

# Prova pericial científica: análise comparada dos regimes jurídicos de Portugal e dos EUA

Maria João Lourenço

*Assistente convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho*

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo analisar o regime jurídico da prova pericial científica nos processos de natureza criminal no ordenamento jurídico português e norte-americano. Recorrendo ao estudo comparativo entre estes dois modelos, concluímos que os mesmos, partindo de diferentes conceções para a sua produção, chegam a diferentes resultados valorativos na sua apreciação pelo Tribunal. Analisando os méritos e implicações de cada um destes regimes, julgamos que os mesmos poderão dar ensejo a uma nova forma de pensar a produção e a valoração da prova pericial, tanto mais que atualmente assistimos a uma mitigação e consequente aproximação dos regimes.

**Palavras-chave:** Prova pericial / Prova científica / Juízo científico / *Expert testimony* / *Expert evidence* / *Junk science* / Doutrinas *Daubert* e *Frye* / *Federal Rules of Evidence*

## Introdução

Não é novidade afirmar que, nos últimos anos, temos sido confrontados com um novo leque de provas – as chamadas “provas científicas” – que vieram permitir um acesso com maior fiabilidade ao conhecimento de factos que, sendo juridicamente relevantes em sede de processo judicial, exigem conhecimentos técnicos e científicos de que os juízes não dispõem. Esta é uma questão comum a todas as jurisdições, que têm encontrado fórmulas distintas de resolução, sobretudo no confronto dos sistemas jurídicos do *common law* com os sistemas de matriz romano-germânica.

No presente trabalho, propomo-nos comparar o regime jurídico da prova pericial científica nos processos de natureza criminal no ordenamento jurídico português, como exemplo de matriz da tradição jurídica continental europeia, com o regime da *expert testimony* dos EUA, como modelo do sistema anglo-saxónico.

A razão da escolha destas duas ordens jurídicas resulta do facto de as mesmas partirem de concepções diferentes para o regime de produção da prova pericial, com inevitáveis repercussões nos resultados e na valoração das perícias.

Para tanto, num primeiro momento, analisaremos o regime da prova pericial no ordenamento jurídico português, procurando avaliar os méritos e as implicações do modelo adotado. Após, faremos uma análise nos mesmos moldes para o sistema norte-americano, e, de seguida, centraremos a atenção naquela que parece ser uma mitigação e aproximação dos dois modelos a que temos vindo a assistir. No final, será apresentada uma síntese comparativa dos aludidos regimes, evidenciando-se as semelhanças, mas, sobretudo, as diferenças dos sistemas, propondo um novo olhar sobre o nosso regime, à luz das mais-valias encontradas no sistema norte-americano.

## **1. Prova pericial no sistema jurídico português**

### **1.1. Regime jurídico**

No ordenamento jurídico português, a produção de prova pericial nos processos de natureza criminal tem lugar sempre que a perceção ou a apreciação dos factos carreados para o processo exijam especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos<sup>1</sup>.

A perícia é realizada em estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado ou, quando tal não seja possível ou conveniente, por perito nomeado pelo tribunal, atenta a honorabilidade e reconhecida competência na matéria em causa (art. 152.º, n.º 1, do CPP). Em regra, é realizada por apenas um perito, podendo, contudo, funcionar em moldes colegiais ou interdisciplinares, caso se revele de especial complexidade ou implique conhecimentos interdisciplinares (art. 152.º, n.º

---

<sup>1</sup> O regime da produção da prova pericial está previsto nos arts. 151.º a 163.º do Código de Processo Penal (doravante CPP), aprovado pelo DL n.º 78/87, de 17/2, com redação dada pela Lei n.º 1/2018, de 20/1.

2, do CPP). A perícia é ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho da autoridade judiciária, contendo a indicação do seu objeto e os quesitos a que os peritos devem responder, bem como a indicação da instituição, laboratório ou o nome dos peritos que realizarão a perícia, podendo a mesma ser assistida por um consultor técnico indicado pelas partes e que seja da sua confiança (arts. 154.º, n.º 1, e 155.º, n.º 1, do CPP). Finda a realização da prova pericial, é elaborado um relatório no qual o perito fundamenta as suas conclusões e apresenta as respostas aos quesitos, sendo possível que o tribunal ou qualquer das partes processuais solicite a prestação de esclarecimentos complementares (arts. 157.º e 158.º do CPP).

Não obstante o legislador português ter adotado um modelo de perícia preferencialmente pública, que apenas é afastada por impossibilidade ou inconveniência (arts. 52.º, 153.º, 154.º, n.º 1, e 160.º-A do CPP), não poderemos deixar de observar que, em bom rigor, o sistema que entre nós vigora assume caráter misto. De facto, ainda que com prevalência de intervenção de organismos públicos, não se exclui a admissibilidade de apresentação de perícias contraditórias pelas partes em caso de inexistência de organismos públicos reconhecidos para a realização da perícia<sup>2</sup>.

Esta configuração da prova científica resulta do dever que recai sobre o julgador de indagar os factos e participar ativamente na investigação, com vista à descoberta da verdade. Por tal motivo, exige-se que o especialista nomeado pelo tribunal conheça as preocupações com as finalidades do processo e esteja, também ele, imbuído de um dever para estabelecer os factos com honestidade<sup>3</sup>.

O perito aparece, assim, como um assistente neutro e imparcial do tribunal, «um auxiliar do tribunal», «instrumento de prova do juiz», «funcionário do direito público» ou «companheiro do tribunal»<sup>4</sup>. Apesar de não estar sujeito às regras de inquirição de testemunhas nem poder decidir a causa ou substituir-se ao juiz, sempre intervirá na apreciação da prova<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Assim é definido o nosso regime de perícias por JOÃO HENRIQUE GOMES DE SOUSA, «A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial», in *Julgar*, n.º 15, 2011, pp. 27 a 52.

<sup>3</sup> Esta perspectiva é apresentada por REMME VERKERK, “Comparative aspects of expert evidence in civil litigation”, in *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 1, 2009, pp. 167-197, p. 169.

<sup>4</sup> Cf. REMME VERKERK, “Comparative aspects of expert evidence in civil litigation”, *cit.*, p. 169. Aspas no original.

<sup>5</sup> Sobre esta questão, *vide* MANUEL SIMAS SANTOS/MANUEL LEAL-HENRIQUES, *Código de Processo Penal Anotado*, vol. I, 2.ª ed., reimp. e atualizado, Porto, Editora Rei dos Livros, 2003, p. 830.

