

PERITO OU TESTEMUNHA: DILEMA ENTRE A AMPLA DEFESA E A IMPORTAÇÃO DESCONTEXTUALIZADA DA TESTEMUNHA TÉCNICA

EXPERT OR WITNESS: DILEMMA BETWEEN THE LEGAL DEFENSE AND DECONTEXTUALIZED IMPORTATION OF EXPERT WITNESS

RODRIGO GRAZINOLI GARRIDO

Mestre em Ciências Farmacêuticas e Doutor em Ciências pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor Adjunto da UFRJ e da Universidade Católica de Petrópolis (UCP), atuando nos Cursos de Graduação em Direito e Biomedicina e nos Programas de Mestrado em Direito da UCP e em Biologia Molecular e Celular da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil.
grazinoli.garrido@gmail.com

MARCO ANTÔNIO DE ARAUJO PORTES

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Advogado. Petrópolis, Rio de Janeiro, Brasil.
araujoportesadvogados@gmail.com

RESUMO

Apesar de a doutrina diferenciar com clareza as figuras processuais do perito e da testemunha, tem sido realidade em nossos tribunais a convocação do técnico em juízo para atuar de forma testemunhal. Cria-se em nossa *civil law* a testemunha-técnica, típica da *common law*. O trabalho desenvolve-se em uma perspectiva antropológica, que busca o conhecimento do “outro” para entender a si mesmo. Assim, por meio da metodologia de documentação indireta, buscou-se definir o perito de natureza criminal e a testemunha em nossa cultura jurídica e na americana para reconhecer as origens do nosso “perito-testemunha”, seu modo de ação e possíveis benefícios processuais que o justifique.

Palavras-chave: Sistema jurídico; Prova técnica; Prova testemunhal; Ativismo judicial

ABSTRACT

Despite the doctrine clearly differentiate the procedural figures of the expert and the witness, it has been reality in our courts to shall the specialist to act by testimony. It is created in our civil law the expert-witness, typical of the common law. The paper develops in an anthropological perspective, which seeks knowledge of the “other” to understand yourself. Thus, through indirect documentation methodology, it sought to define the criminal expert and the witness in our legal culture and in the American to recognize the origins of our “expert-witness”, its mode of action and possible procedural benefits, to justify

Keywords: Juridical system; Technical evidence; Testimony; Judicial activism

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 DO PERITO; 2 DA PROVA PERICIAL; 3 DO CONTRADITÓRIO NA PERÍCIA; 4 DA PROVA TESTEMUNHAL; 5 PERITO NÃO É TESTEMUNHA; 6 A CONTROVERTIDA FIGURA DO PERITO-TESTEMUNHA; 7 ORDINARY WITNESS X EXPERT WITNESS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Em uma visão doutrinária, percebe-se com facilidade que o perito de natureza criminal no Brasil difere-se bastante da figura processual da testemunha. Um produz prova a partir de análise técnica de vestígios do fato delituoso, deduzindo-a, enquanto a testemunha apresenta suas impressões obtidas pelo contato ou pelo que soube do fato.

Assim, também a forma com que estas provas chegam aos autos difere. O perito produzirá um laudo baseado nos exames desenvolvidos a partir do momento em que a autoridade policial tome ciência do fato que deixou vestígios. Esta prova, em princípio, não precisaria ser e, por vezes, não pode ser repetida em sede judicial. Restando dúvidas, estas deveriam ser encaminhadas objetivamente ao perito para que as responda, preferencialmente por escrito e restringindo-se ao exame realizado. É possível, no entanto, requerer a presença do perito em juízo, mas com o mesmo propósito do questionamento por escrito (art.159 §5º)¹.

Opostamente, a testemunha terá seu depoimento transcrito a partir da oitiva por uma autoridade. Quando ouvida em sede policial, a testemunha deverá necessariamente repetir em juízo o depoimento. Contudo, na prática de nossos tribunais, tem-se tornado realidade a convocação do perito em juízo para responder, como testemunha, sobre pontos que buscam mais a expressão da sua experiência e sensações do que sobre os métodos e resultados objetivos do trabalho que consta nos autos do processo.

Resta reconhecer as origens deste modo de ação, suas implicações e eventuais benefícios para a defesa, que o justificaria. Para tanto, o trabalho desenvolve-se em uma

¹ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. DOU, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

perspectiva antropológica, que nos dizeres de Kant de Lima², busca o conhecimento do “outro” para entender a si mesmo. Mais especificamente, pretende oferecer uma análise antropológica do direito, a partir de uma avaliação comparada da definição de regras jurídicas, da expressão dos conflitos sociais e dos modos através dos quais tais conflitos são institucionalmente resolvidos³. Assim, ao estudar as instituições modernas de justiça, neste caso as instituições oficiais de perícia e seus agentes, os Peritos Oficiais, procurou-se abordá-las no contexto da Antropologia Jurídica e não do Direito Comparado⁴.

Para tanto, metodologicamente, realizou-se documentação indireta de fontes primárias da legislação; e secundárias, a partir da análise de julgados, da doutrina e de relatos de órgãos de classe e profissionais da área pericial. O artigo propõe reconhecer até que ponto seria possível assumir em nosso país o instituto jurídico alienígena da *expert witness* em sua tradução de testemunha técnica, ou perito-testemunha. Buscou-se, para tanto, contextualizar o perito de natureza criminal e a testemunha em nossa cultura jurídica para, enfim, concluir sobre a possibilidade e resultados para o processo de requerer uma atuação pericial nos moldes da *civil law*.

1 DO PERITO

Considera-se perito o profissional devidamente habilitado, sendo o reconhecimento dessa habilitação feito normalmente pela lei que cuida das profissões e atividades regulamentadas, fiscalizadas pelos órgãos regionais e nacionais⁵.

Apesar da figura do Perito, do *expert*, encontrar-se nos diversos ramos do direito, o trabalho dará ênfase à sua atuação deste no Processo Penal. Dessa forma, tratar-se-á do perito oficial de natureza criminal⁶ que atua como auxiliar do juiz, do Ministério Público e também da polícia, examinando, vistoriando, avaliando e arbitrando em seu campo de especialidade⁷, para

² KANT de LIMA, Roberto. Por uma Antropologia do Direito, no Brasil. In: De CERQUEIRA, Daniel Torres e FILHO, Roberto Fragale (Orgs.). *O Ensino Jurídico em Debate*. Millennium ed., 2007, p. 89-115.

³ DAVIS, Shelton H. *Antropologia do Direito: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato*. Rio de Janeiro: Zahar, 1973. 127 p.

⁴ SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia jurídica*. Saraiva. 1987. 100p.

⁵ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 18^a. Ed., 2013.

⁶ BRASIL. LEI Nº 12.030, DE 17 DE SETEMBRO DE 2009. *DOU*, Brasília, DF, 18 set. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12030.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista da EMERJ*. 9(35), p. 15-48, 2006.

que possa decifrar situações reais que a autoridade, sem estes conhecimentos, não poderia fazer.

Assim, “quando precisamos de uma opinião válida, competente, de um entendedor, buscamos um perito [...] a expressão perícia advém do Latim: *peritia*, que em seu sentido próprio significa conhecimento (adquirido pela experiência), bem como experiência”⁸.

O trabalho do perito chega ao seu ápice com a elaboração do laudo pericial, que deve ser claro, conciso e o mais próximo da verdade científica possível, sendo certo que, em sendo requisitado, deverá prestar esclarecimentos ao juízo em sede de processo judicial, com o fim de melhor esclarecer os fatos e, até mesmo, facilitar a compreensão do laudo por ele realizado.

