must be excluded. Id., at 597. In this case, the District Court relied on both grounds for exclusion.

The relevance ruling was straightforward. The District Court correctly reasoned that an expert opinion that exposure

p. 152

sure to PCB's, "furans" and "dioxins" together may cause lung cancer would be irrelevant unless the plaintiff had been exposed to those substances. Having already found that there was no evidence of exposure to furans and dioxins, 864 F. Supp. 1310, 1318–1319 (ND Ga. 1994), it necessarily followed that this expert opinion testimony was inadmissible. Correctly applying *Daubert*, the District Court explained that the experts' testimony "manifestly does not fit the facts of this case, and is therefore inadmissible." 864 F. Supp., at 1322. Of course, if the evidence raised a genuine issue of fact on the question of Joiner's exposure to furans and dioxins - as the Court of Appeals held that it did - then this basis for the ruling on admissibility was erroneous, but not because the District Judge either abused her discretion or misapplied the law.[6]

The reliability ruling was more complex and arguably is not faithful to the statement in *Daubert* that "[t]he focus, of course, must be solely on principles and methodology, not on the conclusions that they generate." 509 U. S., at 595.

---

[4] Rule 702 states: "If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise."

[5] The specific question on which the Court granted certiorari in Daubert was whether the rule *of Frye v. United States*, 54 App. D. C. 46, 293 F. 1013 (1923), remained valid after the enactment of the Federal Rules of Evidence, but the Court went beyond that issue and set forth alternative requirements for admissibility in place of the *Frye* test. Even though the *Daubert* test was announced in dicta, see 509 U. S., at 598–601 (Rehnquist, C. J., concurring in part and dissenting in part), we should not simply ignore its analysis in reviewing the District Court's rulings.

[6] Petitioners do not challenge the Court of Appeals' straightforward review of the District Court's summary judgment ruling on exposure to furans and dioxins. As today's opinion indicates, ante, at 147, it remains an open question on remand whether the District Court should admit expert testimony that PCB's, furans, and dioxins together promoted Joiner's cancer.

Joiner's experts used a "weight of the evidence" methodology to assess whether Joiner's exposure to transformer fluids promoted his lung cancer.[7] They did not suggest that any

p. 153

one study provided adequate support for their conclusions, but instead relied on all the studies taken together (along with their interviews of Joiner and their review of his medical records). The District Court, however, examined the studies one by one and concluded that none was sufficient to show a link between PCB's and lung cancer. 864 F. Supp., at 1324–1326. The focus of the opinion was on the separate studies and the conclusions of the experts, not on the experts' methodology. *Id.,* at 1322 ("Defendants...persuade the court that Plaintiffs' expert testimony would not be admissible...by attacking the conclusions that Plaintiffs' experts draw from the studies they cite").

Unlike the District Court, the Court of Appeals expressly decided that a "weight of the evidence" methodology was scientifically acceptable.[8] To this extent, the Court of Appeals' opinion is persuasive. It is not intrinsically "unscientific" for experienced professionals to arrive at a conclusion by weighing all available scientific evidence - this is not the sort of "junk science" with which *Daubert* was concerned.[9] After all, as Joiner points out, the Environmental Protection Agency (EPA) uses the same methodology to assess risks, albeit using a somewhat different threshold than that required in a trial. Brief for Respondents 40-41 (quoting

p. 154

EPA, Guidelines for Carcinogen Risk Assessment, 51 Fed. Reg. 33992, 33996 (1986)). Petitioners' own experts used the same scientific approach as well.[10] And using this methodology, it would seem that an expert could reasonably have

[7] Dr. Daniel Teitelbaum elaborated on that approach in his deposition testimony: "[A]s a toxicologist when I look at a study, I am going to require that that study meet the general criteria for methodology and statistical analysis, but that when all of that data is collected and you ask me as a patient, 'Doctor, have I got a risk of getting cancer from this?' That those studies don't answer the question, that I have to put them all together in my mind and look at them in relation to everything I know about the substance and everything I know about the exposure and come to a conclusion. I think when I say, 'To a reasonable medical probability as a medical toxicologist, this substance was a contributing cause,' ... to his cancer, that that is a valid conclusion based on the totality of the evidence presented to me. And I think that that is an appropriate thing for a toxicologist to do, and it has been the basis of diagnosis for several hundred years, anyway." Supp. App. to Brief for Respondents 19.

[8] The court explained: "Opinions of any kind are derived from individual pieces of evidence, each of which by itself might not be conclusive, but when viewed in their entirety are the building blocks of a perfectly reasonable conclusion, one reliable enough to be submitted to a jury along with the tests and criticisms cross-examination and contrary evidence would supply." 78 F. 3d 524, 532 (CA11 1996).

[9] An example of "junk science" that should be excluded under Daubert as too unreliable would be the testimony of a phrenologist who would purport to prove a defendant's future dangerousness based on the contours of the defendant's skull.

[10] See, e. g., Deposition of Dr. William Charles Bailey, Supp. App. to Brief for Respondents 56 ("I've just reviewed a lot of literature and come to some conclusions...").

concluded that the study of workers at an Italian capacitor plant, coupled with data from Monsanto's study and other studies, raises an inference that PCB's promote lung cancer.[11]

The Court of Appeals' discussion of admissibility is faithful to the dictum in *Daubert* that the reliability inquiry must focus on methodology, not conclusions. Thus, even though I fully agree with both the District Court's and this Court's explanation of why each of the studies on which the experts relied was by itself unpersuasive, a critical question remains unanswered: When qualified experts have reached relevant conclusions on the basis of an acceptable methodology, why are their opinions inadmissible?

Daubert quite clearly forbids trial judges to assess the validity or strength of an expert's scientific conclusions, which is a matter for the jury.[12] Because I am persuaded

p. 155

that the difference between methodology and conclusions is just as categorical as the distinction between means and ends, I do not think the statement that "conclusions and methodology are not entirely distinct from one another," *ante*, at 146, either is accurate or helps us answer the difficult admissibility question presented by this record.

In any event, it bears emphasis that the Court has not held that it would have been an abuse of discretion to admit the expert testimony. The very point of today's holding is that the abuse-of-discretion standard of review applies whether the district judge has excluded or admitted evidence. *Ante*, at 142. And nothing in either *Daubert* or the Federal Rules of Evidence requires a district judge to reject an expert's conclusions and keep them from the jury when they fit the facts of the case and are based on reliable scientific methodology.

Accordingly, while I join Parts I and II of the Court's opinion, I do not concur in the judgment or in Part III of its opinion.