Na verdade, por esta razão, não é de admirar que várias vezes se tenham erguido sugerindo que já não estaremos na esfera dos meios de prova, mas antes perante a figura de um verdadeiro assessor, já que o seu papel é mais próximo do de um assistente do juiz do que propriamente de uma testemunha. Com efeito, não será porventura excessivo afirmar que o perito se aproxima, em certa medida, da posição de julgador, porque se espera que ele seja capaz de retirar conclusões dos factos disponíveis, sendo-lhe permitido requerer informação às partes, visitar locais, solicitar assistência de outros especialistas ou pedir informações a terceiros. Estamos, assim, na presença de um perito “todo poderoso”<sup>6</sup>.

Em simultâneo, a autoridade que é reconhecida ao perito e à prova pericial sai reforçada pelo facto de as suas conclusões se encontrarem subtraídas à livre apreciação da prova<sup>7</sup>. Este valor especial e reforçado prende-se sobretudo com a natureza oficial da perícia e as presumidas imparcialidade e competência do perito nomeado pelo tribunal, em regra integrado num quadro administrativo das instituições oficiais de peritagem forense.

## 1.2. Méritos

Após a análise do regime jurídico da produção de prova pericial no ordenamento jurídico português, será o momento de analisarmos alguns dos méritos que lhe são reconhecidos.

<sup>6</sup> Recorrendo às palavras de Krammer, como lembra REMME VERKERK, “Comparative aspects of expert evidence in civil litigation”, *cit.*, p. 180. Acerca da matéria, leia-se, entre outros, MARIA CLARA CALHEIROS, *Para uma teoria da prova*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 138 e segs.

<sup>7</sup> Leia-se o art. 163.º do CPP. Refira-se, no entanto, que a livre apreciação da prova se mantém intacta relativamente aos factos que estão na base do parecer dos peritos. É este, de resto, o entendimento que tem sido adotado na jurisprudência. Veja-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de maio de 1993, no qual se defende que “sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência. [O] juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial impõe-se, em princípio, ao julgador que o tem de acatar; [se] dele divergir – e é lícita a divergência – o julgador terá de fundamentar a sua discordância”. Para fundamentar suficientemente a sua divergência, o juiz pode aderir às conclusões da opinião vencida, no caso de uma perícia colegial, ou às formulações ou objeções levantadas pelo consultor técnico ou ainda a uma das opiniões quando tenham sido apresentadas perícias com resultados contraditórios. Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed. atualizada, Lisboa, Universidade Católica, 2011, p. 444; ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR *et al.*, *Código de Processo Penal: Comentado*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 686.

De entre as vantagens apontadas, a imparcialidade do sistema é uma das mais marcantes, porque se entende que o sistema reduz os incentivos para que os especialistas sejam parciais ou tendenciosos. De facto, sendo a perícia realizada num estabelecimento público, sem sujeição aos interesses das partes e procurando apenas cooperar com o tribunal na descoberta da verdade, pressupõe-se que existam maiores garantias de imparcialidade e neutralidade.

Além disso, os custos com os exames e perícias são relativamente baixos, algumas das vezes até repartidos pelas partes.

Por outro lado, não obstante ser atribuído um valor reforçado à prova pericial, sempre se admitirá, ainda assim, que as partes ou o juiz, apresentando motivos justificativos, se afastem das conclusões constantes do relatório ou requeiram a realização de uma nova perícia ou a prestação de esclarecimentos adicionais, por forma a que não subsistam quaisquer dúvidas quanto aos factos em discussão. Deste modo, garante-se não só o exercício do contraditório, mas reforça-se a imparcialidade do perito e a credibilidade da perícia.

### 1.3. Críticas

Numa diferente perspetiva, este tipo de abordagem não fica, contudo, isenta de algumas críticas.

Entre as que têm vindo a ser apontadas, destaca-se a demora na apresentação dos relatórios periciais, que pode determinar a suspensão dos processos durante largos meses.

Todavia, aquela que parece justificar, à luz da doutrina, o repensar deste regime jurídico relativo à prova pericial científica prende-se com o facto de, em grande parte dos processos nos quais há produção de prova pericial, constatarmos uma verdadeira “delegação da decisão”<sup>8</sup>, através da qual o julgador assenta, em larga medida, a fundamentação da decisão que toma no relatório pericial apresentado.

---

<sup>8</sup> Cf. MARIA CLARA CALHEIROS, *Para uma teoria da prova*, cit., p. 140. De resto, esta é uma preocupação dos sistemas que partilham este modelo de prova pericial. A título exemplificativo, sempre se poderá referir que, em França, em 1944, o recurso a peritos passou a ser limitado a questões que estavam claramente fora da competência do tribunal, evitando assim que o juiz delegasse facilmente a decisão ao perito. Da mesma forma, a lei belga específica que o especialista só pode dar uma “opinião técnica”. Cf. REMME VERKERK, “Comparative aspects of expert evidence in civil litigation”, cit., p. 180.

Esta situação não tem sido contestada nos nossos tribunais, possivelmente pela crença excessiva nas capacidades e possibilidades oferecidas pela ciência e pelos peritos, tidas por naturalmente objetivas, isentas e tendencialmente infalíveis.

Em boa verdade, apesar de o julgador ter liberdade de apreciação relativamente aos dados de facto que servem de base ao juízo dos peritos, o certo é que os nossos tribunais têm vindo a aceitar, sem qualquer resistência ou controlo, as opiniões constantes dos relatórios apresentados pelos peritos<sup>9</sup>. Efetivamente, são inúmeras as decisões judiciais que têm referido que, no que diz respeito à matéria de facto, o julgador poderá decidir de acordo com a sua livre convicção, mas “quanto porém ao *juízo científico*, a apreciação há-de ser científica também e estará, por conseguinte, subtraída em princípio à competência do tribunal – salvo casos inequívocos de erro, mas nos quais o juiz terá então de *motivar* a sua divergência”<sup>10</sup>.

Ora, poderá residir precisamente aqui um dos maiores problemas do regime da prova pericial, porque se reconhece que, para afastar o juízo emitido pelo perito, será necessário que o juiz apresente uma análise crítica, ancorada em critérios de ordem técnica e científica que permitam afastar as conclusões trazidas pelo perito: mas se foi precisamente a falta de conhecimentos que justificou a realização da perícia, questionamos como poderá o julgador, salvo situações excecionais, estar em condições de ilidir a presunção que faz fé pública<sup>11</sup>.

