

DO JULGAMENTO DA CIÊNCIA À CIÊNCIA EM JULGAMENTO

TRIAL BY SCIENCE AND SCIENCE IN TRIAL

Maria Clara Calheiros

Doutora. Professora Catedrática da Escola de Direito da Universidade do Minho (Portugal).
E-mail: claracc@direito.uminho.pt.

Convidada

RESUMO: O texto de Brecht sobre a vida de Galileu, uma peça de teatro com o título traduzido para português “Vida de Galileu”, serve de mote para a análise que o texto se propõe realizar sobre as intersecções que se estabelecem entre o Direito e a(s) Ciência(s). Ante a importância crescente que a prova dita científica vem granjeando nos processos judiciais, a autora propõe-se indagar qual a visão da ciência que prevalece nos meios judiciais e como esta contribui, em que medida e com que desafios, para o esforço de conhecimento dos factos sujeitos a juízo. O percurso realizado visita, de modo comparativo, as experiências do direito norte-americano e do direito europeu de matriz civilista, em particular o português. Tal como resulta do texto de Brecht sobre o julgamento de Galileu, também o recurso à ciência e a participação dos homens da ciência nos processos judiciais, na nossa actualidade, não se faz sem concessões, compromissos e sacrifícios.

Palavras-chave: Prova. Verdade. Filosofia da ciencia. Perícia. Cientificidade.

ABSTRACT: Brecht’s play on the life of Galileo serves as a motto for the author’s analysis of the relevant existing intersections between Law and Science(s). Bearing in mind the growing impact in trials of the so-called scientific evidence, the paper aims to inquire what concept of science prevails among lawyers. Moreover, it seems paramount to understand how this concept of science contributes – to what extent and limitations – to the judicial fact-finding. To seek the answers needed, the author draws a comparative analysis of the legal practice in common law jurisdictions, i.e. the North American, and in European civil law countries such as Portugal. As one can conclude from the reading of Brecht’s play on the trial of Galileo, the use of science and the contributions of men of science in judicial proceedings today is not without concessions, compromises, or sacrifices.

Keywords: Evidence. Truth. Philosophy of science. Expert witness. Scientific criteria

SUMÁRIO: I 1 A figura histórica de Galileu: o julgamento da ciência. 2 A ciência e a sua evolução no séc. XIX. 3 O repensar da ciência no séc. XX. Contributos da filosofia da ciência. 4 A Visão do Jurista sobre a Ciência: a persistência do paradigma racionalista. II 1 A Ciência e a realização do Direito. O acolhimento das perícias como prova. 2 Modelos de acolhimento das perícias – o modelo continental (português) e o modelo anglo-saxónico. Referencias.

Nesta nossa reflexão, a propósito do tema geral escolhido para as Jornadas da ABRAFI, em torno de Direito, Ciência e Política, tomaremos por ponto de partida a leitura de um excerto de uma peça de teatro de Bertolt BRECHT¹. A peça em causa tem por personagem central Galileu, o ilustre matemático, físico e astrónomo italiano, que viveu nos séculos XVI e XVII, e é aqui apresentado no final da sua vida. A passagem reproduzida, que nos serve de mote, tem, a nosso ver, e para os nossos propósitos, um carácter simbólico, quer pela figura histórica de Galileu em si, quer pelas palavras que BRECHT escolheu colocar na sua boca e que sintetizam alguns dos temas centrais tocados pela peça: o dogmatismo, a evidência científica, a relação entre os homens da ciência, o poder e a sociedade.

A uma audiência de juristas pode causar estranheza que se inicie uma exposição, cujo objecto principal, como irão ver, é a reflexão sobre a prova pericial, falando de Galileu e trazendo-o à cena pela via da dramaturgia. No entanto, temos esperança de conseguir, assim, tornar mais compreensível a complexidade das questões que são suscitadas por aquela prova. Pedimos, pois, a indulgência do nosso público para este início heterodoxo.