---

[11] The Italian capacitor plant study found that workers exposed to PCB's had a higher-than-expected rate of lung cancer death, though " 'the numbers were small [and] the value of the risk estimate was not statistically significant.' " 864 F. Supp. 1310, 1324 (ND Ga. 1994). The Monsanto study also found a correlation between PCB exposure and lung cancer death, but the results were not statistically significant. Id., at 1325. Moreover, it should be noted that under Georgia law, which applies in this diversity suit, Joiner need only show that his exposure to PCB's " 'promoted' " his lung cancer, not that it was the sole cause of his cancer. Brief for Respondents 7, n. 16 (quoting Brief for Appellants in No. 94–9131 (CA11), pp. 7–10).

[12] The Court stated in *Daubert:* "Vigorous cross-examination, presentation of contrary evidence, and careful instruction on the burden of proof are the traditional and appropriate means of attacking shaky but admissible evidence... Additionally, in the event the trial court concludes that the scintilla of evidence presented supporting a position is insufficient to allow a reasonable juror to conclude that the position more likely than not is true, the court remains free to direct a judgment, Fed. Rule Civ. Proc. 50(a), and likewise to grant summary judgment, Fed. Rule Civ. Proc. 56... These conventional devices, rather than wholesale exclusion under an uncompromising 'general acceptance' test, are the appropriate safeguards where the basis of scientific testimony meets the standards of Rule 702." 509 U. S., at 596.

ANEXO E - KUMHO TIRE COMPANY, LTD. ET AL. V. CARMICHAEL ET AL. (1997)

p. 137

When a tire on the vehicle driven by Patrick Carmichael blew out and the vehicle overturned, one passenger died and the others were injured. The survivors and the decedent's representative, respondents here, brought this diversity suit against the tire's maker and its distributor (collectively Kumho Tire), claiming that the tire that failed was defective. They rested their case in significant part upon the depositions of a tire failure analyst, Dennis Carlson, Jr., who intended to testify that, in his expert opinion, a defect in the tire's manufacture or design caused the blowout. That opinion was based upon a visual and tactile inspection of the tire and upon the theory that in the absence of at least two of four specific, physical symptoms indicating tire abuse, the tire failure of the sort that occurred here was caused by a defect. Kumho Tire moved to exclude Carlson's testimony on the ground that his methodology failed to satisfy Federal Rule of Evidence 702, which says: "If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact..., a witness qualified as an expert...may testify thereto in the form of an opinion." Granting the motion (and entering summary judgment for the defendants), the District Court acknowledged that it should act as a reliability "gatekeeper" under *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, Inc., 509 U. S. 579, 589, in which this Court held that Rule 702 imposes a special obligation upon a trial judge to ensure that scientific testimony is not only relevant, but reliable. The court noted that *Daubert* discussed four factors - testing, peer review, error rates, and "acceptability" in the relevant scientific community - which might prove helpful in determining the reliability of a particular scientific theory or technique, id., at 593–594, and found that those factors argued against the reliability of Carlson's methodology. On the plaintiffs' motion for reconsideration, the court agreed that Daubert should be applied flexibly, that its four factors were simply illustrative, and that other factors could argue in favor of admissibility. However, the court affirmed its earlier order because it found insufficient indications of the reliability of Carlson's methodology. In reversing, the Eleventh Circuit held that the District Court had erred as a matter of law in applying *Daubert.* Believing that *Daubert* was limited to the scientific context,

p.138

the court held that the Daubert factors did not apply to Carlson's testimony, which it characterized as skill or experience based.

Held:

1. The *Daubert* factors may apply to the testimony of engineers and other experts who are not scientists. Pp. 147–153.

(a) The *Daubert* "gatekeeping" obligation applies not only to "scientific" testimony, but to all expert testimony. Rule 702 does not distinguish between "scientific" knowledge and "technical" or "other specialized" knowledge, but makes clear that any such knowledge might become the subject of expert testimony. It is the Rule's word "knowledge," not the words (like "scientific") that modify that word, that establishes a standard of evidentiary reliability. 509 U. S., at 589–590. *Daubert* referred only to "scientific" knowledge because that was the nature of the expertise there at issue. Id., at 590, n. 8. Neither is the evidentiary rationale underlying Daubert's "gatekeeping" determination limited to "scientific" knowledge. Rules 702 and 703 grant all expert witnesses, not just "scientific" ones, testimonial latitude unavailable to other witnesses on the assumption that the expert's opinion will have a reliable basis in the knowledge and experience of his discipline. Id., at 592. Finally, it would prove difficult, if not impossible, for judges to administer evidentiary rules under which a "gatekeeping" obligation depended upon a distinction between "scientific" knowledge and "technical" or "other specialized" knowledge, since there is no clear line dividing the one from the others and no convincing need to make such distinctions. Pp. 147–149.

(b) A trial judge determining the admissibility of an engineering expert's testimony may consider one or more of the specific *Daubert* factors. The emphasis on the word "may" reflects *Daubert*'s description of the Rule 702 inquiry as "a flexible one." 509 U. S., at 594. The *Daubert* factors do *not* constitute a definitive checklist or test, id., at 593, and the gatekeeping inquiry must be tied to the particular facts, id., at 591. Those factors may or may not be pertinent in assessing reliability, depending on the nature of the issue, the expert's particular expertise, and the subject of his testimony. Some of those factors may be helpful in evaluating the reliability even of experience-based expert testimony, and the Court of Appeals erred insofar as it ruled those factors out in such cases. In determining whether particular expert testimony is reliable, the trial court should consider the specific *Daubert* factors where they are reasonable measures of reliability. Pp. 149–152.

(c) A court of appeals must apply an abuse-of-discretion standard when it reviews a trial court's decision to admit or exclude expert

p. 139

testimony. *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U. S. 136, 138–139. That standard applies as much to the trial court's decisions about how to determine reliability as to its ultimate conclusion. Thus, whether *Daubert*'s specific factors are, or are not, reasonable measures of reliability in a particular case is a matter that the law grants the trial judge broad latitude to determine. See id., at 143. The Eleventh Circuit erred insofar as it held to the contrary. Pp. 152–153.

2. Application of the foregoing standards demonstrates that the District Court's decision not to admit Carlson's expert testimony was lawful. The District Court did not question Carlson's qualifications, but excluded his testimony because it initially doubted his methodology and then found it unreliable after examining the transcript in some detail and considering respondents' defense of it. The doubts that triggered the court's initial inquiry were reasonable, as was the court's ultimate conclusion that Carlson could not reliably determine the cause of the failure of the tire in question. The question was not the reliability of Carlson's methodology in general, but rather whether he could reliably determine the cause of failure of the *particular tire at issue*. That tire, Carlson conceded, had traveled far enough so that some of the tread had been worn bald, it should have been taken out of service, it had been repaired (inadequately) for punctures, and it bore some of the very marks that he said indicated, not a defect, but abuse. Moreover, Carlson's own testimony cast considerable doubt upon the reliability of both his theory about the need for at least two signs of abuse and his proposition about the significance of visual inspection in this case. Respondents stress that other tire failure experts, like Carlson, rely on visual and tactile examinations of tires. But there is no indication in the record that other experts in the industry use Carlson's *particular* approach or that tire experts normally make the very fine distinctions necessary to support his conclusions, nor are there references to articles or papers that validate his approach. Respondents' argument that the District Court too rigidly applied Daubert might have had some validity with respect to the court's initial opinion, but fails because the court, on reconsideration, recognized that the relevant reliability inquiry should be "flexible," and ultimately based its decision upon Carlson's failure to satisfy either *Daubert's factors or any other* set of reasonable reliability criteria. Pp. 153–158.