A autoridade que tem vindo a ser reconhecida ao perito é facilmente compreensível se tivermos em consideração que, sendo o único no processo que tem conhecimentos técnicos e científicos sobre os factos em discussão, será muito difícil para as partes convencerem o juiz de que as conclusões apresentadas são injustificáveis. Mais do que isso, para o juiz será igualmente difícil não aceitar a

---

<sup>9</sup> Cf. RUI ABRUNHOSA GONÇALVES, “Psicologia forense em Portugal: uma história de responsabilidades e desafios”, in *Análise Psicológica*, vol. XXVIII, 2010, pp. 107-115; ANA FILIPA ALVES FARIA, *Perícias forenses de agressores conjugais: caracterização e impacto nas sentenças judiciais*, Dissertação de Mestrado, Braga, Universidade do Minho, 2011, pp. 18 e segs.

<sup>10</sup> Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, reimp. da 1.ª ed. de 1974, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 209 e 210.

<sup>11</sup> Sobre as formas de ilidir a presunção, pode ler-se ROSA VIEIRA NEVES, *A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 94 e 95. Não deixamos, contudo, de compreender que assim seja, até porque seria paradoxal que a lei determinasse a intervenção de peritos especializados e depois admitisse que a prova pericial não tivesse qualquer relevância em relação às demais. Seguindo este entendimento, MANUEL SIMAS SANTOS/MANUEL LEAL-HENRIQUES, *Código de Processo Penal anotado*, cit., p. 831.

explicação e a opinião de um especialista. É que, estando os juízes obrigados a decidir todos os casos, mesmo que envolvam conhecimentos técnicos especializados, é inevitável que, para assegurar uma boa decisão da causa, nomeiem um especialista, porque não estão familiarizados com os aspetos técnicos do assunto. Assim sendo, os juízes, por regra, aceitam as conclusões constantes do relatório, sem delas duvidarem, correspondendo muitas vezes a decisão a citações diretas dos relatórios periciais. De facto, na prática judiciária, constata-se não raras vezes que o «estatuto intocável de “juízo científico” [tem] funcionado como guarda-chuva para o cometimento de atropelos à intenção do legislador de colocar a ciência num patamar superior dos conhecimentos e da razão»<sup>12</sup>.

Assim, a atribuição de valor reforçado à prova científica e os moldes nos quais a mesma está regulada colocam algumas limitações ao exercício de um contraditório pleno, porque nem as partes nem o tribunal têm conhecimentos que permitam analisar as conclusões apresentadas, muitas vezes demasiado complexas, com linguagem técnica e impercetível para quem está a julgar os processos. Neste enquadramento, as partes sentem-se inseguras, impotentes e sem legitimidade para apresentarem os seus pontos de vista e exercerem o seu direito de participação, desde logo através da identificação de erros que porventura constem do relatório ou de reclamação da falta de imparcialidade e/ou cientificidade do mesmo. Efetivamente, aquilo que se tem vindo a observar é que “apesar das repercussões dos relatórios nas decisões dos Juízes, parece que ela [a perícia] não é assumida (ou compreendida) por quem, de facto, intervém directamente na produção de um discurso acerca do sujeito criminoso”<sup>13</sup>.

Em paralelo, não são raras as vezes em que os peritos extravasam as suas funções, tecendo juízos de valor, pronunciando-se sobre outros elementos do pro-

---

<sup>12</sup> Cf. JOÃO HENRIQUE GOMES DE SOUSA, «A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial», *cit.*, p. 27. Aspas no original. Sobre as preocupações da aceitação acrítica das conclusões dos relatórios periciais podem ler-se, entre outros, PETER J. VAN KOPPEN, “O mau uso da psicologia em tribunal”, in António Castro Fonseca (ed.), *Psicologia e Justiça*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 123-154, p. 124; VÍCTOR MOTA, *Quase responsáveis: vinte anos de psiquiatria forense*, Porto, Hospital de Magalhães Lemos, 2012, pp. 107-109.

<sup>13</sup> Cf. LÚCIA MARIA DE SOUSA GOMES GOUVEIA PAIS, *Uma história das ligações entre a psicologia e o direito em Portugal: perícias psiquiátricas médico-legais e perícias sobre a personalidade como analisadores*, Tese de Doutoramento, Universidade do Porto, Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação, 2004, disponível em <http://repositorio.ispa.pt/handle/10400.12/1666> [19/12/2017].

cesso ou sobre a culpabilidade do agente, esquecendo a importância da técnica e objetividade do seu contributo.

Tendo em vista minorar tais excessos, 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”<sup>14</sup>. Ora, nesses casos, “porque 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”<sup>15</sup>.

O risco que corremos com o atual sistema jurídico é o de assentar uma decisão judicial numa opinião de um perito, sem contestar e sem a pretensão de a validar objetivamente, abdicando-se assim da descoberta da verdade, valor que determinou uma abertura a este meio de prova. Fazendo nossas as palavras de JOÃO HENRIQUE GOMES DE SOUSA, questionamos se estaremos perante uma “inutilidade processual penal”<sup>16</sup> que desvirtua o fundamento deste meio de prova.

---

<sup>14</sup> Cf. ROMEU RAIMUNDO LOPES, *A prova pericial – evolução, regime actual e questões constitucionais*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2017, pp. 46 e 47. 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, devem ler-se MAURO PAULINO/CARLOS CASIMIRO, “O psicólogo na justiça: notas preliminares sobre o perito, o seu depoimento e a perícia forense”, in Mauro Paulino e Fátima Almeida (coords.), *Psicologia, Justiça & ciências forenses: perspectivas atuais*, Lisboa, Pactor, 2014, pp. 57-81; RUI ABRUNHOSA GONÇALVES, “Psicologia forense em Portugal: uma história de responsabilidades e desafios”, *cit.*, pp. 107-115.

<sup>15</sup> Cf. JOÃO HENRIQUE GOMES DE SOUSA, «A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial», *cit.*, p. 40.

<sup>16</sup> Cf. JOÃO HENRIQUE GOMES DE SOUSA, «A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial», *op. cit.*, p. 40. Alguns estudos alertam para o facto de em muitas das decisões tomadas nos tribunais portugueses existir uma concordância total entre as conclusões emitidas na perícia e a decisão judicial constante dos acórdãos, reconhecendo sempre a importância da fundamentação, da exaustividade e da objetividade das perícias. Entre outros, RUI ABRUNHOSA GONÇALVES, “Psicologia forense em Portugal: uma história de responsabilidades e desafios”, *cit.*, pp. 109 e segs.



