

COLEÇÃO Raciocínio
Probatório

Coordenação:
VITOR DE PAULA RAMOS

Prova pericial

Da Prova Científica à Prova Pericial

CARMEN VÁZQUEZ

Tradução:

VITOR DE PAULA RAMOS

Prefácio: GUSTAVO BADARÓ

2021

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO 41.

O PERITO DE CONFIANÇA DOS JUÍZES. POR UM MODELO DEFERENCIALISTA.

1. O PERITO DO JUIZ E AS RAZÕES INTERPESSOAIS

Um perito nomeado pelo juiz pode ser caracterizado porque sua seleção não depende dos resultados de suas operações periciais e/ou de suas afirmações, sendo prévia a esses, entregando seu laudo pericial depois de ter sido selecionado. Ademais, porque sua atuação não se limita às afirmações que possa fazer, sendo as operações periciais correspondentes realizadas já no contexto do processo judicial; por essa razão a qualidade dessas operações é suscetível de diversos controles, dada, por exemplo, a potencial presença e participação de algum membro do tribunal ou das próprias partes (seja mediante seu advogado, ou mesmo de seu próprio *expert*) durante seu desenvolvimento.

Pois bem, sustentarei que a nomeação de um perito desse tipo, na medida do possível, não deve ocorrer de forma alguma que não uma que permita a seleção de um perito genuinamente *confiável para* o juiz. O ponto importante dessa instituição estaria, então, em que devem haver razões para crer no *expert* que será nomeado judicialmente. Por essa razão, defenderei que quando se trata de um perito nomeado pelo juiz, já em sua designação devem aparecer componentes epistêmicos centrais aos quais se deve prestar atenção.

O perito nomeado pelo juiz seria, assim, epistemologicamente diferente do perito selecionado pela parte; não por ter uma origem imparcial, mas sim pelo fato de o juiz ter valorado a *confiabilidade* de um suposto *expert* e fundado nessa sua nomeação como perito em um caso concreto. Evidentemente, nos casos em que o direito lhe outorga faculdade para tanto. Daí que o perito assim nomeado seja chamado de perito de confiança dos juízes, e não perito oficial ou perito judicial. O plural no termo “juízes” deve-se à normatividade da confiabilidade, isto é, se um *expert* é confiável *ceteris paribus* deve sê-lo para qualquer juiz, não só para aquele que o nomear¹. Pois bem, tanto por simplicidade expositiva como para enfatizar a valoração que o respectivo juiz faz, algumas vezes (falei e) falarei também de perito de confiança do juiz.

Assim, pois, o objetivo será oferecer uma proposta normativa que reja a produção da prova pericial naqueles casos

1. Considerando essa normatividade da confiabilidade do perito, também seria necessário prever possíveis limites para que um perito de confiança do juiz não mude em caso de mudança do juiz que o selecionou.

em que se possa optar por um perito nomeado judicialmente², *i.e.*, escolhido pelo juiz concretamente mediante a atribuição de autoridade teórica e a valoração de seus incentivos para atuar de certa forma. Para isso, será indispensável uma análise mais cuidadosa desses critérios empregados para a designação de peritos e, por óbvio, das consequências epistêmicas que acarreta, considerando que se busca estabelecer uma relação interpessoal entre o *expert* e o juiz que justifique a aquisição de conhecimento vicário mediante um testemunho pericial. Então, adiante falarei do perito de confiança dos juízes ou do juiz, confiança que, como será visto, vai muito além de sua mera nomeação³.

-
2. Devo advertir de que não entrarei na discussão de *política processual* sobre quais deveriam ser os casos concretos em que se poderia optar por um perito de confiança do juiz: por exemplo, se se deveria deixar ao arbítrio das partes a solicitação desses, ou uma espécie de cláusula de fechamento para evitar cerceamento de defesa; se seria subsidiário ao perito de parte, ou se, ao invés disso, se trataria de uma dualidade ou pluralidade de sistemas. Meu objetivo é unicamente oferecer argumentos epistêmicos para a produção adequada do testemunho pericial quando se decide que é o julgador que deve escolher o perito.
 3. Em termos gerais, possivelmente seja muito mais fácil conceber essa opção em sistemas de direito romano-germânico, seja porque o uso de peritos oficiais ou do juiz foi muito mais frequente nesses sistemas, seja porque a atividade probatória do juiz foi tradicionalmente muito mais ativa do que em sistemas do *common law*, ou mesmo porque é possível que as próprias partes de um processo requeiram a designação de um perito por parte do juiz. Mais do que isso, algumas vezes os juízes não só possuem faculdades de determinar de ofício provas (iniciativa probatória), mas também contam com mecanismos como as *medidas para mejor prover**, com o fim de completar as provas já produzidas.