131 F. 3d 1433, reversed.

BREYER, J., delivered the opinion of the Court, Parts I and II of which were unanimous, and Part III of which was joined by REHNQUIST, C. J., and O'CONNOR, SCALIA, KENNEDY, SOUTER, THOMAS, and GINSBURG,

p. 140

JJ. SCALIA, J., filed a concurring opinion, in which O'CONNOR and THOMAS, JJ., joined, post, p. 158. STEVENS, J., filed an opinion concurring in part and dissenting in part, post, p. 159.

Joseph P. H. Babington argued the cause for petitioners. With him on the briefs were *Warren C. Herlong, Jr., John T. Dukes, Kenneth S. Geller,* and *Alan E. Untereiner. Jeffrey P. Minear* argued the cause for the United States as amicus curiae urging reversal. With him on the brief were *Solicitor General Waxman, Assistant Attorney General Hunger, Deputy Solicitor General Wallace, Anthony J. Steinmeyer*, and *John P. Schnitker.*

Sidney W. Jackson III argued the cause for respondents. With him on the brief were *Robert J. Hedge, Michael D. Hausfeld, Richard S. Lewis, Joseph M. Sellers,* and *Anthony Z. Roisman**

*Briefs of *amici curiae* urging reversal were filed for the American Automobile Manufacturers Association et al. by *Michael Hoenig, Phillip D. Brady, and Charles H. Lockwood II; for the American Insurance Association et al. by Mark F. Horning and Craig A. Berrington; for the American Tort Reform Association et al. by Victor E. Schwartz, Patrick W. Lee, Robert P. Charrow, Mark A. Behrens, Jan S. Amundson, and Quentin Riegel*; for the Product Liability Advisory Council, Inc., et al. by Mary A. Wells, Robin S. Conrad, and Donald D. Evans; for the Rubber Manufacturers Association by Bert Black, Michael S. Truesdale, and Michael L. McAllister; for the Washington Legal Foundation et al. by Arvin Maskin, Theodore E. Tsekerides, Daniel J. Popeo, and Paul D. Kamenar; for John Allen et al. by Carter G. Phillips and David M. Levy; and for Stephen N. Bobo et al. by Martin S. Kaufman.

Briefs of *amici curiae* urging affirmance were filed for the Association of Trial Lawyers of America by *Jeffrey Robert White and Mark S. Mandell; for the Attorneys Information Exchange Group, Inc., by Bruce J. McKee and Francis H. Hare, Jr.; for Bona Shipping (U. S.), Inc., et al. by Robert L. Klawetter and Michael F. Sturley*; for the International Association of Arson Investigators by *Kenneth M. Suggs;* for the National Academy of Forensic Engineers by *Alvin S. Weinstein, Larry E. Coben, and David V. Scott*; for Trial Lawyers for Public Justice, P. C., et al. by *Gerson H. Smoger, Arthur H. Bryant, Sarah Posner, William A. Rossbach, and Brian Wolfman*; and for Margaret A. Berger et al. by *Kenneth J. Chese bro, Edward J. Imwinkelried, Ms. Berger, pro se, Stephen A. Saltzburg, David G. Wirtes, Jr., Don Howarth, Suzelle M. Smith, Edward M. Ricci, C. Tab Turner, James L. Gilbert, and David L. Perry*.

Briefs of amici curiae were filed for the Defense Research Institute by *Lloyd H. Milliken, Jr., Julia Blackwell Gelinas, Nelson D. Alexander, and Sandra Boyd Williams*; for the National Academy of Engineering by *Richard A. Meserve, Elliott Schulder, and Thomas L. Cubbage III;* and for Neil Vidmar et al. by *Ronald Simon, Turner W. Branch, Ronald Motley, Robert Habush, and M. Clay Alspaugh.*

p. 141

Opinion of the Court

Justice Breyer delivered the opinion of the Court.

In *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, Inc., 509 U. S. 579 (1993), this Court focused upon the admissibility of scientific expert testimony. It pointed out that such testimony is admissible only if it is both relevant and reliable. And it held that the Federal Rules of Evidence "assign to the trial judge the task of ensuring that an expert's testimony both rests on a reliable foundation and is relevant to the task at hand*." Id.,* at 597. The Court also discussed certain more specific factors, such as testing, peer review, error rates, and "acceptability" in the relevant scientific community, some or all of which might prove helpful in determining the reliability of a particular scientific "theory or technique." Id., at 593–594.

This case requires us to decide how *Daubert* applies to the testimony of engineers and other experts who are not scientists. We conclude that *Daubert*'s general holding - setting forth the trial judge's general "gatekeeping" obligation - applies not only to testimony based on "scientific" knowledge, but also to testimony based on "technical" and "other specialized" knowledge. See Fed. Rule Evid. 702. We also conclude that a trial court may consider one or more of the more specific factors that *Daubert* mentioned when doing so will help determine that testimony's reliability. But, as the Court stated in *Daubert,* the test of reliability is "flexible," and *Daubert*'s list of specific factors neither necessarily nor exclusively applies to all experts or in every case.

p. 142

Rather, the law grants a district court the same broad latitude when it decides how to determine reliability as it enjoys in respect to its ultimate reliability determination. See *General Electric Co. v. Joine*r, 522 U. S. 136, 143 (1997) (courts of appeals are to apply "abuse of discretion" standard when reviewing district court's reliability determination). Applying these standards, we determine that the District Court's decision in this case - not to admit certain expert testimony - was within its discretion and therefore lawful.