Antes de, verdadeiramente, dar começo ao tratamento dos tópicos que alinhámos, é necessário que se proceda a uma breve esquematização do modo como estruturámos a nossa apresentação. Na sua abertura, será feita uma sucinta referência à figura de Galileu e ao modo como o seu drama pessoal corporiza a época em que viveu e a mudança de mentalidades a que nela se

¹ Pedimos desculpa ao leitor pela extensão da citação, mas pensamos que é importante reproduzir aqui, literalmente, o discurso que BRECHT coloca na boca da Galileu: “GALILEU – Nas minhas horas vagas, que são muitas, tenho meditado profundamente sobre o meu caso, pensando de que maneira o julgará o mundo da ciência, do qual considero que já não faço parte. Até mesmo um comerciante de lã tem a obrigação de se preocupar, não só com a compra barata e a venda mais cara, mas também com o facto de o comércio de lã poder continuar a processar-se normalmente, sem quaisquer entraves. A prática da ciência, neste aspecto, parece-me requerer uma especial coragem. Ocupa-se do saber, que se obtém através da dúvida. Dando a todos o conhecimento de todas as coisas, a ciência aspira a transformar todos em cépticos. Mas a maior parte da população é mantida pelos príncipes, pelos senhores, e pelos padres numa atmosfera nacarada de superstição e velhas fórmulas, que esconde as suas maquinações. O sofrimento da maioria é velho como a montanha, e a Igreja e a Universidade declaram-no indestrutível, como a própria montanha. A nossa nova arte de duvidar fascinou o grande público, que nos arrancou o telescópio da mão e o apontou para os seus algozes. Estes homens egoístas e violentos que avidamente se apropriaram dos frutos da ciência, sentiram, ao mesmo tempo, o frio olhar da ciência pousado numa miséria milenária mas artificial, que podia manifestamente ser eliminada, quando eles próprios fossem também eliminados. Vieram então encher-nos de ameaças e subornos, a que uma alma fraca não sabe resistir. Mas podemos nós recusar-nos à multidão e continuar, mesmo assim, a ser cientistas? Os movimentos dos corpos celestes tornaram-se mais nítidos; mas para o povo o movimento dos senhores continuou ainda a ser imprevisível. A luta para que o céu se tornasse mensurável foi ganha através da dúvida. Mas a luta da dona de casa pelo leite, todos os dias é perdida através da credulidade. A ciência, Sarti, está ligada a estas duas lutas. Uma Humanidade perdida nesta atmosfera nacarada de milénios de superstição e velhas fórmulas, demasiado ignorante para desenvolver plenamente as suas próprias forças, nunca será capaz de desenvolver as forças da Natureza que vocês vão pondo a descoberto. Qual a finalidade do vosso trabalho? Considero que a única finalidade da ciência consiste em aliviar o peso da existência humana. No dia em que cientistas, intimidados por aqueles que interesseiramente detêm o poder, se contentarem apenas com a acumulação de conhecimentos, pelo prazer do conhecimento, nesse dia a ciência pode ser transformada em aleijão e as vossas novas máquinas poderão significar apenas novos tormentos. É possível que com o tempo vocês venham a descobrir tudo o que há para descobrir, mas esse progresso será apenas um afastamento em relação à Humanidade. O abismo entre vocês e ela pode tornar-se tão grande, que um dia, quando gritarem alegres com qualquer nova aquisição, podem ouvir em resposta um grito universal de horror. Eu tinha como cientista uma possibilidade única. Foi no meu tempo que a astronomia chegou às praças públicas. Em circunstâncias tão excepcionais, a firmeza de um homem podia ter provocado grandes alterações. Se eu tivesse resistido, os cientistas poderiam ter elaborado algo de semelhante ao juramento hipocrático dos médicos, a promessa de utilizar exclusivamente o seu saber para bem da Humanidade! Mas tal como as coisas estão agora, o máximo que se pode esperar é uma raça de pigmeus engenhosos, que poderão ser alugados para fazer seja o que for. Além do mais, Sarti, adquiri a convicção de que nunca cheguei a estar realmente em perigo. Durante alguns anos fui tão forte como as autoridades. E entreguei a minha ciência aos governantes, para fazerem uso dela, ou não fazerem uso dela, ou ainda fazerem mau uso dela, como melhor lhes convier. Atraíçoei a minha profissão. Um homem que faz o que eu fiz não pode ser tolerado nas fileiras da ciência.”