Então, a função do perito é “supletiva e auxiliar da função verificadora do juiz”⁹, que pode não ter conhecimento específico a respeito de determinado tema, tendo que se utilizar de conhecimento alheio para chegar a uma conclusão sob os fatos que lhe são postos a julgamento. Esse entendimento fez com que o legislador não colocasse o perito entre os sujeitos da prova, mas tratou deste em título que disciplina a atividade do juiz e do Ministério Público, de forma que todos estão igualmente sujeitos à disciplina judiciária e estendendo-lhe o disposto sobre suspeição e impedimentos aplicáveis¹⁰.

Por outro lado, ainda que o julgador tenha conhecimento técnico a respeito do assunto que lhe foi submetido e não esteja adstrito ao laudo (art. 182)¹¹, não é oportuno que julgue sem a utilização do perito, para que as partes contribuam na convicção do magistrado. “É inaceitável que o julgador seja também “o perito”, incompatibilidade que a própria lei sugere e realça”¹². Isto também é importante para possibilitar o controle do magistrado a respeito dos fatos e de sua natureza.

O então Senador Geraldo Althoff, no ano de 1999, ao tratar da atividade de perícia oficial, quando da idealização do Projeto de Emenda à Constituição (PEC 89/99) que visava equiparar a Perícia Oficial às outras funções essenciais ao funcionamento da Justiça, assim pontificou:

⁸ SÁ, Antônio Lopes de. *Perícia Contábil*. 10. Ed. Atlas, 2011.

⁹ SANTOS. Moacir Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. V. 5. Max Limonad, 1955.

¹⁰ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2ªed.. Konfino, 1978.

¹¹ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal. DOU, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>.

Acesso em: 10 nov. 2016.

¹² ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. V. IV, tomo II. Aide Editora, 1984. p. 149-150.

[...] Das análises empreendidas resulta claro que a atuação da perícia técnica precisa ser isenta, eminentemente técnica, profunda e detalhada, a salvo de toda e qualquer injunção externa, aqui estando incluída a deficiência de pessoal e instrumental. O perito emite um juízo de valor, uma análise conclusiva, e não uma mera descrição de fato, e precisa dispor, para levar a bom termo essa missão - cujos resultados, sem exagero, pode estar estreitamente vinculada à qualidade da prestação jurisdicional do Estado - de autonomia, a partir da qual serão obtíveis a qualificação de pessoal e a estrutura logística indispensáveis. [...] Por tudo isso, a atividade pericial não é uma função lateral, acessória, da investigação criminal. Antes, é função essencial à Justiça. [...] ¹³

Apesar de rejeitado pela CCJ (Comissão de Constituição e Justiça), o relator do Parecer nº 1.121, de 2001 dessa comissão, o Senador Romeu Tuma¹⁴, reiterou que a importância da perícia técnica para a prestação jurisdicional.

2 DA PROVA PERICIAL

Acontecendo um delito, há necessidade de se materializar o fato típico, antijurídico e culpável, verificando sua autoria, para punição do verdadeiro responsável. Com isto surge o dever do Estado, através de seus órgãos periciais, de fornecer elementos ao órgão responsável pela defesa da sociedade, Ministério Público, quando da ação pública e ao ofendido, quando da ação privada, com o objetivo de municiar o julgador de informações que auxiliam em uma reconstrução do fato ocorrido e o permita decidir¹⁵. Por isso, a realização do exame de corpo de delito é um dever e não uma faculdade do Estado e a prova pericial, “se motiva no fato de o juiz depender de conhecimento técnico ou especializado de um profissional para decidir”¹⁶.

A perícia seria meio de prova, porém, há quem entenda que não seria propriamente um meio de prova, mas teria natureza intermediária entre a prova e a sentença, uma espécie de meio de elucidação da prova¹⁷. Por isso se diz que “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”¹⁸.

¹³ ALTHOFF, Geraldo. **Projeto de Emenda à Constituição nº89 de 1999**. Senado Federal, 1999.

¹⁴ TUMA, Romeu. Parecer nº 1.121 de 2001. Comissão de Constituição e Justiça, Senado Federal, 2001

¹⁵ GIOVANELLI, Alexandre e GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. A Perícia Criminal no Brasil como Instância Legitimadora de Práticas Policiais Inquisitoriais. **Revista do LEVS**. n.7. p.5-24, 2011.

¹⁶ SÁ, Antônio Lopes de. **Perícia Contábil**.10. Ed. Atlas, 2011.

¹⁷ TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2ªed.. Konfino, 1978.

¹⁸ CAMARGO ARANHA, Alberto José Queiroz Telles. **Da prova no processo penal**. 5ª Ed. Saraiva, 1999.

Podemos dizer que a prova pericial é um meio técnico-científico de se chegar a uma verdade e se utiliza de uma diversidade de conhecimentos, de acordo com o objetivo do exame, da natureza do fato e das evidências deixadas após este¹⁹.

É sabido que inexistente hierarquia entre as provas, porém, nos dias atuais, não é possível desconsiderar a grande relevância da prova pericial, que na maioria das vezes é decisivo para o julgamento. Ao menos na *common law*, atualmente, pode-se reconhecer que a Ciência Forense funciona como parâmetro para o sistema legal, funcionando como guia de condução das investigações e trazendo à corte informações acuradas, sem as quais, a resolução de casos criminais ficaria prejudicada²⁰.

Além disso, na maioria das vezes, a prova pericial é “produzida de forma cautelar, para assegurar o resultado dela mesmo antes da fase acusatória, exigindo sua antecipação ad perpetuum rei memoriam”²¹. Todavia, ao se tratar de prova irrepetível, restringindo sua produção à fase inquisitorial, as partes, em especial o réu, não têm a oportunidade de participar e, tão somente, dela tomam ciência na hora de sua valoração. Com isso, possibilita apenas o contraditório diferido ou postergado, caracterizado por um contraditório meramente formal e argumentativo.

3 DO CONTRADITÓRIO NA PERÍCIA

Em sede judicial, uma vez determinada a prova pericial, deverá ser dada às partes a possibilidade apresentação de quesitos, a fim de esclarecer pontos duvidosos, sob pena de nulidade da prova pericial, nesta fase. Contudo, pode o juiz de forma motivada indeferir os quesitos que achar inoportunos.

Tem-se entendido que as provas periciais obtidas na fase policial independem de manifestação do indiciado, seja pela característica marcadamente inquisitória ou porque pode o réu, na ação penal, impugnar a perícia, requerer novo exame ou pedir esclarecimentos aos peritos. Essa manifestação das partes durante o processo é considerada um contraditório diferido ou postergado.

¹⁹ PUERARI, Daniel Navarro; PORTES, Marco Antônio de Araujo; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Autonomia da Prova Técnica no Processo. *Colloquium Humanarum*, vol. 11, n. Especial, 2014, p. 459-464.

²⁰ FRECKELTON, Ian. Legal Aspects of Forensic Science. In: SIEGEL, Jay; KNUPFER, Genevieve; SAUKKO, Paula. *Encyclopedia of Forensic Science*. Elsevier, 2000. p.1099-1003.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrine.; GOMES FILHO, Antônio Magalhães e FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. Revista dos Tribunais, 2009, 299 p.

Por outro lado, se a perícia não for produzida na fase indiciária, seja pela inexistência de urgência ou por ter sido considerada desnecessária para justificar a instauração do processo, esta pode ser realizada na fase processual, por determinação do juiz. Nesse caso, é garantido o contraditório.