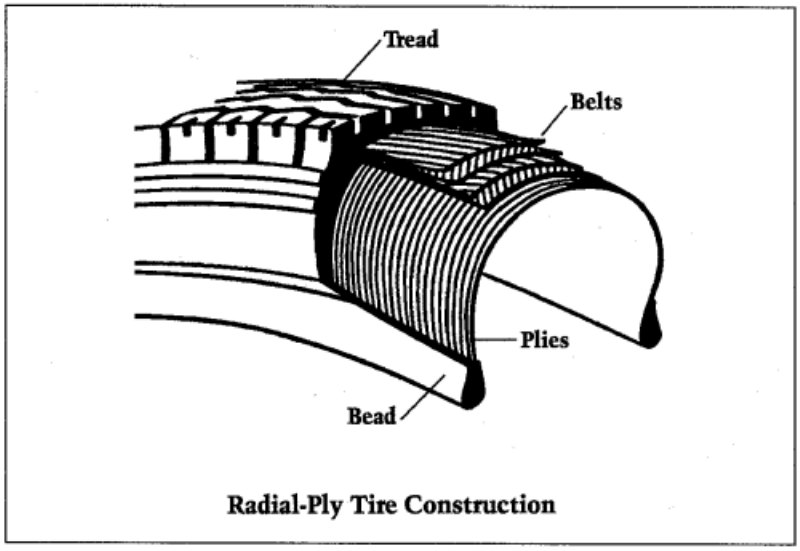
I

On July 6, 1993, the right rear tire of a minivan driven by Patrick Carmichael blew out. In the accident that followed, one of the passengers died, and others were severely injured. In October 1993, the Carmichaels brought this diversity suit against the tire's maker and its distributor, whom we refer to collectively as Kumho Tire, claiming that the tire was defective. The plaintiffs rested their case in significant part upon deposition testimony provided by an expert in tire failure analysis, Dennis Carlson, Jr., who intended to testify in support of their conclusion.

Carlson's depositions relied upon certain features of tire technology that are not in dispute. A steel-belted radial tire like the Carmichaels' is made up of a "carcass" containing many layers of flexible cords, called "plies," along which (between the cords and the outer tread) are laid steel strips called "belts." Steel wire loops, called "beads," hold the cords together at the plies' bottom edges. An outer layer, called the "tread," encases the carcass, and the entire tire is bound together in rubber, through the application of heat and various chemicals. See generally, e. g., J. Dixon, Tires, Suspension and Handling 68–72 (2d ed. 1996). The bead of the tire sits upon a "bead seat," which is part of the wheel assembly. That assembly contains a "rim flange," which extends over the bead and rests against the side of the

p. 143

tire. See M. Mavrigian, Performance Wheels & Tires 81, 83 (1998) (illustrations).



Radial-Ply Tire Construction

A. Markovich, How To Buy and Care For Tires 4 (1994).

Carlson's testimony also accepted certain background facts about the tire in question. He assumed that before the blowout the tire had traveled far. (The tire was made in 1988 and had been installed some time before the Carmichaels bought the used minivan in March 1993; the Carmichaels had driven the van approximately 7,000 additional miles in the two months they had owned it.) Carlson noted that the tire's tread depth, which was 11⁄32 of an inch when new, App. 242, had been worn down to depths that ranged from 3⁄32 of an inch along some parts of the tire, to nothing at all along others. *Id.,* at 287. He conceded that the tire tread had at least two punctures which had been inadequately repaired. *Id.*, at 258–261, 322. Despite the tire's age and history, Carlson concluded that a defect in its manufacture or design caused the blowout. He rested this conclusion in part upon three premises which,

p. 144

for present purposes, we must assume are not in dispute: First, a tire's carcass should stay bound to the inner side of the tread for a significant period of time after its tread depth has worn away. *Id.,* at 208–209. Second, the tread of the tire at issue had separated from its inner steel-belted carcass prior to the accident. *Id.*, at 336. Third, this "separation" caused the blowout. *Ibid.*

Carlson's conclusion that a defect caused the separation, however, rested upon certain other propositions, several of which the defendants strongly dispute. First, Carlson said that if a separation is *not* caused by a certain kind of tire misuse called "overdeflection" (which consists of underinflating the tire or causing it to carry too much weight, thereby generating heat that can undo the chemical tread/carcass bond), then, ordinarily, its cause is a tire defect. *Id.,* at 193–195, 277–278. Second, he said that if a tire has been subject to sufficient overdeflection to cause a separation, it should

reveal certain physical symptoms. These symptoms include (a) tread wear on the tire's shoulder that is greater than the tread wear along the tire's center, *id.,* at 211; (b) signs of a "bead groove," where the beads have been pushed too hard against the bead seat on the inside of the tire's rim, *id.,* at 196–197; (c) sidewalls of the tire with physical signs of deterioration, such as discoloration, *id.,* at 212; and/or (d) marks on the tire's rim flange, *id.*, at 219–220. Third, Carlson said that where he does not find at least two of the four physical signs just mentioned (and presumably where there is no reason to suspect a less common cause of separation), he concludes that a manufacturing or design defect caused the separation. *Id.,* at 223–224.

Carlson added that he had inspected the tire in question. He conceded that the tire to a limited degree showed greater wear on the shoulder than in the center, some signs of "bead groove," some discoloration, a few marks on the rim flange, and inadequately filled puncture holes (which can also cause heat that might lead to separation). *Id.*, at 256-257, 258-

p. 146

261, 277, 303-304, 308. But, in each instance, he testified that the symptoms were not significant, and he explained why he believed that they did not reveal overdeflection. For example, the extra shoulder wear, he said, appeared primarily on one shoulder, whereas an overdeflected tire would reveal equally abnormal wear on both shoulders. *Id.,* at 277. 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, a defect must have done so.

Kumho Tire moved the District Court to exclude Carlson's testimony on the ground that his methodology failed Rule 702's reliability requirement. The court agreed with Kumho that it should act as a Daubert-type reliability "gatekeeper," even though one might consider Carlson's testimony as "technical," rather than "scientific." See *Carmichael v. Samyang Tires, Inc.,* 923 F. Supp. 1514, 1521–1522 (SD Ala. 1996). The court then examined Carlson's methodology in light of the reliability-related factors that Daubert mentioned, such as a theory's testability, whether it "has been a subject of peer review or publication," the "known or potential rate of error," and the "degree of acceptance…within the relevant scientific community." 923 F. Supp., at 1520 (citing Daubert, 509 U. S., at 589-595). The District Court found that all those factors argued against the reliability of Carlson's methods, and it granted the motion to exclude the testimony (as well as the defendants' accompanying motion for summary judgment).

The plaintiffs, arguing that the court's application of the *Daubert* factors was too "inflexible," asked for reconsideration. And the court granted that motion. *Carmichael v. Samyang Tires, Inc.*, Civ. Action No. 93–0860–CB–S

(SD Ala., June 5, 1996), App. to Pet. for Cert. 1c. After reconsidering the matter, the court agreed with the plaintiffs that Daubert should be applied flexibly, that its four factors were

p. 146

simply illustrative, and that other factors could argue in favor of admissibility. It conceded that there may be widespread acceptance of a "visual-inspection method" for some relevant purposes. But the court found insufficient indications of the reliability of "the component of Carlson's tire failure analysis which most concerned the Court, namely, the methodology employed by the expert in analyzing the data obtained in the visual inspection, and the scientific basis, if any, for such an analysis." *Id.,* at 6c.