Tal facto está também associado ao alheamento do dever de investigação que impende sobre o tribunal, por recusa, falta de conhecimento técnico ou científico da matéria ou falta de tempo e/ou recursos para procurar os fundamentos e a compreensão dos factos objeto de análise pericial, abrindo portas a uma “opinião corporativa desculpabilizante do erro”<sup>17</sup>.

Como forma de aferir da cientificidade da perícia, provavelmente já na esteira daquele que é o entendimento do modelo anglo-saxónico, como teremos oportunidade de constatar, já várias vezes se fizeram ouvir alegando que será na própria perícia que podemos aferir da sua cientificidade, elemento essencial para garantir não só um efetivo exercício do direito ao contraditório, mas também uma decisão assente em conhecimentos técnicos, imparciais e científicos. Tal entendimento é facilmente compreensível se tomarmos em consideração que é no relatório que são apresentados os fundamentos técnicos e científicos que permitem aquilatar da imparcialidade e credibilidade da perícia: não bastará olhar para as conclusões, exigindo-se uma apreciação crítica dos fundamentos apresentados e sujeitando o perito a expor todo o caminho percorrido, pois que «uma base factual irreprensível será condição essencial do acerto do “juízo científico” e da sua aceitabilidade judicial»<sup>18</sup>.

Para tanto, deve reclamar-se que o perito exponha e fundamente os factos, a metodologia adotada e o juízo científico a que chegou. Só partindo destes elementos será possível ao tribunal verificar e aceitar a relação lógica e científica que se estabelece entre os fundamentos e as conclusões do relatório, sem cair numa mera adesão acrítica de uma qualquer crença numa subjetiva cientificidade ou numa perniciosa aritmética de opiniões. Em caso de qualquer dificuldade em fazer este controlo, impende sobre o juiz o dever de, antes de divergir dos peritos, socorrer-se de esclarecimentos complementares ou a renovação de perícias<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Cf. JOÃO HENRIQUE GOMES DE SOUSA, «A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial», *cit.*, p. 41.

<sup>18</sup> Cf. JOÃO HENRIQUE GOMES DE SOUSA, «A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial», *cit.*, p. 41. Aspas no original.

<sup>19</sup> Cf. MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado: legislação complementar*, 12.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 393.

## 2. O regime da prova pericial nos EUA

### 2.1. Regime legal

Nos EUA, o sistema de prova pericial centra-se num regime de perícias do género adversarial, de cariz marcadamente privado, assente na possibilidade de as partes do processo contratarem os seus próprios peritos, na maioria das vezes não indicados pelo tribunal nem pertencentes a estabelecimentos públicos ou reconhecidos por lei<sup>20</sup>.

O perito, mais do que auxiliar o juiz, surge no processo como um prestador de serviço às partes. Na prática, aquilo que se tem constatado nos EUA é que os peritos «“comercializam”»<sup>21</sup> os seus serviços, sendo não só frequente a publicidade aos mesmos em periódicos da especialidade e *online*, mas também a promoção de várias formações de especialistas para depor em tribunal<sup>22</sup>.

Tradicionalmente, como manifestação do princípio do contraditório, as partes têm um papel central na apresentação de provas e de especialistas, cabendo ao juiz um papel passivo, mais neutral. Como consequência, o julgamento é parte central do desenrolar do processo, muitas vezes comparado a jogos de persuasão, nos quais os peritos entram para defender a posição da parte que os contrata<sup>23</sup>.

Significa isto que os peritos se apresentam em julgamento para tecer comentários e opiniões sobre os factos carreados para o processo, podendo ser contra inquiridos por todas as partes – mesmo as que o indicaram – e pelo tribunal. Mais do que isso, permite-se aos peritos que testemunhem sob a forma de opinião se, cumulativamente, essa visar ajudar o julgador a entender os factos em discussão, se o testemunho for baseado em factos ou dados suficientes, se for produto de princípios e métodos confiáveis e se aplicou de forma confiável os princípios e métodos aos factos do caso<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Nos EUA o *expert testimony* encontra-se submetido às *Federal Rules of Evidence* (em particular as normas 702 a 706), de 1975, e com revisão em 2000, que, como veremos, serão a concretização das doutrinas surgidas da jurisprudência dos casos *Frye* e *Daubert*.

<sup>21</sup> Adotamos a expressão usada por REMME VERKERK, “Comparative aspects of expert evidence in civil litigation”, *cit.*, p. 184.

<sup>22</sup> Esta realidade é descrita por REMME VERKERK, “Comparative aspects of expert evidence in civil litigation”, *cit.*, pp. 184 e 185.

<sup>23</sup> MARIA CLARA CALHEIROS, *Para uma teoria da prova*, *cit.*, p. 126.

<sup>24</sup> Assistimos já às implicações da doutrina *Daubert*, que teremos oportunidade de analisar.

Valerá isto por dizer que no sistema americano o perito apresentado pelas partes assume a condição de testemunha, sujeita a *cross-examination* e desempenha o seu papel segundo as regras gerais do testemunho<sup>25</sup>. Concomitantemente, são interrogados como qualquer outra testemunha e, por via de regra, a sua inquirição é de tal maneira preparada que se chega a questionar, não raras vezes, não só as suas conclusões, mas até a credibilidade do seu testemunho, já que, por vezes, o perito é sobejamente conhecido pelo tribunal como um *repeat player*<sup>26</sup>.

Em consequência, o especialista acaba por ter um reduzido poder de controlo sobre a perícia ou a opinião que expressa, já que esse controlo é exercido pelos advogados na contratação do perito, na preparação do mesmo para julgamento e no contrainterrogatório. Como salientava WIGMORE em relação aos peritos das partes, “a sua opinião científica cândida não [tem] oportunidade para ser expressa, ou sequer iniciada, pois é desviada, como ele próprio, pelo respectivo compromisso com a parte”<sup>27</sup>.

Por essa razão, como explicaremos daqui a uns momentos, a jurisprudência e a doutrina têm vindo a estabelecer um conjunto de orientações para evitar uma contaminação dos processos judiciais com os problemas decorrentes deste modelo privado de prova pericial. Para já, adiantamos que é exigida às partes a prévia indicação do perito que pretende chamar a julgamento; a divulgação detalhada do assunto sobre o qual cada especialista deve testemunhar; a antecipação dos factos e opiniões que serão apresentados; a demonstração das qualificações de cada perito e ainda os fundamentos das posições que serão defendidas por cada especialista.

---

<sup>25</sup> Esta veemência com que os peritos são inquiridos será, 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 a credibilidade dos peritos. Sobre o tema, vide ANDREW W. JURS, “Expert prevalence, persuasion, and price: what trial participants really think about experts”, in *Indiana Law Journal*, vol. 91, 2016, pp. 353-391, pp. 359 e segs.