BRECHT, Bertolt, Vida de Galileu, trad. portuguesa, in “Teatro V”, Portugalia Editora.

começa a assistir. Na sua sequência, daremos conta da cristalização de uma certa ideia ou modelo de ciência que se presencia no século XIX e que perdura até hoje - como teremos ocasião de observar - quer na sociedade em geral, quer na comunidade jurídica em particular. Daí passaremos a tentar demonstrar como a filosofia da ciência, por diversas mãos, veio ajudar a desconstruir esta imagem cristalizada da ciência, embora com pouco eco em determinados sectores sociais, em especial no que toca ao Direito. Esta primeira parte do nosso texto será concluída com a análise do modelo de ciência que parece ser prevalente naquele último espectro do saber e que, de modo anacrónico, continua a reconduzir-nos aos paradigmas racionalistas, fazendo tábua rasa (na verdade, ignorando) tudo quanto se debateu e escreveu, ao longo do século XX, sobre a cientificidade, a objectividade do conhecimento e o significado do “racional.” Falamos, no fundo, da “fascinação tecnicista e cientificista”² que domina, de igual modo, as elites culturais e o homem comum.

Depois de feito este enquadramento geral, a segunda parte do texto será dedicada, a modo de *mise en scène*, a fazer entrar em palco os actores do mundo judicial que fazem parte da nossa peça: os juízes, advogados, peritos e as partes. Inicialmente, far-se-á uma alusão breve à evolução dos distintos sistemas de prova, em particular, mencionando as razões da passagem de um sistema de prova legal a um sistema de prova livre, e procurando sublinhar a dimensão aspiracional que teve esta evolução, certamente articulada com uma vontade social de combater o arbítrio e a irracionalidade. Neste sentido, começa a desenhar-se até uma ideia optimista de progresso para etapas mais avançadas de realização da certeza jurídica, que culminariam na “prova científica”. É, pois, porque a ciência se converte em técnica que ela vai surgir como instrumento útil ao serviço da aplicação judicial do Direito.

Falaremos, a este propósito, do modo como a prova científica foi sendo acolhida nas formulações legais, em especial em Portugal. Verificaremos não haver uniformidade no seu tratamento, em particular no modo como deve o juiz apreciá-la.

Neste ponto da nossa exposição, acolher-se-á uma reflexão, que toma por base, e inspiração, a dimensão comparativa, com a realidade anglo-saxónica, em particular, com o modelo norte-americano (já que o inglês apresenta diferenças significativas, que fogem ao interesse central da comparação). Traçaremos de modo descritivo, em primeiro lugar, e valorativo, seguidamente, o quadro de aplicação da chamada “doutrina Daubert” e que implica a adopção de um certo conceito de ciência. Numa perspectiva crítica, não se poderá deixar de fazer alusão às patologias deste sistema, designadamente, aos fenómenos da *junk science* e do *expert shopping*, afinal os “pigmeus engenhosos, que podem ser alugados para fazer seja o que for”, de que fala Galileu, de modo crú, na peça de BRECHT. Este quadro comparativo será o espelho em que procuraremos reflectir a realidade do direito continental europeu, em particular no que respeita ao modelo seguido em Portugal. Também aqui se fará uma reflexão sobre as patologias do sistema e os riscos que comporta, em especial o de que a decisão se entenda “expropriada” pelo perito. Em conclusão, far-se-á uma última menção às dificuldades evidentes, em qualquer sistema, de apreciação da prova científica.

I.

“...A luta para que o céu se tornasse mensurável foi ganha através da dúvida...”

1 A FIGURA HISTÓRICA DE GALILEU: O JULGAMENTO DA CIÊNCIA

a) A Europa de Galileu: um novo espaço político e “mental”

² GUSDORF, *De l'histoire des sciences à l'histoire de la pensée*, vol. I, Paris: Editions Payot, 1977, p. 9.

Concluída esta apresentação do objecto do nosso texto e da sua planificação, regressemos a Galileu e ao texto de Brecht. No excerto que tiveram oportunidade de ler, um Galileu desencantado e envelhecido produz uma amarga reflexão sobre a oportunidade, que perdeu, de quebrar a submissão social do homem aos dogmas - muitas vezes meras falácias cristalizadas pelo poder - através do questionamento e da dúvida, ao ter sucumbido às imposições da Inquisição. Há dois aspectos que importa aqui salientar: o primeiro diz respeito ao confronto entre a nova ciência e o dogmatismo; o segundo, alude à impossibilidade de a ciência servir a dois senhores: o poder socialmente instituído e o Homem. No que respeita ao serviço a este último, Galileu manifesta a preferência por um conceito de ciência que seja submetido a um critério de utilidade, de “possível disposição técnica”³. Afirma-se, claramente, no texto: “Considero que a única finalidade da ciência consiste em aliviar o peso da existência humana”.