Também é possível que o parágrafo anterior admita matizes e que, por exemplo, em matéria penal os juízes do *common law* se acerquem mais em relação às faculdades probatórias do juiz de direito romano germânico. Em todo caso, esse trabalho aborda uma análise teórica não constricta a esses sistemas.

Para conseguir o anterior, e para fins de maior clareza no tratamento dos diferentes temas, da mesma forma que no capítulo anterior, procurarei classificar os problemas dessa prova pericial atendendo as diversas fases processuais: admissão, produção e valoração.

Na admissão, como já disse, tem-se um componente epistêmico muito mais forte do que no caso do perito de parte. Enquanto no capítulo anterior sustentei que se poderia diferenciar o que é um perito de parte da valoração epistêmica das afirmações realizadas por esse para sua incorporação ao raciocínio probatório, aqui a situação é muito diferente, dado que para a seleção do perito se prevê uma avaliação epistêmica que forneça ao juiz razões para crer no perito⁴. Por essa razão, é a partir da própria nomeação que o juiz, *qua* audiência, se situa em uma relação concreta com o perito, ao confiar nele como testemunha *expert*.

Por outro lado, na produção do tipo de prova pericial em questão, delinear-se-á como deveria ser a emissão e a contradita substancial dessa, sendo o contexto em que o perito de confiança dos juízes assume a obrigação de responder a todos os questionamentos sobre o conteúdo afirmado com base nas operações periciais realizadas ou as generalizações correspondentes. Em razão disso, nesse contexto, guarda suma relevância

*N. do T. *Medidas para mejor prover* são um mecanismo judicial para, por exemplo, solicitar provas antes da tomada da decisão. *Para mejor prover* quer dizer "para decidir melhor".

4. Vale a pena recordar que assumirei fundamentalmente a perspectiva do juiz e suas atividades em cada uma de tais fases, independentemente dos interesses das partes.

um adequado exercício do princípio do contraditório das partes, que, além de favorecer a qualidade da informação contida no laudo pericial correspondente, garante seu direito à prova; sem esquecer, por óbvio, da previsão do mesmo princípio do contraditório como ferramenta cognoscitiva, analisado no capítulo anterior.

E para finalizar este capítulo, analisar-se-á o que significaria valorar livremente o testemunho pericial de confiança do juiz em um modelo que tende à deferência racional em relação ao *expert* confiável que satisfaz as necessidades epistêmicas do caso em questão identificadas pelo juiz. Um tipo de deferência em relação a um *expert* que implica distinguir autoridade prática de autoridade teórica, de modo que a justificação testemunhal em questão aluda unicamente a essa última, e em relação a questões determinadas. Essa distinção de funções, como será visto, evita acabar transformando o perito em julgador dos fatos, o que parece ser uma das principais preocupações no campo da prova pericial em geral.

Nos últimos anos presenciamos uma forte tendência dos sistemas jurídicos a reduzir ao máximo os casos em que seria cabível um perito oficial, optando, como regra geral, por um perito selecionado pelas partes. Entre as boas razões dadas para isso cabe destacar que, diante da pressuposta imparcialidade do perito oficial, os juízes poderiam ter com ele uma deferência irracional fundada erroneamente em sua institucionalização; ou que a seleção do perito acaba sendo uma questão abandonada à sorte, gerando, então, uma perda de recursos econômicos e/ou temporais etc., quando resultar inadequado o perito nomeado de tal maneira.

Não obstante, ao invés de repensar a instituição do perito nomeado de alguma maneira pelo juiz, aproveitando os benefícios que poderia oferecer, optou-se por “solucionar” o problema diminuindo sua incidência nos processos judiciais. Pelo contrário, creio que pensar em como melhorar essa instituição enriquece o cabedal de conhecimentos técnicos disponíveis para os juízes no cumprimento de sua tarefa. O objetivo deste capítulo é precisamente fornecer ferramentas para isso.