It consequently affirmed its earlier order declaring Carlson's testimony inadmissible and granting the defendants' motion for summary judgment.

The Eleventh Circuit reversed. See *Carmichael v. Samyang Tire, Inc.,* 131 F. 3d 1433 (1997). It "review[ed]... *de novo*" the "district court's legal decision to apply *Daubert*." *Id.,* at 1435. It noted that "the Supreme Court in *Daubert* explicitly limited its holding to cover only the 'scientific context', " adding that "a Daubert analysis" applies only where an expert relies "on the application of scientific principles," rather than "on skill- or experience-based observation." Id., at 1435–1436. It concluded that Carlson's testimony, which it viewed as relying on experience, "falls outside the scope of *Daubert*", that "the district court erred as a matter of law by applying *Daubert* in this case," and that the case must be remanded for further (non-*Daubert*-type) consideration under Rule 702. 131 F. 3d, at 1436.

Kumho Tire petitioned for certiorari, asking us to determine whether a trial court "may" consider *Daubert*'s specific "factors" when determining the "admissibility of an engineering expert's testimony." Pet. for Cert. i. We granted certiorari in light of uncertainty among the lower courts about whether, or how, *Daubert* applies to expert testimony that might be characterized as based not upon "scientific" knowledge, but rather upon "technical" or "other special-

p. 147

ized" knowledge. Fed. Rule Evid. 702; compare, e. g., *Watkins v. Telsmith, Inc.*, 121 F. 3d 984, 990–991 (CA5 1997), with, e. g., *Compton v. Subaru of America, Inc.*, 82 F. 3d 1513, 1518–1519 (CA10), cert. denied, 519 U. S. 1042 (1996).

II

A

In *Daubert,* this Court held that Federal Rule of Evidence 702 imposes a special obligation upon a trial judge to "ensure that any and all scientific testimony...is not only relevant, but reliable." 509 U. S., at 589. The initial question before us is whether this basic gatekeeping obligation applies only to "scientific" testimony or to all expert testimony. We, like the parties, believe that it applies to all expert testimony. See Brief for Petitioners 19; Brief for Respondents 17.

For one thing, Rule 702 itself says: "If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise."

This language makes no relevant distinction between "scientific" knowledge and "technical" or "other specialized" knowledge. It makes clear that any such knowledge might become the subject of expert testimony. In Daubert, the Court specified that it is the Rule's word "knowledge," not the words (like "scientific") that modify that word, that "establishes a standard of evidentiary reliability." 509 U. S., at 589–590. Hence, as a matter of language, the Rule applies its reliability standard to all "scientific," "technical," or "other specialized" matters within its scope. We concede that the Court in *Daubert* referred only to "scientific" knowledge. But as the Court there said, it referred to "sci-

p. 148

entific" testimony "because that [wa]s the nature of the expertise" at issue. Id., at 590, n. 8.

Neither is the evidentiary rationale that underlay the Court's basic *Daubert* "gatekeeping" determination limited to "scientific" knowledge. *Daubert* pointed out that Federal Rules 702 and 703 grant expert witnesses testimonial latitude unavailable to other witnesses on the "assumption that the expert's opinion will have a reliable basis in the knowledge and experience of his discipline." *Id.*, at 592 (pointing out that experts may testify to opinions, including those that are not based on firsthand knowledge or observation). The Rules grant that latitude to all experts, not just to "scientific" ones.

Finally, it would prove difficult, if not impossible, for judges to administer evidentiary rules under which a gatekeeping obligation depended upon a distinction between "scientific" knowledge and "technical" or "other specialized" knowledge. There is no clear line that divides the one from the others. Disciplines such as engineering rest upon scientific knowledge. Pure scientific theory itself may depend for its development upon observation and properly engineered machinery. And conceptual efforts to distinguish the two are unlikely to produce clear legal lines capable of application in particular cases. Cf. Brief for National Academy of Engineering as *Amicus Curiae* 9 (scientist seeks to understand nature while the engineer seeks nature's modification); Brief for Rubber Manufacturers Association as *Amicus Curiae* 14–16 (engineering, as an " 'applied science,' " relies on "scientific reasoning and methodology"); Brief for John Allen et al. as Amici Curiae 6 (engineering relies upon "scientific knowledge and methods").

Neither is there a convincing need to make such distinctions. Experts of all kinds tie observations to conclusions through the use of what Judge Learned Hand called "general truths derived from...specialized experience." Hand, Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testi-

p. 149

mony, 15 Harv. L. Rev. 40, 54 (1901). And whether the specific expert testimony focuses upon specialized observations, the specialized translation of those observations into theory, a specialized theory itself, or the application of such a theory in a particular case, the expert's testimony often will rest "upon an experience confessedly foreign in kind to [the jury's] own." *Ibid.* The trial judge's effort to assure that the specialized testimony is reliable and relevant can help the jury evaluate that foreign experience, whether the testimony reflects scientific, technical, or other specialized knowledge. We conclude that *Daubert's* general principles apply to the expert matters described in Rule 702. The Rule, in respect to all such matters, "establishes a standard of evidentiary reliability." 509 U. S., at 590. It "requires a valid... connection to the pertinent inquiry as a precondition to admissibility." *Id.,* at 592. And where such testimony's factual basis, data, principles, methods, or their application are called sufficiently into question, see Part III, infra, the trial judge must determine whether the testimony has "a reliable basis in the knowledge and experience of [the relevant] discipline." 509 U. S., at 592.

B

Petitioners ask more specifically whether a trial judge determining the "admissibility of an engineering expert's testimony" may consider several more specific factors that *Daubert* said might "bear on" a judge's gatekeeping determination. Brief for Petitioners i. These factors include:

- Whether a "theory or technique...can be (and has been) tested";
- Whether it "has been subjected to peer review and publication";
- Whether, in respect to a particular technique, there is a high "known or potential rate of error" and whether there are "standards controlling the technique's operation"; and

p. 150

- Whether the theory or technique enjoys " 'general acceptance' " within a " 'relevant scientific community.' " 509 U. S., at 592–594.

Emphasizing the word "may" in the question, we answer that question yes.