De toda forma, em sede judicial, deve ser dado às partes o direito de fazer suas alegações, produzir suas provas e interferir nas demais requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz. O contraditório deve ser sempre anterior a qualquer decisão do juiz, salvo, casos excepcionais, e através de decisão fundamentada, devendo, de qualquer sorte, ser assegurado às partes o direito de intervir para a formação da decisão. Para tal, a parte pode: I) requerer a produção da prova pericial, com seus quesitos; II) acompanhar a realização da prova; III) manifestar-se sobre a conclusão do laudo; IV) demandar que o Juiz, ao examinar a prova, leve em conta todos os argumentos²².

Caso a decisão ocorra sem a participação das partes, devem elas ter o direito de discutir os efeitos na sua esfera jurídica²³. “Assim, nenhuma prova pode ser considerada eficaz se não for dada à defesa os amplos meios para refutá-la de forma eficaz; ou seja, para a prova deve existir a contraprova”²⁴.

Em nosso sistema jurídico penal, a prova pericial, em razão do art. 159 do Código de Processo Penal, como já apontado linhas acima, deve ser produzida por perito oficial de confiança do juiz, ou seja, pessoa equidistante das partes e, por esta razão, em princípio, imparcial. Inclusive as hipóteses de impedimento e suspeição do juiz aplicam-se também o perito (art. 280), sendo este um mecanismo criado pela lei para assegurar sua imparcialidade²⁵.

Contudo, no Estado Democrático de Direito, para que as partes possam influenciar eficazmente as decisões do Estado no contexto da produção da prova técnica em processo penal, foi possibilitada produção de um laudo pericial por *expert* não oficial²⁶, o assistente técnico. Espera-se que assim, o contraditório esteja presente na sua forma mais expressiva, qual seja, o

²² MIRZA, Flávio. Prova Pericial. Em busca de um novo paradigma. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Gama Filho. 2007.

²³ GRECO, Luis. Estudos de Direito Processual. Ed Faculdade de Campos. Coleção José do Patrocínio. 2005. 621 p.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. Tradução ZOMER, Ana Paula, CHOUKR, Fauzi Hassan, TAVARES, Juarez e GOMES, Luiz Flávio. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

²⁵ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal. DOU, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>.

Acesso em: 10 Nov. 2016.

²⁶ Brasil. Lei Nº 11.690, de 9 de Junho de 2008. DOU, Brasília, DF, 10 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

direito de influenciar, pois, como já decidido, se dá ao laudo pericial uma presunção absoluta de legalidade, equiparável a um ato administrativo²⁷.

Compete ao autor a produção de uma prova eficaz, pois se não for robusta, necessariamente terá o seu pleito julgado improcedente. Por outro lado, ao réu cabe somente opor-se à pretensão da acusatória, pois a dúvida quanto aos fatos constitutivos leva, inexoravelmente, à absolvição²⁸. Por isso mesmo, muito embora se reconheça o avanço das técnicas científicas, deve o juiz analisar o laudo verificando os meios técnicos adotados para sua realização, bem como a habilidade individual do expert. Por isso, é possível e coerente a realização de outro laudo técnico, no caso de dúvida, e, deve se priorizar o que tiver maior racionalidade e técnica.

4 DA PROVA TESTEMUNHAL

Testemunha é a pessoa que, convocada a depor no processo, vai trazer ao juízo sua experiência pessoal sobre determinado fato. Esta prova é produzida pela afirmação oral perante à autoridade, sob o compromisso de dizer a verdade, de maneira imparcial²⁹. No sentido genérico do termo, podemos dizer que são provas testemunhais as produzidas por testemunhas (ou informantes), pelo ofendido e pela confissão do acusado³⁰.

É de se esclarecer que, em nossa tradição jurídica, o perito não se confunde com a testemunha, apesar de serem ambos terceiros estranhos à causa. O expert transmite ao juiz, por meio do laudo, informações de caráter técnico ou científico, de acordo com o ramo de seu conhecimento, ao passo que a testemunha presta informações não por conta de um especial saber, e sim porque teve contato com os fatos *sub judice*. Além disso, o perito não apenas transmite um fato como uma mera testemunha: ele emite necessariamente um juízo de valor, fazendo conjecturas entre o fato constatado e um princípio técnico-científico³¹.

²⁷ TRF 1ª. Apelação Criminal nº 2005.38.02.002020-0/MG, 3ª Turma, Relator: Tourinho Neto, publicado em 15/09/2006, DJ p. 28. Sento certo que o STF também tem este posicionamento. Habeas corpus nº 83.657, 2ª Turma, Relator: Min. Celso de Mello, publicado no ementário volume 02148-5, p.01025. (*apud* MIRZA, 2013)

²⁸ MIRZA, Flávio. Processo Justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo. Revista Eletrônica de Direito Processual. Vol. V., p.95-105, 2010.

²⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. DOU, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

³⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Lumen Juris, 2010.

³¹ CAMARGO ARANHA, Alberto José Queiroz Telles. *Da prova no processo penal*. 5ª Ed. Saraiva, 1999.

Ademais, o conhecimento que tem a testemunha sobre os fatos da causa é, normalmente, anterior ao início do processo ou inquérito, ao passo que o perito é chamado a se manifestar no inquérito (ou tão logo a autoridade toma conhecimento do fato que deixou vestígios) ou é nomeado no curso da demanda, somente então tomando conhecimento dos fatos.

De acordo com Nucci³², a credibilidade do testemunho está firmada no fator testemunhabilidade, interesse gerado pelas suas declarações sobre o fato. Este, por sua vez, está relacionado e é consequência da memoriabilidade, precisão da recordação; da fidelidade, exatidão na reprodução do que soube; e da sinceridade, o interesse em falar o que realmente sabe da testemunha. Assim, o magistrado deve sempre ter cautela na valoração de um depoimento.

Apesar disso, há autores considerando que ao haver contradição entre laudo pericial e o depoimento da testemunha comum, deveria prevalecer o conteúdo do testemunho³³, desde que inexistam motivos em sentido contrário, pois a testemunha viu os fatos a serem provados, e o perito os deduz. Podemos citar como exemplo a morte de um recém-nascido, em que o perito afirma que não poderia ter saído vivo do ventre da mãe, porém a testemunha afirma que ouviu choro de bebê, quando do parto. Assim a prova pericial neste caso perde proporcionalmente o seu valor, pois a testemunha afirma por percepção e o perito por indução³⁴.

Neste caso, a solução é convocar novos peritos para realização de outros laudos, pois, o conhecimento científico, estampado na prova pericial, deve submeter-se a testes empíricos³⁵. Além disso, a comunidade científica deve debater os critérios adotados e a qualidade dos exames deve ser requerida, legitimando as conclusões do perito³⁶.

Resta deixar claro que os assistentes técnicos, apesar de agirem com parcialidade institucional, não estão dispensados de apresentarem suas conclusões nos mesmos rigores

³² NUCCI, Guilherme de Souza. *A credibilidade da prova testemunhal no processo penal*. 2005. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI14901,71043-A+credibilidade+da+prova+testemunhal+no+processo+penal>> Acesso em: 23 jan 2016.

³³ MIRZA, Flávio. *Prova Pericial. Em busca de um novo paradigma*. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Gama Filho. 2007.

³⁴ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de Paolo Capitanio. 2ª ed. Servanda. 2009, 736 p.

³⁵ MIRZA, Flávio. *Prova Pericial. Em busca de um novo paradigma*. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Gama Filho. 2007.

³⁶ GIOVANELLI, Alexandre e GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. A Perícia Criminal no Brasil como Instância Legitimadora de Práticas Policiais Inquisitoriais. *Revista do LEVS*. n.7. p.5-24, 2011.

científicos, razão pela qual sua conclusão deve ser explicitada para que não só as partes, mas o juiz entenda o seu raciocínio³⁷.