2. O JUIZ E O PERITO A SER SELECIONADO

Da mesma forma como no capítulo anterior, vale a pena reiterar que a prova pericial é um tipo do que na epistemologia se chama testemunho. Independentemente das diferenças jurídicas entre uma prova pericial e uma prova testemunhal, o ponto epistemologicamente relevante é que se trata de um complexo ato de comunicação, que tem como objetivo a aquisição de crenças justificadas, ou conhecimento⁵. Nesse participam dois sujeitos, um deles como potencial informante para outro que carece da informação que esse pode lhe levar a conhecer; esses são identificados como falante e audiência, respectivamente.

Já disse antes que tradicionalmente se prestou maior atenção em quem é o *expert* e não em como aprendemos dos *experts*, e isso poderia ser explicado com um fundamento epistemológico. É dizer, foi uma constante na epistemologia do

5. Como já advertido em outras ocasiões neste trabalho, obviamente mediante o testemunho se adquire conhecimento proposicional, não *expertise* como propriedade disposicional (*i.e.*, não se é um *expert*).

testemunho a adoção de um modelo hereditário, isto é, de um modelo que considera que a audiência simplesmente *herda* as qualidades epistêmicas que o falante possui sobre as afirmações que realiza. Assim, a audiência creia que P a partir da afirmação da crença de que P por parte do falante; então, a crença da audiência herdaria qualquer justificação tida pelo próprio falante para sua crença.

Se isso fosse assim, o núcleo da epistemologia do testemunho efetivamente estaria exclusivamente no falante (concretamente, na justificação de seu estado mental), podendo a audiência herdar a justificação das afirmações realizadas por esse. Não obstante, também como visto no capítulo anterior, há vários argumentos contra tal tese, entre eles, que a audiência não herda as possíveis derrotantes tidas pelo falante e que essa poderia adotar atitudes cognoscitivas contrárias à justificação epistêmica⁶.

Para dar conta do conhecimento testemunhal requer-se um marco teórico que considere os agentes epistêmicos em jogo⁷. Pois bem, dadas as diferenças entre uma prova pericial de parte e uma prova pericial oficial, assumo que o testemunho pericial não é uma categoria unitária e, por isso, que a justificação testemunhal de cada tipo depende de questões diferentes.

Diferentemente da prova pericial de parte, em que são apresentadas ao juiz certas *afirmações* de um suposto *expert*

6. Vejam-se pp. 97 e ss. e 311 e ss.

7. E não, como parece supor STEIN (1893: 62), quando afirma que o juiz converte em percepção própria a explicação técnica do perito de sua confiança; afirmação que, desde logo, é um exemplo claro de uma posição reducionista do testemunho.

escolhido por essa, há outra categoria em que se tem a possibilidade de determinar os limites da perícia e, ainda, de *seleccionar* o perito. Uma vez que essa última categoria de prova pericial é a que agora interessa, o necessário para uma concepção da justificação do conhecimento testemunhal é que essa permita reconstruir precisamente a nomeação feita do *expert* que o juiz considera capaz de satisfazer as necessidades epistêmicas de um caso concreto.

Uma concepção adequada para o objetivo antes proposto é considerar que o testemunho fornece razões interpessoais para crer. É dizer, que a aquisição de crenças ou de conhecimento se justifica na interação entre dois agentes, em que há expectativas fundadas sobre um desses e a sujeição do outro em relação a certa reação, a partir precisamente de tais expectativas. Isso acarreta que nesses casos um agente racional não seja o único responsável pela justificação de suas crenças, adquirindo, então, conhecimento vicário de segunda mão.

Para fins, então, de reconstruir a prova pericial realizada por um *expert* selecionado pelo juiz, vale a pena desenvolver três argumentos da mencionada concepção do testemunho para depois explicar como o juiz poderia adquirir crenças justificadas a partir do perito confiável. A saber:

- i) as razões interpessoais têm lugar em uma relação de confiança;
- ii) o falante deve ser um bom informante, e
- iii) em tal relação, a audiência goza de uma prerrogativa epistêmica.