<sup>26</sup> Cf. MARIA CLARA CALHEIROS, *Para uma teoria da prova*, cit., p. 139; e REMME VERKERK, “Comparative aspects of expert evidence in civil litigation”, cit., p. 186.

<sup>27</sup> *Apid* PAULO DÁ MESQUITA, *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, p. 622, nota 303.

## 2.2. Méritos

De entre os méritos deste sistema podemos destacar o facto de a responsabilidade pela investigação ser atribuída àqueles que têm um incentivo para conduzir a investigação cuidadosamente e, também por isso, ser suscetível de fornecer ao juiz a quantidade máxima de informação relevante, mesmo nas áreas científicas nas quais, muitas vezes, não há consenso entre os peritos<sup>28</sup>. De facto, sendo tida em consideração a opinião de um único perito, este fornece apenas um relato incompleto do debate atual na comunidade científica, que poderá condicionar a decisão judicial, a qual, por esse motivo, pode evidenciar, involuntariamente, fatores tendenciosos e pouco objetivos.

Além disso, o modelo dos EUA parece proporcionar às partes envolvidas iguais oportunidades para convencer o juiz dos méritos da sua posição, pois confere ao tribunal a possibilidade de ouvir posições científicas opostas e ser-lhe-á mais fácil dar-se conta da existência de controvérsias na área científica em questão, que ficariam ocultas pela utilização exclusiva de um só perito, permitindo um maior controlo da *junk science* e do grau de dupla-autoridade de que atualmente gozam os pareceres técnicos<sup>29</sup>.

## 2.3. Críticas

Os problemas que se têm vindo a constatar com este sistema de perícias adversárias, marcadas pela admissibilidade de apresentação de perícia de índole contratual e contraditória pela contraparte, são de várias naturezas.

Aquele que será, à partida, mais evidente é a falta de imparcialidade dos peritos designados, muitas vezes mais preocupados em ajudar quem os contratou do que em descobrir a verdade. Nem a garantia teórica do exercício do contraditório será suficiente para garantir um esclarecimento sério e técnico ao juiz, já que, na prática, esta acentua apenas, de forma exagerada, os eventuais ou percebidos desacordos dos peritos em audiência, ainda que esta partilha de resultados

---

<sup>28</sup> Este argumento é apresentado, entre outros, por REMME VERKERK, “Comparative aspects of expert evidence in civil litigation”, *cit.*, pp. 185 e 186.

<sup>29</sup> Sobre a necessidade de sujeitar as provas científicas ao contraditório, *vide*, por todos, PIER PAOLO RIVELLO, *La prova scientifica*, Milano, Giuffrè Editore, 2014, pp. 163 e segs.

possa, porventura, corrigir consideravelmente o que alguns consideram um desequilíbrio entre os recursos disponíveis para a acusação e a defesa<sup>30</sup>.

Significa isto que a ciência e a sua perceção pelo tribunal são contaminados pelos interesses das partes e isto é evidente se tivermos em consideração que, na prática judiciária, a preparação do julgamento também se faz confidenciando e instruindo as partes, as testemunhas e os peritos. Além disso, sendo as posições adotadas pelas *expert evidence* premeditadas e estudadas, é natural que as mesmas sejam incompletas e imprecisas, o que concorre para que sejam frequentes os erros associados à apreciação deste tipo de provas. Esta falta de objetividade é tão abertamente reconhecida que os peritos são já apelidados no seio da doutrina por “*purchased commodities*”, “*saxophones*”, “*hired guns*” e até mesmo “*prostitutes*”<sup>31</sup>. Esta qualidade de “bons atores” que lhes é reconhecida resulta também da instituída comercialização dos seus serviços e de fenómenos como o do *expert shopping*, em larga medida incompatível com a ciência séria que se esperaria na sala dos tribunais.

Daqui resulta um outro problema que, numa primeira fase, não pareceria tão óbvio assim: é que os peritos mais reputados, com mais experiência e de reconhecida qualidade profissional muitas vezes não aceitam a sujeição a um julgamento com jogos de inquirições e os especialistas que estão dispostos a testemunhar, sendo um número reduzido, são muitas vezes já conhecidos do tribunal e no seu *curriculum* constam inúmeras e divergentes posições defendidas sobre cada um dos assuntos em discussão.

Neste particular, há Autores que têm chamado atenção para o facto de haver uma certa promiscuidade entre o papel dos advogados e o dos peritos, apelando a um afastamento entre os profissionais porque o perito deverá apenas preocupar-se com a verdade absoluta e se se abstrai desse fim, então, não mais será do que um elemento de uma equipa que procura vencer<sup>32</sup>.

A crescer, surgem preocupações relacionadas com uma inevitável falta de controlo da qualidade dos peritos intervenientes e as inúmeras dificuldades em

---

<sup>30</sup> A este respeito, deve ler-se J. K. MASON, “Expert evidence in the adversarial system of criminal justice”, in *Medicine, Science & Law*, vol. 26, n.º 1, 1986, pp. 8-12, p. 11.

<sup>31</sup> Cf. ANDREW W. JURS, “Expert Prevalence, Persuasion, and Price: What Trial Participants Really Think about Experts”, in *Indiana Law Journal* 353, vol. 91, 2016, pp. 353 e 354; e, nesse mesmo sentido, REMME VERKERK, “Comparative aspects of expert evidence in civil litigation”, *cit.*, p. 187.

<sup>32</sup> Esta analogia é-nos apresentada por K. MASON, “Expert evidence in the adversarial system of criminal justice”, *cit.*, p. 8.

determinar qual dos peritos, em cada caso, estará a depor de forma mais imparcial, pois que cada um apresenta, em teoria, argumentos cientificamente válidos para sustentar a sua posição.

A concorrer para todos estes problemas, o fenómeno da *junk science*<sup>33</sup>.

Por outro lado, os custos deste modelo são demasiado elevados, tornando as perícias muitas vezes inacessíveis para as partes e fechando assim portas a uma igualdade plena de apresentação de provas. Significará isto que sempre será possível que a situação económico-financeira tenha peso na contratação do perito e até nos desfechos da perícia.

O resultado? 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”. A razão pela qual se abririam portas à produção de prova pericial parece, assim, não ficar satisfeita com a solução adotada nos EUA.