Engineering testimony rests upon scientific foundations, the reliability of which will be at issue in some cases. See, e. g., Brief for Stephen N. Bobo et al. as *Amici Curiae* 23 (stressing the scientific bases of engineering disciplines). In other cases, the relevant reliability concerns may focus upon personal knowledge or experience. As the Solicitor General points out, there are many different kinds of experts, and many different kinds of expertise. See Brief for United States as *Amicus Curiae* 18–19, and n. 5 (citing cases involving experts in drug terms, handwriting analysis, criminal modus operandi, land valuation, agricultural practices, railroad procedures, attorney's fee valuation, and others). Our emphasis on the word "may" thus reflects *Daubert*'s description of the Rule 702 inquiry as "a flexible one." 509 U. S., at 594. Daubert makes clear that the factors it mentions do not constitute a "definitive checklist or test." Id., at 593. And *Daubert* adds that the gatekeeping inquiry must be "'tied to the facts' " of a particular "case." *Id.,* at 591 (quoting *United States v. Downing,* 753 F. 2d 1224, 1242 (CA3 1985)). We agree with the Solicitor General that "[t]he factors identified in *Daubert* may or may not be pertinent in assessing reliability, depending on the nature of the issue, the expert's particular expertise, and the subject of his testimony." Brief for United States as *Amicus Curiae* 19. The conclusion, in our view, is that we can neither rule out, nor rule in, for all cases and for all time the applicability of the factors mentioned in *Daubert,* nor can we now do so for subsets of cases categorized by category of expert or by kind of evidence. Too much depends upon the particular circumstances of the particular case at issue.

p. 151

Daubert itself is not to the contrary. It made clear that its list of factors was meant to be helpful, not definitive. Indeed, those factors do not all necessarily apply even in every instance in which the reliability of scientific testimony is challenged. It might not be surprising in a particular case, for example, that a claim made by a scientific witness has never been the subject of peer review, for the particular application at issue may never previously have interested any scientist. Nor, on the other hand, does the presence of *Daubert*'s general acceptance factor help show that an expert's testimony is reliable where the discipline itself lacks reliability, as, for example, do theories grounded in any so-called generally accepted principles of astrology or necromancy.

At the same time, and contrary to the Court of Appeals' view, some of *Daubert*'s questions can help to evaluate the reliability even of experience-based testimony. In certain cases, it will be appropriate for the trial judge to ask, for example, how often an engineering expert's experiencebased methodology has produced erroneous results, or whether such a method is generally accepted in the relevant engineering community. Likewise, it will at times be useful to ask even of a witness whose expertise is based purely on experience, say, a perfume tester able to distinguish among 140 odors at a sniff, whether his preparation is of a kind that others in the field would recognize as acceptable.

We must therefore disagree with the Eleventh Circuit's holding that a trial judge may ask questions of the sort *Daubert* mentioned only where an expert "relies on the application of scientific principles," but not where an expert relies "on skill- or experience-based observation." 131 F. 3d, at 1435. We do not believe that Rule 702 creates a schematism that segregates expertise by type while mapping certain kinds of questions to certain kinds of experts. Life and the legal cases that it generates are too complex to warrant so definitive a match.

p. 152

To say this is not to deny the importance of *Daubert*'s gatekeeping requirement. The objective of that requirement is to ensure the reliability and relevancy of expert testimony. It is to make certain that an expert, whether basing testimony upon professional studies or personal experience, employs in the courtroom the same level of intellectual rigor that characterizes the practice of an expert in the relevant field. Nor do we deny that, as stated in *Daubert,* the particular questions that it mentioned will often be appropriate for use in determining the reliability of challenged expert testimony. Rather, we conclude that the trial judge must have considerable leeway in deciding in a particular case how to go about determining whether particular expert testimony is reliable. That is to say, a trial court should consider the specific factors identified in *Daubert* where they are reasonable measures of the reliability of expert testimony.

C

The trial court must have the same kind of latitude in deciding how to test an expert's reliability, and to decide whether or when special briefing or other proceedings are needed to investigate reliability, as it enjoys when it decides whether that expert's relevant testimony is reliable. Our opinion in Joiner makes clear that a court of appeals is to apply an abuse-of-discretion standard when it "review[s] a trial court's decision to admit or exclude expert testimony." 522 U. S., at 138-139. That standard applies as much to the trial court's decisions about how to determine reliability as to its ultimate conclusion. Otherwise, the trial judge would lack the discretionary authority needed both to avoid unnecessary "reliability" proceedings in ordinary cases where the reliability of an expert's methods is properly taken for granted, and to require appropriate proceedings in the less usual or more complex cases where cause for questioning the expert's reliability arises. Indeed, the Rules seek to avoid "unjustifiable expense and delay" as part of their search for

p. 153

"truth" and the "jus[t] determin[ation]" of proceedings. Fed. Rule Evid. 102. Thus, whether *Daubert*'s specific factors are, or are not, reasonable measures of reliability in a particular case is a matter that the law grants the trial judge broad latitude to determine. See *Joiner, supra*, at 143. And the Eleventh Circuit erred insofar as it held to the contrary.

III

We further explain the way in which a trial judge "may" consider *Daubert's* factors by applying these considerations to the case at hand, a matter that has been briefed exhaustively by the parties and their 19 *amici*. The District Court did not doubt Carlson's qualifications, which included a masters degree in mechanical engineering, 10 years' work at Michelin America, Inc., and testimony as a tire failure consultant in other tort cases. Rather, it excluded the testimony because, despite those qualifications, it initially doubted, and then found unreliable, "the methodology employed by the expert in analyzing the data obtained in the visual inspection, and the scientific basis, if any, for such an analysis." Civ. Action No. 93–0860–CB–S (SD Ala., June 5, 1996), App. to Pet. for Cert. 6c. After examining the transcript in "some detail," 923 F. Supp., at 1518-1519, n. 4, and after considering respondents' defense of Carlson's methodology, the District Court determined that Carlson's testimony was not reliable. It fell outside the range where experts might reasonably differ, and where the jury must decide among the conflicting views of different experts, even though the evidence is "shaky." *Daubert*, 509 U. S., at 596. In our view, the doubts that triggered the District Court's initial inquiry here were reasonable, as was the court's ultimate conclusion.

For one thing, and contrary to respondents' suggestion, the specific issue before the court was not the reasonableness in general of a tire expert's use of a visual and tactile inspection to determine whether overdeflection had caused

p. 154

the tire's tread to separate from its steel-belted carcass. Rather, it was the reasonableness of using such an approach, along with Carlson's particular method of analyzing the data thereby obtained, to draw a conclusion regarding the *particular matter to which the expert testimony was directly relevant*. That matter concerned the likelihood that a defect in the tire at issue caused its tread to separate from its carcass. The tire in question, the expert conceded, had traveled far enough so that some of the tread had been worn bald; it should have been taken out of service; it had been repaired (inadequately) for punctures; and it bore some of the very marks that the expert said indicated, not a defect, but abuse through overdeflection. See *supra*, at 143–144; App. 293– 294. The relevant issue was whether the expert could reliably determine the cause of this tire's separation.