2.1. A relação entre eles

Se assumimos que para nomear um perito o juiz deva definir o objeto da perícia e buscar o perito que lhe possa satisfazer, então a relação que se estabelece entre esses se inicia com um informante respondendo a outro sujeito com certa necessidade epistêmica. O falante dirige-se direta e/ou especificamente à audiência em questão, razão pela qual não se trata unicamente de afirmar algo perante outro, mas de dar-lhe conta de algo⁸. Por isso, poder-se-ia falar de certa intenção explícita do falante de compartilhar informação *com* a audiência e da expectativa de que se creia em sua palavra em relação a P⁹. Tudo isso levaria a afirmar que oferecer um testemunho e

-
8. Alguns autores na literatura sobre o testemunho, como o próprio HINCHMAN (2005: 587), identificam concretamente o ato de dar conta de algo com as promessas, ou, em termos mais gerais, as assertivas (*assertion*), como é o caso de FRICKER (2006: 595), observando seu aspecto performativo. Assim, pois, do mesmo modo que nas promessas o promitente, mediante seu ato de fala, se compromete em relação a um estado de coisas, no ato de dar conta o falante se responsabiliza ou avaliza a veracidade da proposição que formula.
 9. MORAN (2006: 280), colocando mais ênfase no falante, afirma que o ato de dar conta é fazer uma afirmação com o entendimento de que vai subentendida a confiabilidade de sua palavra.

Poder-se-ia dizer que nessa concepção a transferência de conhecimento mediante o testemunho é paradigmaticamente linguística, mas não restrita à comunicação linguística. Trata-se de um ato de fala ilocutório que, nas palavras de AUSTIN (1962: 144), se "leva a cabo um ato *ao* dizer, como coisa diferente *de* dizer algo". Diferenciando entre os atos ilocutórios e os efeitos ou consequências que os atos ilocutórios possuem naqueles que os escutam, haveria que dizer que sendo "típico que certos atos ilocutórios tenham que ser realizados intencionalmente" (SEARLE, 1998: 125), "[o] falante tem a intenção de produzir um certo efeito ilocutório fazendo com que o ouvinte reconheça sua intenção de produzir esse efeito" (SEARLE, 1969: 68). Entretanto, como fez AUSTIN (1962: 161), há que distinguir entre o ato ilocutório ter certo efeito para que seja exitoso e a afirmação de que o ato ilocutório consiste em lograr certo efeito.

aceitar um conteúdo testemunhal é uma prática que depende das expectativas *compartilhadas* pelos agentes que participam desse ato de comunicação¹⁰. Havendo um reconhecimento mútuo entre a audiência e o falante é possível qualificar tal relação de interpessoal.

Visto que não se trata de qualquer tipo de expectativas sobre o comportamento dos agentes que participam de uma relação interpessoal, mas de expectativas fundadas em certo *interesse ou cuidado* do falante em relação à audiência, estamos, então, falando de relações de confiança¹¹. Entenda-se bem, não se trata somente de expectativas inferidas da regularidade do comportamento do falante, mas de que a presença da audiência é fundamental para avaliar tal comportamento; sem essa, o falante provavelmente se comportaria de uma maneira distinta, ou teria outras questões a considerar para seu comportamento¹². Com o que foi dito até aqui, então, confiar

10. Tudo isso pressupõe uma diferença substancial nem sempre percebida, de que se trata de uma noção mais restrita de "testemunho", já que não inclui qualquer afirmação do falante diante de um terceiro, mas somente aquelas em que explicitamente esse está tentando comunicar informação a uma determinada audiência. Assim, pois, o âmbito das relações relevantes se situa entre pessoas implicadas nessa relação.

11. Há uma pluralidade de formas nas quais se fala de confiança. Vale a pena advertir que as diversas concepções da confiança têm lugar em cenários tão distintos como a filosofia moral, a sociologia, a filosofia política e a epistemologia; da mesma forma, tentam dar conta da confiança em contextos muito diferentes, não só entre sujeitos, mas de indivíduos em relação a determinado tipo de coletividades, como o governo, a sociedade etc.

12. FAULKNER (2011: 25) distingue um sentido preditivo de um sentido afetivo da noção de confiança. A confiança preditiva dependeria da expectativa de que um resultado ou uma consequência ocorresse; por outro lado, a confiança afetiva esperaria certas coisas por parte do falante. Segundo ele (FAULKNER, 2011: 145 e ss.), o que *prima facie* vai chamado