Com efeito, a encenação de Brecht não trai a realidade histórica: no julgamento de Galileu está presente e encarnado o conflito, entre distintas mentalidades, presente na Europa do séc. XVII. Esta caracteriza-se pela progressiva consolidação, dentro das linhas (agora mais clarificadas) das fronteiras entre nações europeias, das culturas e línguas. Em pinceladas leves, diremos que o novo fenómeno de concentração de poder social, a secularização do saber (da ciência, no sentido mais amplo do termo), a nacionalização da cultura, a emancipação da razão face às verdades teológicas, a deslocação do epicentro do poder económico, político, cultural, do Sul para o Norte da Europa, tudo isto nos permite falar da emergência de um novo espaço político e mental no velho continente, no tempo em que viveu Galileu. À antiga unidade medieval consubstanciada na pertença comum à Igreja universal e no funcionamento das Universidades, sucede agora uma outra ideia de universalidade que nos remete para o conhecimento e a razão, comum a todos os homens⁴.

b) A revolução copernicana: implicações epistemológicas

Neste novo contexto, a figura histórica de Galileu assumirá um carácter emblemático, na medida em que representa uma nova atitude mental do homem na sua relação consigo mesmo e com o mundo. Com efeito, em alternativa às explicações dogmáticas, assentes em verdades reveladas, que descreviam um cosmos em que todos os seres ocupavam um lugar determinado pelos desígnios de Deus, surge agora a ideia de que cabe ao Homem compreender, por si, segundo as leis da razão, os fenómenos que o rodeiam. A revolução copernicana de que Galileu é também⁵ obreiro, mas sobretudo símbolo, tem um duplo significado: ela não se limita a traduzir uma nova reordenação dos corpos celestes, colocando o Sol no lugar anteriormente ocupado pela Terra; simultaneamente, traduz o novo centralismo assumido pela razão humana nas tarefas do conhecimento. Ou seja, a revolução copernicana é uma revolução epistemológica. Doravante, a verdade deve ser descoberta pelo Homem, através da interrogação constante do mundo, pelo

³ HABERMAS, *Técnica e Ciência como “ideologia”*, Lisboa: Edições 70, 1997, p. 66. Explica este autor: “As ciências modernas geram por isso um saber que, pela sua forma (não pela sua intenção subjectiva), é um saber tecnicamente utilizável, embora as oportunidades de aplicação, em geral, só tenham surgido posteriormente. Até ao fim do século XIX, não existiu uma interdependência de ciências e técnica. Até então, a ciência moderna não contribuiu para a aceleração do desenvolvimento técnico e, portanto, também não para a pressão racionalizante que se exerce a partir de baixo.” *Ibidem*, p. 67.

⁴ Cf. GUSDORF, Georges, *La révolution galiléenne*, Vol. I, Paris, Payot, 1969, pp. 15-31.

⁵ Na verdade, cremos que KUHN tem razão ao afirmar que a revolução copernicana é, na realidade, um fenómeno plural, no sentido em que nele confluem distintas revoluções cosmológicas, físicas, filosóficas, não sendo obra de um sábio ermita, mas antes a consequência do entrecruzamento de conceitos provenientes de distintos campos epistemológicos. Diz o autor: “Though his [Copernicus’] *De Revolutionibus* consists principally of mathematical formulas, tables and diagrams, it could only be assimilated by men able to create a new physics, a new conception of space, and a new idea of man’s relation to God. Creative interdisciplinary ties like these play many and varied roles in the Copernican Revolution.” Cf. KUHN, Thomas, *The Copernican Revolution*, Massachussets: Harvard Press, 1957, p. VII.

cultivo da dúvida. Lembremos as palavras que Brecht colocou na sua boca: “*Dando a todos o conhecimento de todas as coisas, a ciência aspira a transformar todos em cépticos*”.