5 PERITO NÃO É TESTEMUNHA

Apesar de em nosso ordenamento os institutos jurídicos do perito e da testemunha serem nitidamente distintos, como demonstrado no item anterior, prática forense amplamente disseminada, como será apresentada, vem despertando algumas perplexidades: é frequente convocação do perito para depor na condição testemunhal. É bem verdade que esta possibilidade não é de entendimento unânime dentro da própria administração pública, seja ela o Poder Executivo, seja perante o Poder Judiciário ou mesmo perante os Conselhos Profissionais de Classe.

A este propósito o Poder Judiciário de Minas Gerais³⁸ estabeleceu regra para comparecimento do perito em audiência como preleciona que: “Art. 303 - Os peritos somente serão convocados a prestar declarações em juízo para responderem a quesitos suplementares, previamente apresentados por escrito, evitando-se sua convocação como testemunha.”.

O fundamento deste provimento seria uma interpretação do artigo 159 (CPP), da seguinte maneira:

§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: I- requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar.

Convém registrar que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento da AP 470-AgR-décimo terceiro/MG, em fevereiro de 2011³⁹, através do voto do Ministro Joaquim Barbosa, que resume, de maneira objetiva, assim decidiu:

Como é elementar, os peritos - cuja oitiva em juízo se dá apenas excepcionalmente, quando demonstrada a sua necessidade - devem ser inquiridos apenas e tão somente sobre os pontos tidos como controvertidos nos laudos por

³⁷ MIRZA, Flávio. Prova Pericial. **Em busca de um novo paradigma**. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Gama Filho. 2007.

³⁸ Provimento nº 161/CGJ/2006, da Corregedoria Geral

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470-AgR-décimo terceiro/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Acesso em: 20 jun. 2015.

eles apresentados. Não sobre toda e qualquer questão que as partes queiram suscitar.

A análise do acórdão supra demonstra que o comparecimento do perito em audiência, na ótica do STF, somente deve acontecer para esclarecer pontos controvertidos - obviamente do laudo -, razão pela qual, por uma questão de lógica, não seria possível o comparecimento de perito em juízo para prestar depoimento na condição de testemunha.

Colaborando com este entendimento, alguns órgãos de classe vêm regulamentando a atuação dos profissionais quando convocado a depor como testemunha no mesmo processo que atuou como perito, e o fazem levando em consideração os casos de impedimento previsto no art. 148 do CPC⁴⁰.

Como exemplo disso, temos a RESOLUÇÃO N° 559, de 16 de setembro de 2009, do Conselho Federal de Assistentes Sociais⁴¹, cuja ementa é a seguinte:

EMENTA: Dispõe sobre a atuação do Assistente Social, inclusive na qualidade de perito judicial ou assistente técnico, quando convocado a prestar depoimento como testemunha, pela autoridade competente. Art. 5°. Quando intimado perante a autoridade competente a prestar depoimento como testemunha, qualquer profissional assistente social deverá comparecer e declarar que está obrigado a guardar sigilo profissional, sendo VEDADO depor na condição de testemunha.

Segundo o Código de Ética profissional e disciplinar do Conselho Nacional dos Peritos Judiciais da República Federativa do Brasil⁴², é proibido ao perito depor na condição de testemunha.

Artigo 20°. O Perito Judicial tem resguardado o seu direito ao sigilo profissional, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou por nomeação ou indicação como Assistente Técnico.

A este propósito, tem o parecer que entende não ser possível o comparecimento do perito na condição de testemunha.

⁴⁰ BRASIL. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

⁴¹ _____. **RESOLUÇÃO CFESS N° 559**, de 16 de setembro de 2009.

⁴² _____. CNPJ Código de Ética Profissional e Disciplinar do Conselho Nacional dos Peritos Judiciais da República Federativa do Brasil. Proibição de perícia. Disponível em: <<http://www.conpej.org.br/codetica.pdf>> Acesso em: 03 jun 015.

Resumo: Discute a obrigatoriedade do comparecimento do Perito a juízo, para prestar depoimento na condição de testemunha de acusação ou defesa, realçando as situações e condições em que isso deve acontecer. Aponta legislação e doutrina sobre o tema. Os Institutos de Criminalística e os Institutos de Medicina Legal de todas as Unidades da Federação se ressentem de um problema que recai sobre sua atividade profissional, quando o perito, que assinou um laudo técnico qualquer, é convocado a prestar depoimento em juízo, em processos criminais, na condição de testemunha, ora de acusação ora de defesa, após arrolamento pelas partes, na fase própria.[...] Como é elementar, os peritos - cuja oitiva em juízo se dá apenas excepcionalmente, quando demonstrada a sua necessidade - devem ser inquiridos apenas e tão somente sobre os pontos tidos como controvertidos nos laudos por eles apresentados. Não sobre toda e qualquer questão que as partes queiram suscitar. Por todo o exposto, ficam claras as situações em que o Perito deve comparecer a juízo, para esclarecimentos complementares de seus laudos, mediante apresentação de quesitos prévios, podendo constituir medida abusiva o chamamento para fins diversos, pelo desserviço que irá impor à Atividade Pericial.⁴³

Observando o disposto, entendem-se os argumentos de quem afirma ser impossível o perito comparecer em juízo na condição de testemunha, pois isto acarretaria em impedimento profissional, assim como o descumprimento do artigo 159 do CPP⁴⁴.

Assim, há entendimento de que perito não se confunde com testemunha, pois atuaria em encargo do tribunal, enquanto a testemunha é convocada em razão do acaso e sempre se referirá a fatos pretéritos; o perito somente atuaria quando há necessidade de conhecimento especiais e pode sempre ser trocado, sem prejuízo ao processo, porém a testemunha não⁴⁵. Fica claro que o perito não é testemunha, mas apenas presta esclarecimentos a respeito de seu laudo, não podendo atuar como tal, muito embora, por vezes, assim desejem as partes.

Figueiredo⁴⁶, ao analisar a jurisprudência sobre o crime de Falso Testemunho ou Falsa Perícia (art. 342)⁴⁷, reconhece perfeitamente a diferença entre o depoimento do perito e da testemunha, pois o falso testemunho refere-se a fatos, enquanto que na falsa perícia é a opinião do perito que é relevante. Continua caracterizando o tipo objetivo do crime de falsa perícia e

⁴³ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴⁴ BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, De 3 De Outubro De 1941.Código de Processo Penal. *DOU*, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

⁴⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Editores del Puerto, 2000.

⁴⁶ FIGUEIREDO, Antônio Macena. *Perito Judicial. Aspectos jurídicos. Responsabilidade Civil e Criminal. Lumen Juris*, Ed. 2009, 212p.

⁴⁷ BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.Código Penal. *DOU*, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

reconhecendo que no tocante ao perito o que se valoriza é a opinião falsa (p.171). Outrossim, este autor considera que, em se tratando de perito oficial, é possível incidir ainda o art.317⁴⁸, corrupção passiva.

Fazendo uso de outros argumentos Santiago⁴⁹, perito com cerca de cinquenta anos de experiência, também indica clara diferença entre perito e testemunha. Este autor alerta que, diferente da testemunha, o perito, ao comparecer em juízo, deve, entre outros cuidados, “preparar-se para responder aquilo que for relativo aos aspectos objetivos, declinando o que não for.” (p.120). Preocupação que deve ser ressaltada desde o momento em que são elaborados quesitos aos peritos, pois “o solicitante deve atentar, [...], para o conteúdo da indagação a ser dirigida ao perito, [...], isto é, se não se trata de questionamento de cunho subjetivo, defeso ao perito, que só labora, em casos de sua estrita competência.” (p.32).