Nor was the basis for Carlson's conclusion simply the general theory that, in the absence of evidence of abuse, a defect will normally have caused a tire's separation. Rather, the expert employed a more specific theory to establish the existence (or absence) of such abuse. Carlson testified precisely that in the absence of *at least two* of four signs of abuse (proportionately greater tread wear on the shoulder; signs of grooves caused by the beads; discolored sidewalls;

marks on the rim flange), he concludes that a defect caused the separation. And his analysis depended upon acceptance of a further implicit proposition, namely, that his visual and tactile inspection could determine that the tire before him had not been abused despite some evidence of the presence of the very signs for which he looked (and two punctures).

For another thing, the transcripts of Carlson's depositions support both the trial court's initial uncertainty and its final conclusion. Those transcripts cast considerable doubt upon the reliability of both the explicit theory (about the need for two signs of abuse) and the implicit proposition (about the significance of visual inspection in this case). Among other things, the expert could not say whether the tire had trav-

p. 155

eled more than 10, or 20, or 30, or 40, or 50 thousand miles, adding that 6,000 miles was "about how far" he could "say with any certainty." *Id.*, at 265. The court could reasonably have wondered about the reliability of a method of visual and tactile inspection sufficiently precise to ascertain with some certainty the abuse-related significance of minute shoulder/center relative tread wear differences, but insufficiently precise to tell "with any certainty" from the tread wear whether a tire had traveled less than 10,000 or more than 50,000 miles. And these concerns might have been augmented by Carlson's repeated reliance on the "subjective[ness]" of his mode of analysis in response to questions seeking specific information regarding how he could differentiate between a tire that actually had been overdeflected and a tire that merely looked as though it had been. *Id.*, at 222, 224-225, 285-286. They would have been further augmented by the fact that Carlson said he had inspected the tire itself for the first time the morning of his first deposition, and then only for a few hours. (His initial conclusions were based on photographs.) *Id.,* at 180.

Moreover, prior to his first deposition, Carlson had issued a signed report in which he concluded that the tire had "not been...overloaded or underinflated," not because of the absence of "two of four" signs of abuse, but simply because "the rim flange impressions...were normal." I*d.,* at 335-336. That report also said that the "tread depth remaining was 3⁄32 inch," id., at 336, though the opposing expert's (apparently undisputed) measurements indicate that the tread depth taken at various positions around the tire actually ranged from .5⁄32 of an inch to 4⁄32 of an inch, with the tire apparently showing greater wear along both shoulders than along the center, *id.,* at 432-433.

Further, in respect to one sign of abuse, bead grooving, the expert seemed to deny the sufficiency of his own simple visual-inspection methodology. He testified that most tires have some bead groove pattern, that where there is reason

p. 156

to suspect an abnormal bead groove he would ideally "look at a lot of [similar] tires" to know the grooving's significance, and that he had not looked at many tires similar to the one at issue. *Id.,* at 212-213, 214, 217.

Finally, the court, after looking for a defense of Carlson's methodology as applied in these circumstances, found no convincing defense. Rather, it found (1) that "none" of the *Daubert* factors, including that of "general acceptance" in the relevant expert community, indicated that Carlson's testimony was reliable, 923 F. Supp., at 1521; (2) that its own analysis "revealed no countervailing factors operating in favor of admissibility which could outweigh those identified in Daubert," App. to Pet. for Cert. 4c; and (3) that the "parties identified no such factors in their briefs," *ibid.* For these three reasons taken together, it concluded that Carlson's testimony was unreliable.

Respondents now argue to us, as they did to the District Court, that a method of tire failure analysis that employs a visual/tactile inspection is a reliable method, and they point both to its use by other experts and to Carlson's long experience working for Michelin as sufficient indication that that is so. But no one denies that an expert might draw a conclusion from a set of observations based on extensive and specialized experience. Nor does anyone deny that, as a general matter, tire abuse may often be identified by qualified experts through visual or tactile inspection of the tire. See Affidavit of H. R. Baumgardner 1-2, cited in Brief for National Academy of Forensic Engineers as *Amicus Curiae* 16 (Tire engineers rely on visual examination and process of elimination to analyze experimental test tires). As we said before, *supra*, at 153-154, the question before the trial court was specific, not general. The trial court had to decide whether this particular expert had sufficient specialized knowledge to assist the jurors "in deciding the particular issues in the case." 4 J. McLaughlin, Weinstein's Federal Evidence ¶ 702.05[1], p. 702–33 (2d ed. 1998); see also Advisory

p. 157

Committee's Note on Proposed Fed. Rule Evid. 702, Preliminary Draft of Proposed Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure and Evidence: Request for Comment 126 (1998) (stressing that district courts must "scrutinize" whether the "principles and methods" employed by an expert "have been properly applied to the facts of the case").

The particular issue in this case concerned the use of Carlson's two-factor test and his related use of visual/tactile inspection to draw conclusions on the basis of what seemed small observational differences. We have found no indication in the record that other experts in the industry use Carlson's two-factor test or that tire experts such as Carlson normally make the very fine distinctions about, say, the symmetry of comparatively greater shoulder tread wear that were necessary, on Carlson's own theory, to support his conclusions. Nor, despite the prevalence of tire testing, does anyone refer to any articles or papers that validate Carlson's approach. Cf. Bobo, Tire Flaws and Separations, in Mechanics of Pneumatic Tires 636–637 (S. Clark ed. 1981); C. Schnuth, R. Fuller, G. Follen, G. Gold, & J. Smith, Compression Grooving

and Rim Flange Abrasion as Indicators of Over-Deflected Operating Conditions in Tires, presented to Rubber Division of the American Chemical Society, Oct. 21– 24, 1997; J. Walter & R. Kiminecz, Bead Contact Pressure Measurements at the Tire-Rim Interface, presented to the Society of Automotive Engineers, Inc., Feb. 24–28, 1975. Indeed, no one has argued that Carlson himself, were he still working for Michelin, would have concluded in a report to his employer that a similar tire was similarly defective on grounds identical to those upon which he rested his conclusion here. Of course, Carlson himself claimed that his method was accurate, but, as we pointed out in *Joiner,* "nothing in either Daubert or the Federal Rules of Evidence requires a district court to admit opinion evidence that is connected to existing data only by the *ipse dixit* of the expert." 522 U. S., at 146.

p. 158

Respondents additionally argue that the District Court too rigidly applied *Daubert*'s criteria. They read its opinion to hold that a failure to satisfy any one of those criteria automatically renders expert testimony inadmissible. The District Court's initial opinion might have been vulnerable to a form of this argument. There, the court, after rejecting respondents' claim that Carlson's testimony was "exempted from *Daubert*-style scrutiny" because it was "technical analysis" rather than "scientific evidence," simply added that "none of the four admissibility criteria outlined by the *Daubert* court are satisfied." 923 F. Supp., at 1521. Subsequently, however, the court granted respondents' motion for reconsideration. It then explicitly recognized that the relevant reliability inquiry "should be 'flexible,' " that its " 'overarching subject [should be]...validity' and reliability," and that "Daubert was intended neither to be exhaustive nor to apply in every case." App. to Pet. for Cert. 4c (quoting Daubert, 509 U. S., at 594-595). And the court ultimately based its decision upon Carlson's failure to satisfy either Daubert's factors or any other set of reasonable reliability criteria. In light of the record as developed by the parties, that conclusion was within the District Court's lawful discretion.