#### 2.4. As doutrinas Frye e Daubert

Conhecedores dos problemas expostos, os tribunais norte-americanos sempre procuraram formas de assegurar um padrão de admissibilidade das chamadas “provas científicas” que assegurasse o rigor, a objetividade e a cientificidade por que se devem pautar os processos judiciais.

Uma das primeiras manifestações dessa preocupação verificou-se no conhecido acórdão *Frye*<sup>34</sup>, no qual uma das partes requereu a produção de prova científica, mediante o recurso ao polígrafo, num caso de homicídio. O tribunal indeferiu o pedido apresentado pelo advogado do arguido por considerar que tal prova não era reconhecida pela comunidade científica de referência, razão pela qual não teria qualquer credibilidade. Lê-se no aresto que a produção de prova pericial apenas deverá ser admitida quando o júízo em que assenta tenha obtido

---

<sup>33</sup> 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 MARIA CLARA CALHEIROS, *Para uma teoria da prova*, cit., p. 141, nota 270; e REMME VERKERK, “Comparative aspects of expert evidence in civil litigation”, cit., p. 187.

<sup>34</sup> Cf. processo *Frye contra United States*, acórdão do United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, de 3 de dezembro de 1923.

aceitação geral no campo científico a que pertence. O que se exigia, nesse acórdão, era a aplicação de um “*general acceptance test*”, traduzido num julgamento geral de validade da comunidade científica de referência.

Não encontrando precedentes, este critério tornou-se o ponto de referência para os tribunais americanos e a sua primazia pode provavelmente justificar-se pela faculdade de os juízes não confrontarem diretamente o problema da validade da prova científica, aceitando a posição dominante nos respetivos domínios de investigação.

Após algumas décadas a densificar este critério, constataram-se inúmeras dificuldades e incongruências com as regras de produção de prova até então vigentes: o próprio requisito de aceitação geral estaria em contradição com o impulso liberal das regras federais e apenas seria compatível com uma certeza científica, sólida e irreversível, para além de ser excessivamente conservador e proteger a ciência mais ortodoxa, vedando o acesso aos tribunais de ciências inovadoras ou daquelas que estão fora do *main stream*<sup>35</sup>.

No decorrer de diferentes discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, entram em vigor em 1975 as *Federal Rules of Evidence*, surpreendentemente sem qualquer referência ao “*general acceptance test*”, consagrando apenas a necessidade de qualificação profissional dos peritos.

Após cerca de setenta anos de discussões sobre a forma como a ciência deveria despontar nos processos, densificando os conceitos em vigor, surge uma nova doutrina, associada à sentença proferida no afamado caso *Daubert*<sup>36</sup>. Divergindo do *general acceptance test* implementado no caso *Frye*, esta nova doutrina passa a exigir que o juiz se converta num verdadeiro escrutinador (*gatekeeper*) de cumprimento dos critérios de cientificidade<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> A respeito das críticas sobre as dificuldades práticas em aplicar esta doutrina, leia-se, por todos, MICHAEL C. MASON, “The scientific evidence problem: a philosophical approach”, in *Arizona State Law Journal*, n.º 33, 2001, pp. 887-907, pp. 900 e segs.

<sup>36</sup> Referimo-nos ao acórdão *Daubert contra Merrell Dow Pharmaceuticals, inc.*, do United States Supreme Court, proferido a 28 de junho de 1993, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/case.html> (30/12/2017).

<sup>37</sup> Sobre o papel dos juízes como *gatekeeper* e o modo como devem ser, na prática judicial, densificados estes requisitos para verificação da cientificidade dos relatórios periciais, *vide*, entre outros, ANDREW W. JURS, “Questions from the bench and independent experts: a study of the practices of state court judges”, in *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 74, 2012, pp. 47-83.

Efetivamente, ao juiz passou a ser confiada a tarefa de avaliação de confiabilidade e verificação de validade de “métodos e procedimentos” que regem a formação de cada teste científico que as partes pretendem deduzir no processo, à luz de critérios de controlo da teoria científica ou método técnico, de revisão por pares ou revisão crítica dos especialistas no setor, de publicações sobre o tema, de verificação da margem de erro conhecida ou potencial, da existência de padrões de aplicação e, finalmente, de aceitação geral pela comunidade científica de referência.

Esta direção jurisprudencial foi entretanto densificada pelas últimas alterações às *Federal Rules of Evidence* nos termos das quais o tribunal sujeita as partes à obrigatoriedade de apresentação de um relatório informativo (*mandatory expert report*) sobre as qualificações e a experiência do perito que apresentarão em audiência, incluindo publicações científicas e anteriores opiniões e participações noutros processos, bem como as posições que serão defendidas no processo para o qual são nomeados. Tais exigências justificam-se pelo facto de se considerar que só assim se evitam estratégias processuais assentes em fatores surpresa que não possam ser sujeitos a contraditório – por desconhecimento científico da matéria pelo juiz, júri e advogados – e para que cada especialista possa ver e considerar a posição do outro e ponderar ou até modificar seus próprios relatórios<sup>38</sup>.

Não se pense, contudo, que estas exigências vêm resolver todos os problemas decorrentes deste modelo adversarial<sup>39</sup>.

Estando integrado no adversarialismo jurídico como modelo de resolução de disputa de conflitos, este modelo de prova científica “concentra a regulação exclusiva de informação indevida no momento do julgamento”<sup>40</sup>, muitas vezes re-

<sup>38</sup> Cf. J. K. MASON, “Expert evidence in the adversarial system of criminal justice”, *cit.*, p. 11.

<sup>39</sup> A respeito das críticas sobre as dificuldades práticas em aplicar esta doutrina, leia-se, por todos, MICHAEL C. MASON, “The scientific evidence problem: a philosophical approach”, *cit.*, pp. 900 e segs. O Autor trabalha as críticas que têm vindo a ser apontadas, e que nós sintetizamos na obscuridade dos padrões exigidos, nas exigências de tempo e custos e dificuldades de percepção para os jurados destes critérios. Em termos mais simples, as regras da prova exigem que cabe ao juiz assegurar que o testemunho de um especialista assenta numa base confiável e relevante e o caso *Daubert* trouxe apenas maior complexidade, já que apela à apreciação de tais factos de acordo com “princípios cientificamente válidos”. Ainda sobre as críticas à doutrina *Daubert*, vide FREDERICK SCHAUER e BARBARA A. SPELLMAN, “Is expert evidence really different?”, in *Notre Dame Law Review*, vol. 89, 2013, pp. 1-26; e ROBERT ROBINSON, “*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals and the local construction of reliability*”, in *Albany Law Journal of Science & Technology* 39, n.º 19, 2009, pp. 39-90, pp. 63 e segs.