Uma tal transformação não poderia, todavia, ocorrer sem confrontos e drama. E aqui, mais uma vez, Galileu será o protagonista do episódio que consubstancia o choque entre mentalidades (poderíamos dizer mundos?). O seu julgamento e condenação por heresia em 1632, é também um julgamento da nova ciência que Galileu representava, na perspectiva da Igreja, ao ter subscrito e defendido a teoria de Copérnico segundo a qual o Sol ocupava o lugar central do sistema solar. A Igreja intuiu, e bem, que muito mais estava em jogo: no fundo, do que se tratava era de uma ameaça a uma ordenação ontológica na qual o Homem ocupava um lugar especial, na criação divina⁶. A revolução Coperniciana introduzia, nessa medida, uma perturbação grave na relação estabelecida entre a Humanidade e a totalidade do real, pela mediação de Deus. Mas, afinal, que significado e consequências tem a condenação de Galileu? Uma coisa é hoje muito clara: a condenação de Galileu Galilei não significa a derrota da nova ciência. Muito pelo contrário.

O mérito de Galileu é o de ter “feito descer a ciência do céu sobre a terra; de um só golpe ter dessacralizado o céu e humanizado a ciência”⁷, com consequências sociais incontornáveis, como dirá o próprio, na obra de Brecht: “A nossa nova arte de duvidar fascinou o grande público, que nos arrancou o telescópio da mão e o apontou para os seus algozes.” Ora, contra isto a condenação de Galileu nada pode.

c) O julgamento de Galileu e as suas leituras e implicações

O texto de Brecht evoca, ainda, um outro julgamento dentro do julgamento. Galileu questiona-se sobre o modo como, no futuro, será julgado pelos seus pares. O pretexto é o episódio com que termina o seu processo: a abjuração das suas teorias, em joelhos, diante dos seus inquisidores e por ordem do Papa Urbano VIII, a 22 de Junho de 1633, com 69 anos de idade. A cedência de Galileu face ao poder é, na peça de teatro, de modo simbólico, a submissão da ciência aos arbítrios dos tiranos, numa alusão mais contemporânea às reflexões críticas que, nos séc. XIX e XX, serão produzidas sobre a relação entre ciência e sociedade.

A verdade é que, até à sua morte, o infeliz protagonista não renuncia, de facto, às suas teorias e método, mas tal não irá impedir o seu julgamento póstumo. Com efeito, sobretudo em meados do século XX, pela pena de HUSSERL, HORKHEIMER e ANDORNO, vêm à luz acusações renovadas ao Professor de Pádua, por, ao proceder à matematização da natureza, ter contribuído para a cristalização da atitude ingénuo de identificação entre o mundo objectivo e o universo de tudo o que é⁸.

⁶ Neste sentido, afirma GUSDORF: “Dans la mesure où le savoir établi était un savoir intègre, toute modification importante devait mettre en question de proche en proche l'équilibre du système. Les théologiens qui jugent Galilée sont les gardiens suprêmes d'une culture. Peu importe à leurs yeux que les arguments de Galilée puissent être valables selon l'ordre d'une certaine intelligibilité astronomique. L'astronomie n'a pas le droit de se donner raison toute seule; il ne saurait y avoir de vérité séparée. *La révolution galiléenne, op. cit.*, p. 75. Este mesmo autor salienta, portanto, que a condenação de Galileu não é um erro judiciário, alimentado pela ignorância, mas a expressão da consciência do perigo que as novas concepções astronómicas representam para a “topologia da inteligibilidade” estabelecida, onde a ordem divina dos céus era o modelo da ordem terrestre.

⁷ GUSDORF, Georges, *La révolution galiléenne, op. cit.*, p. 78.