In sum, Rule 702 grants the district judge the discretionary authority, reviewable for its abuse, to determine reliability in light of the particular facts and circumstances of the particular case. The District Court did not abuse its discretionary authority in this case. Hence, the judgment of the Court of Appeals is

Reversed.

JUSTICE SCALIA, with whom JUSTICE O'CONNOR and JUSTICE THOMAS join, concurring.

I join the opinion of the Court, which makes clear that the discretion it endorses - trial-court discretion in choosing the manner of testing expert reliability - is not discretion to

abandon the gatekeeping function. I think it worth adding that it is not discretion to perform the function inadequately. Rather, it is discretion to choose among *reasonable* means of excluding expertise that is fausse and science that is junky. Though, as the Court makes clear today, the *Daubert* factors are not holy writ, in a particular case the failure to apply one or another of them may be unreasonable, and hence an abuse of discretion.

JUSTICE STEVENS, concurring in part and dissenting in part.

The only question that we granted certiorari to decide is whether a trial judge "[m]ay...consider the four factors set out by this Court in *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.,* 509 U. S. 579 (1993), in a Rule 702 analysis of admissibility of an engineering expert's testimony." Pet. for Cert. i. That question is fully and correctly answered in Parts I and II of the Court's opinion, which I join.

Part III answers the quite different question whether the trial judge abused his discretion when he excluded the testimony of Dennis Carlson. Because a proper answer to that question requires a study of the record that can be performed more efficiently by the Court of Appeals than by the nine Members of this Court, I would remand the case to the Eleventh Circuit to perform that task. There are, of course, exceptions to most rules, but I firmly believe that it is neither fair to litigants nor good practice for this Court to reach out to decide questions not raised by the certiorari petition. See *General Electric Co. v. Joiner,* 522 U. S. 136, 150–151 (1997) (STEVENS, J., concurring in part and dissenting in part).

Accordingly, while I do not feel qualified to disagree with the well-reasoned factual analysis in Part III of the Court's opinion, I do not join that Part, and I respectfully dissent from the Court's disposition of the case.

ANEXO F – FEDERAL RULES OF EVIDENCE (2000)

ARTICLE I - General provisions

Rule 104 - Preliminary questions

(a) In general. The court must decide any preliminary question about whether a witness is qualified, a privilege exists, or evidence is admissible. In so deciding, the court is not bound by evidence rules, except those on privilege.

(b) Relevance that depends on a fact. When the relevance of evidence depends on whether a fact exists, proof must be introduced sufficient to support a finding that the fact does exist. The court may admit the proposed evidence on the condition that the proof be introduced later.

(c) Conducting a Hearing So That the Jury Cannot Hear It. The court must conduct any hearing on a preliminary question so that the jury cannot hear it if:

(1) the hearing involves the admissibility of a confession;

(2) a defendant in a criminal case is a witness and so requests; or

(3) justice so requires.

(d) Cross-Examining a Defendant in a Criminal Case. By testifying on a preliminary question, a defendant in a criminal case does not become subject to cross-examination on other issues in the case.

(e) Evidence Relevant to Weight and Credibility. This rule does not limit a party's right to introduce before the jury evidence that is relevant to the weight or credibility of other evidence.

ARTICLE IV – Relevance and its limits

Rule 401 - Test for relevant evidence

Evidence is relevant if:

(a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and

(b) the fact is of consequence in determining the action.

Rule 402 - General admissibility of relevant evidence

Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise:

- the United States Constitution;

- a federal statute;
- these rules; or
- other rules prescribed by the Supreme Court.

Irrelevant evidence is not admissible.

Rule 403 - Excluding relevant evidence for prejudice, confusion, waste of time, or other reasons

The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence.

ARTICLE VII - Opinions and expert testimony

Rule 702 - Testimony by expert witnesses

A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an *opinion* or otherwise if:

(a) the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;

(b) the testimony is based on sufficient facts or data;

(c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and

(d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.

Rule 703 - Bases of an expert

An expert may base an opinion on facts or data in the case that the expert has been made aware of or personally observed. If experts in the particular field would reasonably rely on those kinds of facts or data in forming an opinion on the subject, they need not be admissible for the opinion to be admitted. But if the facts or data would otherwise be inadmissible, the proponent of the opinion may disclose them to the jury only if their probative value in helping the jury evaluate the opinion substantially outweighs their prejudicial effect.

Rule 704 - Opinion on an ultimate issue

(a) In general - not automatically objectionable. An opinion is not objectionable just because it embraces an ultimate issue.

(b) Exception. In a criminal case, an expert witness must not state an opinion about whether the defendant did or did not have a mental state or condition that constitutes an element of the crime charged or of a defense. Those matters are for the trier of fact alone.

Rule 705 - Disclosing the facts or data underlying an expert

Unless the court orders otherwise, an expert may state an opinion - and give the reasons for it - without first testifying to the underlying facts or data. But the expert may be required to disclose those facts or data on cross-examination.

Rule 706 - Court-appointed expert witnesses

(a) Appointment process. On a party's motion or on its own, the court may order the parties to show cause why expert witnesses should not be appointed and may ask the parties to submit nominations. The court may appoint any expert that the parties agree on and any of its own choosing. But the court may only appoint someone who consents to act.

(b) Expert's role. The court must inform the expert of the expert's duties. The court may do so in writing and have a copy filed with the clerk or may do so orally at a conference in which the parties have an opportunity to participate. The expert:

(1) must advise the parties of any findings the expert makes;

(2) may be deposed by any party;

(3) may be called to testify by the court or any party; and

(4) may be cross-examined by any party, including the party that called the expert.

(c) Compensation. The expert is entitled to a reasonable compensation, as set by the court. The compensation is payable as follows:

(1) in a criminal case or in a civil case involving just compensation under the Fifth Amendment, from any funds that are provided by law; and

(2) in any other civil case, by the parties in the proportion and at the time that the court directs - and the compensation is then charged like other costs.

(d) Disclosing the Appointment to the Jury. The court may authorize disclosure to the jury that the court appointed the expert.

(e) Parties' choice of their own experts. This rule does not limit a party in calling its own experts.