<sup>40</sup> Cf. PAULO DÁ MESQUITA, *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*, *cit.*, p. 617.



sultando na descrença de uma ciência idolatrada e venerada, que, vista como capaz de oferecer certezas e previsões seguras, traz em sede judicial inúmeros problemas<sup>41</sup>. Com efeito, se atendermos aos requisitos para admissibilidade das provas científicas, facilmente se compreenderá a dificuldade em apreciar e garantir o preenchimento de todos eles, não só porque o juiz se vê forçado a operar uma desconstrução dos pressupostos subjacentes às proposições científicas, como terá de aferir da autenticidade e da validade dos métodos, da confiabilidade e da eficácia demonstrativa dos resultados do teste científico.

### 3. Mitigação e aproximações dos sistemas

#### 3.1. Mitigação do sistema português

Perante o que vem sendo de referir quanto ao modelo português de prova pericial, é manifesta a urgência no desenvolvimento de melhores estruturas e conteúdos para os relatórios periciais.

Por um lado, exigem-se garantias de maior celeridade na sua apresentação e a promoção da formação dos peritos sobre a utilização judicial dos pareceres que elaboram (*e. g.*, o que é valorado pelo tribunal, quais as particularidades da linguagem jurídica e científica e quais os limites da valoração produzida). Por outro lado, impõe-se uma partilha de informações e grelhas de linguagem que as permitam tornar compreensíveis a todos os destinatários<sup>42</sup>, pois só assim se garantirá a plenitude do contraditório e se assegurará a imparcialidade do perito.

No que em particular diz respeito à imparcialidade do perito, que o legislador pretendeu resolver pela via administrativa, exige-se igualmente uma reflexão sobre o assunto, já que um único perito, mesmo pertencendo a um organismo pú-

---

<sup>41</sup> No entanto, como bem expõe MARIA CLARA CALHEIROS, esta ciência por vezes comporta algumas dificuldades na descoberta da verdade. Leia-se, da Autora, “Verdades difíceis: intersecções entre direito e ciência”, in *Julgar*, número especial (Prova difícil), Lisboa, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 2014, pp. 129-148, *passim*, e, em especial, pp. 135-143.

<sup>42</sup> Sobre esta matéria, leiam-se, entre outros, CARLA MACHADO, “Psicologia forense: desenvolvimentos, cientificidade e limitações”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 106, abril/junho 2006, pp. 5-24; e CELINA MANITA/CARLA MACHADO, “A Psicologia forense em Portugal - novos rumos na consolidação da relação com o sistema de justiça”, in *Análise Psicológica*, vol. 30, 2012, pp. 15 a 32, pp. 21 e 22.

blico, poderá não garantir a imparcialidade ou o conhecimento técnico desejável, sobretudo quando não se consegue garantir o controlo judicial.

Como forma de colmatar estas vicissitudes, sempre se deverá exigir mais ativamente a prestação de esclarecimentos e a realização de segundas perícias, pois só assim se exerce um verdadeiro controlo da objetividade da perícia<sup>43</sup>.

Não obstante, na prática judicial deve igualmente fomentar-se uma maior e mais ampla discussão sobre o relatório da perícia em audiência de julgamento, concedendo às partes a possibilidade de esclarecer as suas dúvidas e exercer o contraditório, já que, embora o perito seja da confiança do juiz, “se não pretendemos pôr em causa a existência de juízos científicos, queremos, pelo menos, estar seguros de que o são”<sup>44</sup>.

Esta preocupação está bem patente, como descrevemos já, no modelo de prova pericial adotado pelo direito anglo-saxónico, facto compreensível atenta a diferente forma de designação, inoficiosa, dos peritos. Contudo, nada obsta a que idêntico rigor seja exigível no ordenamento jurídico português, já que o facto de se tratar de instituições oficiais não invalida a necessidade de demonstrarem a sua credibilidade e imparcialidade.

Seguindo esse paradigma, poderá ser exigível um controlo indireto da cientificidade e da objetividade dos peritos, através de uma análise do relatório pericial que é apresentado<sup>45</sup>. A este respeito, salienta-se a necessidade de assentar em factos e dados suficientes e judicialmente aceites, que faça apelo a princípios e métodos (científicos ou técnicos) de confiança e que sejam devidamente aplicados aos factos do caso a ser julgado, que apresente a relação lógica, científica ou técnica que se estabelece entre os fundamentos factuais e metodológicos e as conclusões do relatório. Nessa exata medida, será também importante que desse relatório constem as referências essenciais de literatura ou *guide lines* da matéria objeto da perícia e ainda as qualificações do técnico, que sempre serão essenciais para a aferir da sua credibilidade e da credibilidade que merece o relatório pericial.

---

<sup>43</sup> Como, de resto, já previsto no art. 158.º do CPP.

<sup>44</sup> Cf. JOÃO HENRIQUE GOMES DE SOUSA, «A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão práctico-judicial», *cit.*, p. 27. Aspas no original.

<sup>45</sup> Neste ponto seguimos de perto JOÃO HENRIQUE GOMES DE SOUSA, «A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão práctico-judicial», *cit.*, pp. 45 e 46.

### 3.2. Mitigação do sistema norte-americano

De um outro prisma, as últimas tendências dos sistemas anglo-saxónicos dão-nos conta de que o paradigma do contraditório absoluto no campo pericial parece estar em crise, demonstrando alguma abertura a práticas oficiais e proporcionando um debate alargado acerca da necessidade de aproximação do sistema adversarial das perícias ao sistema continental.

Neste seguimento, tem já sido reivindicado um modelo de peritos neutros e independentes, ainda que se mantenha a possibilidade de apresentação de perícia contraditória pela contraparte<sup>46</sup>.

Um ponto de partida para combater esta falta de imparcialidade poderá passar pela nomeação pelo tribunal de dois ou mais peritos sempre que em causa estejam factos cuja apreciação envolva conhecimentos técnicos de que o juiz não dispõe, tomando uma decisão de acordo com as matérias em relação às quais os peritos estivessem de acordo e todo o sistema de contraditório e palco de discussões não seria exposto no julgamento, mas numa fase anterior<sup>47</sup>.

Algumas tentativas neste sentido já foram 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 apresentarem os seus próprios especialistas<sup>48</sup>. Não se poderá negar que esta experiência pode marcar uma abertura ao sistema da prova pericial adotado nos ordenamentos de matriz romano-germânica, e cujos méritos não deixam de ser reconhecidos mesmo pelos adeptos do sistema adversarial de perícias.