⁸ Cf. ROSSI, Paolo, *A ciência e a filosofia dos modernos*, São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1992, pp. 15, 16 e 17. Este autor sintetiza as críticas dirigidas à Revolução Científica e a Galileu desta forma: “A este clima de cultura estão relacionados, para entender o seu sentido, muitos dos discursos contemporâneos sobre as origens da ciência moderna, sobre o significado e o valor daquela Revolução Científica que permanece, para o bem e para o mal, nas raízes da civilização moderna. Se a fetichização da ciência está ligada ao empreendimento científico como tal, se a ciência é aquilo que aliena e desumaniza o homem, se a “teoria” tem por si mesma uma função coisificante e reificante, se as raízes de uma sociedade desumana não dependem da sua organização capitalística, mas da ciência “em geral”, se o trabalho é uma maldição que perpetua a estrutura repressiva da sociedade; então, é claro que aos chamados fundadores do pensamento moderno e aos maiores teóricos da Revolução Científica podem ser atribuídas

Há, ainda, uma última lição que a figura histórica de Galileu nos pode ensinar: a de que há que pagar um preço por se ter razão antes de tempo. Na verdade, muitos dirão, bastante mais tarde, que esse foi, afinal, o seu único erro, e procurarão invocar o seu exemplo para justificar a necessidade de não rejeitar liminarmente aqueles membros da comunidade científica que se afastam da *mainstream* ou ortodoxia científica. Voltaremos a retomar esta análise, mais adiante, pela importância de que se reveste para a questão da prova pericial.

2 A CIÊNCIA E A SUA EVOLUÇÃO NO SÉC. XIX

a) Auguste COMTE e a ciência positivista

O revisitar da época histórica de Galileu não chegará, no entanto, para explicar a visão da ciência que, como dissemos no início desta comuniação, está ainda hoje difundida entre as elites e o homem comum. A sua compreensão demanda que se faça referência à concepção positivista de ciência, tal como se configura no século XIX, e ao contributo de COMTE (1798–1857).

É nesta época histórica que a ciência se alia à técnica, convertida esta em aplicação utilitária dos avanços científicos, no sentido de “aliviar o peso da existência humana”, para usar a expressão de Brecht. A ciência vai adquirir, por esta razão, um impacto real na economia e na vida social das nações e um prestígio social equivalente a essa importância. Auguste COMTE compreende claramente a associação entre as descobertas científicas e o progresso da humanidade, podendo ser justamente considerado o primeiro filósofo da ciência, num sentido moderno, tendo-se dedicado a construir uma filosofia das matemáticas, da química, da astronomia, da física, da biologia e da sociologia.

Nessa medida, entende-se melhor que a sua filosofia da ciência não esteja separada da sua filosofia política. A sua lei dos três estados, aplicada à explicação do progresso da Humanidade, divide este em três etapas sucessivas: a teológica, a metafísica e a positiva. Esta última seria a fase industrial, sendo o positivismo caracterizado por uma ideia relativista e otimista de descoberta da verdade. Se bem que a verdade absoluta seja inatingível, é sempre possível realizar sucessivas aproximações. As próprias ciências exactas, de que COMTE oferece uma sistematização, estão unidas na sua diversidade e encadeadas entre si por uma lei de progresso que culminará na sociologia, como ciência à qual cabe constituir-se como modelo das ciências. O jovem COMTE⁹ defende a tese de que a epistemologia das ciências positivas deveria, doravante, substituir-se à filosofia dominada pela antiga metafísica¹⁰.

b) A perspectiva de WEBER e MARCUSE sobre a relação entre capitalismo, ciência e técnica.

Independentemente das falhas que possam ser apontadas às teorias positivistas, em particular na formulação de COMTE, para o propósito desta nossa reflexão importa sobretudo salientar que positivismo e expansão da ciência e da técnica se confundem, se identificam, no século XIX. Por isso mesmo, capitalismo, ciência e técnica serão tópicos interrelacionados de análise, para autores como MAX WEBER e MARCUSE.

Se tomarmos, neste aspecto, por guia, a reinterpretação que HABERMAS levará a cabo das teorias daqueles dois autores, concluiremos que através dos conceitos de “racionalização da

responsabilidades precisas. É possível refazer o processo de Galileu, fazendo a este personagem acusações muito mais pesadas que as que lhe fizeram os juizes da Santa Inquisição, e podemos renovar, nos confrontos do Lorde Chanceler, as acusações que em outros tempos lhe foram feitas por De Maistre e por Liebig.” *Ibidem*, p. 15.

⁹ As obras a reter aqui são, sobretudo, as do seu primeiro período de escrita, em especial o *Curso de Filosofia Positiva*, na sua publicação inicial.