6 A CONTROVERTIDA FIGURA DO PERITO-TESTEMUNHA

Por outro lado, há autores tanto da área técnica, quanto jurídica que afirmam dever o perito atuar como testemunha técnica^{50,51}, cujo relato foge ao conhecimento aprofundado da autoridade requisitante. Além disso, colocam o expert como uma testemunha especializada ao constatar que o juiz deve fazer uso deste, mesmo que o fato possa ser “provado por testemunha comum”⁵² (p.53 grifo nosso).

Apesar da discordância doutrinária, há entendimento em nossos Tribunais no sentido de que é perfeitamente possível convocar o perito, a qualquer momento, na condição de testemunha para esclarecer o laudo feito por ele no mesmo processo. Com o argumento de que embora “o art. 279, inciso II, do Código de Processo Penal, impeça que sejam nomeados como peritos os que tiverem prestado depoimento no processo ou opinado anteriormente sobre o objeto da perícia, não há dispositivo legal que proíba a oitiva de perito como testemunha”⁵³.

⁴⁸ BRASIL. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal. DOU, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

⁴⁹ SANTIAGO, Elizeu. Criminalística Comentada. Millennium Ed. 2014, 142p.

⁵⁰ VANRELL, Jorge Paulete. *Odontologia Legal e Antropologia Forense*, 2ª. Ed. Ganabara Koogan, 2012.

⁵¹ FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz. *Falso Testemunho e Falsa Perícia*. Campinas: Ed. Millennium, 2006.

⁵² *Idem*.

⁵³ HC 198743 / SC HABEAS CORPUS 2011/0042521-3, Ministra AURITA VAZ T5 - QUINTA URMA18/08/2011 DJe 01/09/2011 HABEAS CORPUS; HC 124221 MC / PI - PIAUÍ MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 02/02/2015 e RHC 34801 / SC RECURSO ORDINARIO EM

Portanto, a figura do perito-testemunha ainda se mostra como ponto controverso em nosso ordenamento jurídico.

Outra crítica feita à convocação do perito na condição de testemunha é que este, eventualmente, poderia não ter bom desempenho oral, na articulação do raciocínio nas respostas dadas ao juízo, muitas vezes, não por carências técnicas, e isto acarretaria no perigo de enfraquecer o laudo pericial, uma vez que o juiz pode concluir pela postura da testemunha se ela está mentindo ou não:

A representação dos julgadores nas entrevistas concedidas explicita preocupação em discernir se o que eles estão ouvindo das partes ou das testemunhas é verdade ou mentira. [...] Então, o comportamento, a postura da testemunha, a leitura do corpo dela, do gesto dela, do olhar dela, estes são elementos fundamentais. Você sabe que uma pessoa está mentindo quando ele não consegue fixar os olhos em sua direção, pisca muito, coça a testa, encurva o tórax pra frente. A mentira é perceptível porque nós somos animais. Animal acuado tem uma reação e é uma reação universal, isto é arquetípico. Então, quando a pessoa senta na sua frente e começa a falar [...] a não ser que você esteja diante de um quadro de psicopatia, [...] é possível sim identificar quando uma pessoa está mentindo ou não. E aí começa a filtragem, por isso que, em minha opinião, e aí fazendo uma digressão, o contato pessoal do juiz com a testemunha e a identidade física que não existe em processo penal, são fundamentais. J7 ⁵⁴(p. 80-81)

Diante disso, podemos dizer que o juiz, sem nenhum conhecimento científico, pode interpretar a reação dos peritos ao deporem, e, por óbvio, poderia errar. E se ele interpretar que o perito está mentindo para o juízo poderia abandonar uma prova pericial e se fundamentar em outros elementos para decidir. Essa situação, embora cause perplexidade, parece compatível com alguns princípios que instruem o sistema de justiça criminal, especialmente o princípio do livre convencimento motivado do julgador.

Mesmo nos EUA, onde é usual o testemunho do perito (*expert witness*), para que este seja admitido na corte, faz-se necessário questionar ao menos quatro aspectos: a) onde e como as técnicas e métodos utilizados foram testados (quais controles foram utilizados, se havia conflito de interesses, se foram publicados em jornais reconhecidos); b) a taxa de erro da técnica; c) se

os resultados foram avaliados por pares de forma cega; d) se, por fim, são aceitos pela comunidade científica⁵⁵.

O fato é que a presença em sede judicial não é vista com bons olhos pelos próprios peritos, como foi observado a seguir:

Se o cirurgião-dentista sentisse prazer em frequentar os meios forenses, decerto teria estudado Direito e não Odontologia.
Este fato nos leva a pensar que participar de qualquer atividade no Fórum ou relacionada com a justiça sempre representa uma situação desagradável ou, quando menos, descômoda para o profissional.⁵⁶

Assim, procuram os peritos, sempre que possível, evitar a presença em sede judicial, pois ao comparecerem, reitera Vanrell⁵⁷, seria na condição de testemunha técnica. Nesse caso, será aplicado ao seu depoimento o art. 212 do CPP, com a redação dada pela lei 11.680/2008⁵⁸, que se caracteriza pela *cross-examination*, o que possibilitaria às partes formular perguntas diretamente à testemunha, sem a intervenção direta do magistrado.

Há de se reconhecer, é claro, que os interesses corporativos não podem suplantar a grande questão que circunda a convocação do perito: possibilitar a inquirição do perito em audiência é dar maior valor ao princípio do contraditório, e, conseqüentemente, maior ênfase à ampla defesa.

Todavia, deve-se também ter em mente que o mecanismo do *cross-examination* é característicos da tradição jurídica da *common law*, tendo surgido na Inglaterra, pela Supreme Court of Judicature act de 1873. Já nos Estados Unidos a origem está relacionada à garantia fundamental da *confrontation*, assegurada pela VI emenda Constitucional, a partir do precedente do caso *Pointer v. Texas*, pois se entendeu que se trata de um direito fundamental, abrangido pela cláusula de direito fundamental⁵⁹. Assim, esse mecanismo mostra-se distante de nossa realidade jurídica (*civil law*), representando bem a tradição jurídica anglo-saxônica, como se segue:

⁵⁵ SMITH, Frederick Paul e KIDWELL, D.A. Accreditation of Forensic Science Laboratories. In: SIEGEL, Jay; KNUPFER, Genevieve. e SAUKKO, Paula. **Encyclopedia of Forensic Science**. Elsevier, 2000. p.59-64.

⁵⁶ VANRELL, Jorge Paulete. *Odontologia Legal e Antropologia Forense*, 2^a. Ed. Ganabara Koogan, 2012, p. 176.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. **DOU**, Brasília, DF, 10 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

⁵⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo Penal*. Ed. Revista dos Tribunais. 1997, 141p.

Essa técnica se insere no que se denomina case management e é a mais significativa mudança em direção ao neoprivatismo, porque, ao assegurar os princípios da oralidade e da imediatidade, as partes têm melhor e mais ampla participação processual. Estimula-se, pois, o contraditório e realiza-se, na plenitude, o direito fundamental à prova. Por exemplo, o desenvolvimento da cross examination torna possível o controle da atividade do perito ou dos assistentes técnicos, assegurando a credibilidade de suas informações; serve para elucidar o procedimento adotado, o iter lógico desenvolvido, os argumentos utilizados, saber como os fatos foram percebidos, bem como entender quais e como as regras técnicas foram interpretadas e aplicadas; evita que sejam impostas premissas genéricas, incongruentes e infundadas aos casos concretos. Também possibilita que a conclusão do perito ou dos assistentes técnicos sejam afrontadas com outras opiniões técnicas. Além disso, torna possível o controle do rigor técnico e ético do expert, comparando a sua atividade com aquilo que normalmente poderia ser esperado de outros profissionais.⁶⁰

Porém, o Supremo Tribunal Federal tem posicionando dúbio a respeito de depoimento de perito em juízo, por vezes se manifesta no sentido de ser uma exceção que somente pode acontecer em casos específicos⁶¹, em outras situações se manifesta no sentido de que se pode convocar a qualquer momento para depor. Ora o perito deve ser convocado para esclarecimentos na condição de *expert*, ora para depor na condição de testemunha⁶².