---

<sup>46</sup> A título exemplificativo, *vide* MIKE REDMAYNE, *Expert evidence and criminal justice*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 198; e JOÃO HENRIQUE GOMES DE SOUSA, «A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial», *cit.*, p. 30.

<sup>47</sup> Esta sugestão é apresentada por J. K. MASON, “Expert evidence in the adversarial system of criminal justice”, *cit.*, p. 11.

<sup>48</sup> Os méritos deste modelo foram reconhecidos por todos os intervenientes processuais e são-nos descritos por MANFRED S. GUTIMACHER, “The psychiatrist as an expert witness”, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 22, 1955, pp. 325-330, pp. 329 e 330.

#### 4. Síntese comparativa

Compulsados os regimes norte-americano e português sobre a produção de prova pericial no âmbito dos processos de natureza criminal, constatamos que os modelos estudados têm pontos de partida diferentes, que, naturalmente, condicionam os resultados a que chegam, sendo certo, porém, que não poderemos afirmar que algum deles satisfaça, por si, as exigências necessárias para garantir a total credibilidade deste modelo de prova.

Com efeito, o primeiro tem preferido uma lógica adversarial, permitindo às partes a contratação dos seus peritos como *expert witnesses*, enquanto o segundo coloca o perito fora da lógica contratual de associação com as posições das partes, conferindo ao perito em certa medida uma autoridade pública que lhe garante “uma isenção e imparcialidade inatacáveis, por estarem acima de qualquer suspeição e da lógica dos interesses que se jogam no processo”<sup>49</sup>.

Como resultado, no ponto de chegada, no sistema anglo-saxónico é um foco problemático, olhado com alguma desconfiança geradora de perda na intangibilidade da ciência<sup>50</sup>, enquanto no sistema continental o perito é integrado à luz de um princípio de confiança.

No modelo norte-americano, por contraste, o tribunal atua como *gatekeeper* apenas para evitar a admissão de prova irrelevante ou não credível, seguindo os critérios anteriormente mencionados. Isto porque, relembremos, é hoje reconhecida uma fundada suspeita acerca da venalidade e da desonestidade dos peritos, já que, sendo a sua relação com as partes contratual, não se esperará deles imparcialidade, mas antes que tendem para contaminar a ciência com os interesses das partes pelas quais são contratadas, sendo indiferentes à verdade.

Já no sistema português, a falta de credibilidade dos peritos é substituída por uma crença absoluta na imparcialidade, na objetividade, na tecnicidade, na cientificidade e na verdade dos seus relatórios, sendo pouco comum o exercício de contraditório ou participação das partes na produção da prova pericial. Com efeito, na prática judiciária, a maior parte das vezes os juízes limitam-se a aceitar, acriticamente, os relatórios apresentados pelos peritos. Precisamente por esta

---

<sup>49</sup> MARIA CLARA CALHEIROS, *Para uma teoria da prova*, cit., p. 138.

<sup>50</sup> Sobre o tema, Cf. PAULO DÁ MESQUITA, *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*, cit., pp. 621 e 622.

razão, questiona-se até se o perito não estará mais próximo da posição de julgador do que da de testemunha, tanto mais que a sua opinião fica inclusivamente subtraída ao princípio da livre apreciação da prova.

Pensamos que nenhum dos dois sistemas consegue, por si, satisfazer as aspirações exigíveis num processo judicial: todos reconhecem que a parcialidade no âmbito da apreciação da prova se apresenta como um aspeto a combater e que admitir, sem questionar, as conclusões de um relatório pericial que se presume imparcial também não poderá ser aceite.

E prova disso mesmo é o facto de vermos alguma abertura dos dois sistemas e uma aproximação tendencialmente recíproca. De facto, as últimas tendências dos sistemas anglo-saxónicos dão-nos conta de uma abertura à realização de perícias do tipo público e oficial, reclamando a participação nos processos de peritos neutros e independentes, mesmo conservando a prerrogativa de apresentação de perícia contraditória pelas partes. Não obstante, pesando o sistema português, com prevalência pública das perícias, contactamos que o mesmo não garante a objetividade necessária e não satisfaz as necessidades de imparcialidade e de cientificidade exigíveis a qualquer decisão que tenha de ser proferida com recurso a perícias.

Acreditamos que apesar de a *Rule of Evidence* ter sido pensada para um sistema adversarial puro de apresentação de juízos científicos contraditórios pelas partes, tal facto não invalidará o seu acerto metodológico no nosso sistema processual, sempre sendo vantajoso corrigir alguns dos vícios do nosso sistema à luz dos méritos do modelo norte-americano<sup>51</sup>. Significa isto que, a nosso ver, caberá ao juiz um papel mais ativo na valorização da prova. Naturalmente, «ao juiz não se pede, claro está, que se converta num “cientista amador” (...), mas antes que “conheça as condições que devem estar reunidas para que uma informação possa ser dotada de validade científica (...) o juiz deve conhecer a ciência e sabê-la in-

---

<sup>51</sup> De acordo com o nosso entendimento, JOÃO HENRIQUE GOMES DE SOUSA, «A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial», *cit.*, pp. 27 a 52. O Autor, analisando a dicotomia e a necessidade de afirmação científica e das decisões, propõe linhas orientadoras para um controlo efetivo das provas periciais. Neste sentido, também JORDI NIEVA-FENOL, “La formación de los jueces en matéria probatoria”, in *Julgar*, número especial, Prova difícil, Lisboa, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 2014, pp. 7-20, pp. 18 e 19. Refere o Autor que, apesar de este meio de prova estar excluído do sistema de valoração, não pode isso significar que o juiz não deva realizar uma atividade análoga à que desempenha na apreciação dos demais meios de prova.

terrogar»<sup>52</sup>, sempre com vista à descoberta da verdade que, afinal de contas, é o fundamento para abertura do Direito à ciência.

---

<sup>52</sup> ARTURO CARSETTI, “Verità, decisione razionale e teoria della complessità”, in *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano, Giuffrè ed., 2005, p. 33, *apud* MARIA CLARA CALHEIROS, *Para uma teoria da prova, cit.*, p. 144. Aspas no original. Por tal motivo, defendemos que ao juiz de julgamento deverá impender a função de garante de que a prova apresentada provém, realmente, de conhecimento científico e que o parecer apresentado é relevante e assenta em fundamentos fiáveis. Mais deverá procurar ajuizar se o conhecimento científico é produto de um método científico credível, já sujeito a testes empíricos e reconhecido pela comunidade científica.