1 ORDINARY WITNESS X EXPERT WITNESS

Parece estar havendo um movimento em nosso judiciário para que, sem a autorização legislativa e distante da construção cultural que às sustentam, tragam ao nosso ordenamento jurídico as figuras típicas da *commom law* no contexto da oitiva do perito. Contudo, são sistemas jurídicos bastante diferentes, assim como se apresentam também díspares os procedimentos judiciais de construção da verdade jurídica.

Nesta tradição, presente nos modelos de tradição anglo-saxônica, prima-se, entre outros aspectos, pela oralidade da ação e na concorrência de relatos⁶³. Mostrando assim que as

⁶⁰ CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e o Neopublicismo a partir da lei 11.690/2008. *Revista de Processo: RePro*, v. 34, n. 167, p. 25-51, 2009.

⁶¹ AP 470-AgR-décimo terceiro/MG, em 03 Fev 2011, Rel. Ministro Joaquim Barbosa.

⁶² RHC 34801 / SC RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2012/0259144-0, Rel. Ministra LAURITA VAZ.

⁶³ GARAPON, Antoine e PAPADOPOULOS, Ioannis. Julgar nos Estados Unidos e na França. *Lúmen Juris*, 2008.

demandas institucionais oriundas de conflitos sociais não podem ser restringir às regras escritas⁶⁴.

No sistema da *common law*, tal como estabelecido no Canadá e nos Estados Unidos, o perito é convocado na condição de testemunha (*expert witness*). Este instituto está previsto no Federal Rules of Evidence (Rule 706)⁶⁵, reconhecendo a testemunha especialista como possuidora de conhecimentos técnico científicos, o que se diferencia da testemunha comum (*ordinary witness*), que atua apenas depondo sobre o que viu.

Esclarecendo esta diferença, Malatesta⁶⁶ considera que:

[..] relativamente à consciência do juiz, quando o perito afirma a existência de veneno, da alteração do escrito ou dos caracteres maníacos, o que funciona como prova já não é o veneno, nem a alteração do escrito, nem o caráter maníaco em si mesmos, mas sim a afirmação do perito que declara tê-los percebidos em si mesmos. A perícia, pois, como qualquer outro testemunho, é uma prova; uma prova pessoal⁶⁷.

Seria, então, o perito uma testemunha especial, pois lhe é permitido perceber condições e relações particulares que não são perceptíveis ao homem comum. Diferente da testemunha comum, o *expert* atua após o acontecimento do fato, que não se confundiria a testemunha comum, que presenciou o fato⁶⁸. No entanto, ao técnico também seria imposto o *cross-examination*, ou seja, seria tratado como testemunha, necessitando melhor embasar suas conclusões diante do juiz sob pena de perder credibilidade⁶⁹.

Contudo, faz-se importante advertência no sentido de que não se deve transplantar, de modo acrítico, uma ideia (ou instituto jurídico) estrangeira para outro ordenamento de tradição de tradição jurídica diferente, no caso o brasileiro. É preciso verificar a compatibilidade, agregando o maior número possível de informações no país de origem, visando evitar rejeição, pois, por outro lado, uma postura isolacionista é inviável⁷⁰.

⁶⁴ DAVIS, Shelton H. *Antropologia do Direito: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato*. Rio de Janeiro: Zahar, 1973. 127 p.

⁶⁵ USA. US-Courts. Rule 706. *Court-Appointed Expert Witnesses*. 1975

⁶⁶ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de Paolo Capitanio. 2ª ed. Servanda. 2009, 736 p.

⁶⁷ *Idem*, p. 525.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ MENDES, Regina Lúcia Teixeira. *Do Princípio do Livre Convencimento Motivado*. Lumen Juris, 2012.

⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. In: *Temas de Direito Processual*. 7. Série. Saraiva, 2001.

Deve-se ter em mente o descrito por Duarte e Iorio Filho⁷¹:

O Judiciário norte-americano tem sido, historicamente, posto como modelo para seus congêneres, inclusive o brasileiro. [...] assume entre nós o caráter de ideal normativo que ofereceria um conjunto de fórmulas para superar os problemas práticos da justiça na sociedade brasileira. As diferenças seriam reveladoras de deficiências de nossas instituições e práticas, ou obstáculos à plena realização da justiça entre nós.

Mas, a simplicidade dos termos e, conseqüentemente, da comparação é apenas aparente. [...] Com um olhar um pouco mais atento constata-se facilmente que as diferenças entre o Judiciário nos Estados Unidos e no Brasil são múltiplas e relevantes. Assim, um ponto de partida é indagar se as mesmas 'palavras' designam as mesmas 'coisas' lá e cá.⁷²

Temos que levar em consideração ao analisar o instituto do *expert witness*, que só nos Estados Unidos da América, que há cinquenta e dois sistemas de justiça criminal diferentes (de cinquenta estados, do distrito de Colúmbia e o Federal), possuindo cada um deles um código próprio. Por isso, o trabalho usa como parâmetro a versão Federal desse sistema.

A perícia, então, deve ser concebida como uma pesquisa que necessita de conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos. Sendo certo que ela pode ser considerada como um meio de prova, um testemunho de um experto (*expert witness*), ou pode ser considerada como uma prova em si, pois possui todos os requisitos de uma prova em si, além de algo a mais: o conhecimento do técnico, que não existe nas outras provas. Caso o perito se limitasse a colocar no laudo o que foi verificado, como no brocardo latino *visum et repertum*, a perícia seria apenas um meio de prova ou um mero testemunho. Porém, quando emite um juízo de valor, ela vai além, elucidando não somente a realidade dos fatos, mas também as probabilidades, baseadas em seus conhecimentos e experiências⁷³.

É importante observar que, nos dias atuais, a requisição do perito em juízo está muito relacionada a imprecisões à falta de padronização dos laudos periciais, mas também à própria evolução científica que permite a elaboração de exames mais complexos^{74,75}. Somente como exemplo, estima-se que entre 10 perícias realizadas em São Paulo, cerca de 4 ou 5, sejam

⁷¹ DUARTE, Fernanda e IORIO FILHO, Rafael Mário. Introdução. In: Duarte, Fernanda; Iorio Filho, Rafael Mário e KANT de LIMA, Roberto. (Orgs.). **O judiciário nos Estados Unidos e no Brasil: análises críticas e pesquisas comparadas**. Editora CRV, p.7-8, 2015.

⁷² *Idem*, p. 7.

⁷³ PEREIRA, Daniel de Menezes. **Aspectos Históricos e Atuais da Perícia Médico Legal e sua Possibilidade de Evolução**. Dissertação. (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. 2013.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ GIOVANELLI, Alexandre e GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. A Perícia Criminal no Brasil como Instância Legitimadora de Práticas Policiais Inquisitoriais. **Revista do LEVS**. n.7. p.5-24, 2011.

inutilizadas pelo fato da autoridade policial não ter chamado o perito competente para realizar o exame⁷⁶. Todas estas questões fazem com que o perito seja convocado, cada vez mais, a pedido da acusação ou da defesa, ou por determinação ex officio, para comparecer em juízo.

Porém, conforme jurisprudência já apresentada, há entendimento do judiciário de que o perito pode ser convocado para depor como testemunha a qualquer momento e, por óbvio, não depor especificamente sobre o que presenciou, mas sobre probabilidades e impressões. Assim, o perito nem se referiria diretamente sobre os fatos objeto de sua análise, mas traria ao juiz conhecimentos teóricos sobre outros fatos que as partes considerarem oportunos e que permeiem o conhecimento pericial. Nesta situação atuará mais como testemunha do que como perito (*expert witness*).

A simples tradução da testemunha *expert* para uso em nosso ordenamento é temerária, assim como assumir irrestritamente e descontextualizadamente qualquer institutos jurídicos alienígenas⁷⁷, pois há nítidas desigualdades entre os institutos. Diferentemente do que acontece no Brasil, o perito americano não é nomeado pelo juiz, mas indicado pelas partes, sendo ouvido como testemunha, de forma oral, e não por laudo escrito e seu depoimento é analisado pelo *judge* ou *jure*⁷⁸. Sendo certo que a figura de nosso ordenamento que mais se aproxima da *expert witness* seria o assistente técnico⁷⁹.

Durante o julgamento, no *cross-examination*, a parte contrária pode inquirir o perito, como a qualquer outra testemunha, sendo possível a *expert witness* depor contra quem a indicou. É certo que o próprio juiz pode nomear e inquirir o perito-testemunha e que pode ou não deferir a consideração da oitiva do perito perante os jurados, quando entender que é irrelevante (*junk Science*). Em resumo, na *common law* o processo é propriedade das partes, enquanto na *civil law*, é do Estado⁸⁰.

⁷⁶ BENGOCHEA, Jorge Luiz Paz; GUIMARÃES, Luis Brenner; GOMES, Martin Luiz; ABREU, Sérgio Roberto. *A transição de uma Polícia de controle para uma polícia cidadã*. V. 18. São Paulo: Fundação Seade, 2004. p. 128.

⁷⁷ DUARTE, Fernanda e IORIO FILHO, Rafael Mário. Introdução. In: Duarte, Fernanda; Iorio Filho, Rafael Mário e KANT de LIMA, Roberto. (Orgs.). *O Judiciário nos Estados Unidos e no Brasil: análises críticas e pesquisas comparadas*. Editora CRV, p.7-8, 2015.

⁷⁸ PEREIRA, Daniel de Menezes. *Aspectos Históricos e Atuais da Perícia Médico Legal e sua Possibilidade de Evolução*. Dissertação. (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. 2013.

⁷⁹ BRASIL. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. *DOU*, Brasília, DF, 10 jun. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm Acesso em: 10 nov. 2016.

⁸⁰ GARAPON, Antoine e PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. *Lumen Juris*, 2008.

Há que se observar que o sistema brasileiro é muito diverso do americano, o que não impede a busca pela inovação processual. “Obviamente, desde que com parcimônia e segurança, para que não exista um embate entre um “processo justo” contra uma “justiça à toda prova”⁸¹.

Por isso, a *expert witness* se utilizada com cautela pode significar um avanço em nosso sistema judicial. Este instituto já vem sendo reconhecido, conforme jurisprudência a seguir.

TJ-SC - Apelação Cível : AC 20120657222 SC 2012.065722-2 (Acórdão)

[...]

ADEMAIS, TESTEMUNHO PRESTADO POR ENGENHEIRO MECÂNICO (EXPERT WITNESS) ARROLADO PELA RÉ QUE INDICA A IMPOSSIBILIDADE (OU IRRELEVÂNCIA) DE SUBMISSÃO DE UM AIR BAG ABERTO A EXAME PERICIAL.

ACO 444 / SC - SANTA CATARINA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Julgamento: 04/09/2012 Publicação DJe-181 DIVULG 13/09/2012 PUBLIC 14/09/2012 Partes AUTOR(A/S)(ES): ESTADO DE SANTA CATARINA PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA ASS.LIT.: MUNICÍPIO DE ITAJAÍ ASS.LIT.: MUNICÍPIO DE NAVEGANTES e outros. Despacho: O ESTADO DE SANTA CATARINA, na petição inicial de fls. 02/69, ajuíza ação, em face da FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E STATÍSTICA - IBGE e dos ESTADOS DO PARANÁ e de SÃO PAULO e outros.

[...]

12. Acrescento que a impossibilidade de valer-se de integrantes do corpo técnico de cartógrafos militares das Forças Armadas Brasileiras como assistentes do Juízo não impede a consulta à Marinha do Brasil para que exponha, com a isenção necessária, parecer para subsidiar o julgamento da causa. O expert testimony, já propugnado pela doutrina brasileira [Cândido Rangel Dinamarco. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 94], com arrimo na prática norte-americana, visaria à obtenção de informação acurada, que demanda alto nível de especialização, se há divergência entre os experts de ambas as partes [John M. Sink. Unsued power of a Federal Judge to call his own expert witness. Southern California Law Review 29 (1955-1956), p. 197; Samuel R. Gross. Expert evidence. Wisconsin Law Review 1113 (1991), p. 1120]. [...].⁸²

Por outro lado, não podemos nos encantar e deixar de observar que o uso excessivo dessa criatividade judicial tem o condão de trazer insegurança jurídica e revelar o autoritarismo judicial. Theodoro Júnior⁸³ deixa claro *que devemos voltar os olhos para a segurança jurídica antes de advogar qualquer reforma legislativa e antes de agredir, às vezes,*

⁸¹ PEREIRA, Daniel de Menezes. **Aspectos Históricos e Atuais da Perícia Médico Legal e sua Possibilidade de Evolução**. Dissertação. (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. 2013.

⁸² ESTADO DE SANTA CATARINA. TJ-SC - Apelação Cível : AC 20120657222 SC 2012.065722-2 (Acórdão). Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Florianópolis, 23 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24209293/apelacao-civel-ac-20120657222-sc-2012065722-2-acordao-tjsc/inteiro-teor-24209294>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

⁸³ THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista da EMERJ*. 9(35), p. 15-48, 2006.

desnecessariamente, outras vezes, de maneira desastrosa, o direito positivo e o sistema que o preside (p.21).

CONCLUSÃO

Apesar de não existir em nosso ordenamento a figura jurídica do perito-testemunha, ela tem se tornado uma realidade nos Tribunais brasileiros. Mostrando que os conflitos institucionalizados no judiciário não se vinculam somente à regra escrita, mesmo em nossa cultura da civil law, onde esta é tão valorizada.

Um olhar antropológico sobre o tema pode ajudar a compreender esse mecanismo, como pretendeu fazer o texto. Se, por um lado, essa revisão das práticas processuais pelos magistrados pode ser considerada um avanço na garantia da ampla defesa, por outro, pode ser entendida como um ativismo judiciário desmedido, pois não se pode simplesmente esquecer as forças que dirigem nossa cultura jurídica, que tem como principal fonte o trabalho dos legisladores, e assumir de forma irrestritamente e descontextualizadamente institutos jurídicos alienígenas.

Assim, reconhecemos que ainda pairam divergências vivas sobre o tema. No entanto, percebemos que não é possível generalizar o uso da *expert witness* em nosso país. Em primeiro lugar por razões culturais, mas, sobretudo, por limitações administrativas e operacionais. Deve ser considerado o papel do próprio especialista que pode ter seu trabalho colocado em dúvida pela simples inabilidade em depor, bem como as limitações das instituições de perícia, que têm diariamente seu expediente comprometido em virtude das rotineiras convocações judiciais.

Por fim, não consideramos que a prova técnica deva estar isenta de exames cruzados. No entanto, reconhecemos que, diferentemente de um relato testemunhal, o *cross-examination* já é inerente à toda produção científica. A prova pericial está sujeita na própria constituição à constante avaliação dos seus métodos, os quais devem ser expressos nos laudos e reconhecidos pela comunidade científica internacional. O contrário, não se pode mais aceitar de uma prova técnica. Além disso, deve-se demandar dos órgãos e profissionais de perícia constante atualização, estando a produção dos exames regida por um sistema de gestão da qualidade.

REFERÊNCIAS

- ALTHOFF, Geraldo. **Projeto de Emenda à Constituição nº89 de 1999**. Senado Federal, 1999.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Exegese do Código de Processo Civil**. V. IV, tomo II. Aide Editora, 1984. p. 149-150.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. In: **Temas de Direito Processual**. 7. Série. Saraiva, 2001.
- BENGOCHEA, Jorge Luiz Paz; GUIMARÃES, Luis Brenner; GOMES, Martin Luiz; ABREU, Sérgio Roberto. **A transição de uma Polícia de controle para uma polícia cidadã**. V. 18. São Paulo: Fundação Seade, 2004. p. 128.
- BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 10 nov. 2016.
- _____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- _____. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. **DOU**, Brasília, DF, 10 jun. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm Acesso em: 10 nov. 2016.
- _____. Lei nº 12.030, de 17 de setembro de 2009. **DOU**, Brasília, DF, 18 set. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12030.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- _____. **RESOLUÇÃO CFESS N° 559**, de 16 de setembro de 2009.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **AgReg em ERESP 279.889-AL**. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/57229133/STJ-Nao-me-interessa-a-Doutrina#scribd>> Acesso em 20 junho 2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **AP 470-AgR-décimo terceiro/MG**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Acesso em: 20 de junho 2015.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 34801 / SC Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2012/0259144-0**. Relatora: Ministra LAURITA VAZ. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25247769/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-40823-sc-2013-0307594-0-stj/inteiro-teor-25247770>>. Acesso em: 20 junho 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 83.657, 2ª Turma.** Relator: Ministro Celso de Mello, publicado no ementário volume 02148-5, p.01025. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 12 out 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85.744-2/RJ, 2a Turma.** Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 02/08/2005. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 03 jun. 2015

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. DOU, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acessado em: 10 nov. 2016.

_____. CNPJ Código de Ética Profissional e Disciplinar do Conselho Nacional dos Peritos Judiciais da Republica Federativa do Brasil. Proibição de perícia. 2010. Disponível em: <<http://www.conpej.org.br/codetica.pdf>> Acesso em: 03 jun 015.

CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e o Neopublicismo a partir da lei 11.690/2008. **Revista de Processo: RePro**, v. 34, n. 167, p. 25-51, 2009.

CAMARGO ARANHA, Alberto José Queiroz Telles. **Da prova no processo penal.** 5ª Ed. Saraiva, 1999.

DAVIS, Shelton H. **Antropologia do Direito: estudo comparativo de categorias de dívida e contrato.** Rio de Janeiro: Zahar, 1973. 127 p.

DUARTE, Fernanda e IORIO FILHO, Rafael Mário. Introdução. In: Duarte, Fernanda; Iorio Filho, Rafael Mário e KANT de LIMA, Roberto. (Orgs.). **O JUDICIÁRIO NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL: análises críticas e pesquisas comparadas.** Editora CRV, p.7-8, 2015.

ESTADO DE SANTA CATARINA. TJ-SC - **Apelação Cível : AC 20120657222 SC 2012.065722-2** (Acórdão). Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Florianópolis, 23 de setembro de 2013. Disponível em < <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24209293/apelacao-civel-ac-20120657222-sc-2012065722-2-acordao-tjsc/inteiro-teor-24209294>> Acesso 10 nov 2016.

FIGUEIREDO, Antônio Macena. **Perito Judicial.** Aspectos jurídicos. Responsabilidade Civil e Criminal. Lumen Juris Ed. 2009, 212p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** Tradução ZOMER, Ana Paula, CHOUKR, Fauzi Hassan, TAVARES, Juarez e GOMES, Luiz Flávio. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz . **Falso Testemunho e Falsa Perícia.** Campinas: Ed. Millennium, 2006.

FRECKELTON, Ian. Legal Aspects of Forensic Science. In: SIEGEL, Jay; KNUPFER, Genevieve e SAUKKO, Paula. **Encyclopedia of Forensic Science.** Elsevier, 2000. p.1099-1003.

GIOVANELLI, Alexandre e GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. A Perícia Criminal no Brasil como Instância Legitimadora de Práticas Policiais Inquisitoriais. **Revista do LEVS.** n.7. p.5-24, 2011.

GARAPON, Antoine e PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. Lumen Juris, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo Penal**. Ed. Revista dos Tribunais. 1997, 141p.

GRECO, Luis. **Estudos de Direito Processual**. Ed Faculdade de Campos. Coleção José do Patrocínio. 2005. 621 p.

GRINOVER, Ada Pellegrine.; GOMES FILHO, Antônio Magalhães e FERNANDES, Antônio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. *Revista dos Tribunais*, 2009, 299 p.

KANT de LIMA, Roberto. **Por uma Antropologia do Direito, no Brasil**. In: De CERQUEIRA, Daniel Torres e FILHO, Roberto Fragale (Orgs.). *O Ensino Jurídico em Debate*. Millennium ed., 2007, p. 89-115.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. 2ª ed. Servanda. 2009, 736 p.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Do Princípio do Livre Convencimento Motivado**. Lumen Juris, 2012.

MIRZA, Flávio. **Reflexões sobre a força do laudo pericial oficial e o assistente técnico**. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c5901b9d4264066f>>, Consultado em 28 de março de 2015.

_____. **Processo Justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo**. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Vol. V., p.95-105, 2010.

_____. **Prova Pericial. Em busca de um novo paradigma**. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Gama Filho. 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A credibilidade da prova testemunhal no processo penal**. 2005. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI14901,71043-A+credibilidade+da+prova+testemunhal+no+processo+penal>> Acesso em: 23 jan 2016.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 18ª. Ed., 2013.

PEREIRA, Daniel de Menezes. **Aspectos Históricos e Atuais da Perícia Médico Legal e sua Possibilidade de Evolução**. *Dissertação*. (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. 2013.

PUERARI, Daniel Navarro; PORTES, Marco Antônio de Araujo e GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. **Autonomia da Prova Técnica no Processo**. *Colloquium Humanarum*, vol. 11, n. Especial, 2014, p. 459-464.

-
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Lumen Juris, 2010.
- ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Editores del Puerto, 2000.
- SÁ, Antônio Lopes de. **Perícia Contábil**. 10. Ed. Atlas, 2011.
- SANTIAGO, Elizeu. **Criminalística Comentada**. Millennium Ed. 2014, 142p.
- SANTOS. Moacir Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial**. V. 5. Max Limonad, 1955.
- SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia jurídica**. Saraiva. 1987. 100p.
- SMITH, Frederick Paul e KIDWELL, D.A. Accreditation of Forensic Science Laboratories. In: SIEGEL, Jay; KNUPFER, Genevieve. e SAUKKO, Paula. **Encyclopedia of Forensic Science**. Elsevier, 2000. p.59-64.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista da EMERJ**. 9(35), p. 15-48, 2006.
- TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2ªed.. Konfino, 1978.
- TUMA, Romeu. **Parecer nº 1.121 de 2001**. Comissão de Constituição e Justiça, Senado Federal, 2001
- USA. US-Courts. **Rule 706**. Court-Appointed Expert Witnesses. 1975
- VANRELL, Jorge Paulete. **Odontologia Legal e Antropologia Forense**, 2ª. Ed. Ganabara Koogan, 2012.

Recebido em: 26/05/2016 / Revisões requeridas em: 12/10/2016 / Aprovado em: 17/10/2016