¹⁰ GUSDORF, *De l'histoire des sciences à l'histoire de la pensée, op. cit.*, pp. 95, 96.

sociedade” (MAX WEBER) e de “conteúdo político da razão” (MARCUSE) ambos se referem ao facto de a forma racional da ciência e da técnica se constituir como forma de vida¹¹.

A tese que atravessa a obra de WEBER é a da racionalização como processo a que estaria submetida a humanidade e que, abrangendo todas as áreas de saber e criação humana, significaria a tendência histórica para dominar, pelo cálculo, todos os fenómenos. Este conceito, central mas ambíguo, tem sofrido várias interpretações. Na opinião de HABERMAS, ele significa um meio de apreensão das repercussões do progresso técnico-científico no enquadramento institucional da sociedade¹². O conceito de racionalização está também associado ao próprio sistema de dominação. Através da ciência, da tecnologia, da instituição dos mercados, impõe-se em todos os campos da vida humana (cultura, saúde, família). A racionalização opera por meio da institucionalização do modo de produção capitalista, mas também pela secularização que significou o abandono das anteriores concepções explicativas do mundo.

Caberá, anos mais tarde, a MARCUSE, em vista de uma nova fase histórica de evolução das sociedades humanas, realizar uma tentativa de demonstração das funções legitimadoras da dominação exercidas contemporaneamente pela ciência e pela técnica. O uso da tecnologia, que é levado a cabo, tem uma base ideológica, estando necessariamente dependente do modo de produção e das relações de produção presentes nas sociedades capitalistas. Obviamente, não é este o espaço e o tempo para aprofundar a análise das ideias de WEBER e MARCUSE. Para o nosso tópico interessa, em especial, salientar o modo como se altera a relação entre o Homem e a Ciência, até ao ponto de esta poder constituir-se como forma de vida. Quebram-se as mistificações de uma pretendida neutralidade, aséptica da própria técnica.

3 O REPENSAR DA CIÊNCIA NO SÉC. XX. CONTRIBUTOS DA FILOSOFIA DA CIÊNCIA

a) O Círculo de Viena

O século XX constituir-se-ia, por todas as razões, como um tempo para repensar a ciência. As experiências das duas grandes guerras, só por si, bastariam para desconstruir a imagem optimista da ciência e da técnica, anteriormente invocada a propósito do positivismo científico de oitocentos. É, efectivamente, a nova técnica colocada ao serviço do poder, que se voltará contra a humanidade, criando máquinas de guerra e destruição letalmente eficazes, nunca antes vistas. Na literatura fala-se de um *maravilhoso mundo novo*¹³, em que a técnica e a ciência já não aliviam a Humanidade, mas antes fazem jus às palavras do Galileu de Brecht: “O abismo entre vocês e ela[a ciência] pode tornar-se tão grande, que um dia, quando gritarem alegres com qualquer nova aquisição, podem ouvir em resposta um grito universal de horror.” Até hoje, o prémio Nobel representa o testemunho do acto de contrição do cientista que inventou a dinamite e outros explosivos...

No plano do debate académico, o primeiro contributo relevante a registar é o dos membros do “Círculo de Viena”, no início do séc. XX, cuja actividade se desenvolve em duas etapas distintas, uma antes da II Guerra Mundial e outra a seguir a esta. Aí avultam, entre outros, os nomes de CARNAP (1899-1970) e NEURATH (1882-1945). O Círculo de Viena começa por retomar o projecto comteano¹⁴ da “ciência unificada”, e indo buscar inspiração às epistemologias

¹¹ Cf. HABERMAS, *Ciência e Técnica como Ideologia*, op. cit., p. 55.

¹² *Ibidem*.

¹³ A distopia assinada por Aldous HUXLEY é publicada em 1931 e representa, de modo magistral, a desumanização a que pode conduzir a ciência.

¹⁴ A que atrás fizemos referência.

empiristas¹⁵. Os autores do Círculo sustentarão a tese da existência, apenas, de 2 tipos de enunciados científicos: as proposições analíticas, próprias das ciências sintáticas (matemática, lógica); e as que podem ser confirmadas pela experiência, próprias das ciências empíricas ou “reais”¹⁶ (que comportavam a verificabilidade dos enunciados, por via da observação). Vigora, pois, um modelo axiomatizado de ciência, que trará problemas de difícil solução na sua aplicação às leis científicas, que se traduziam em enunciados universais, com carácter geral, e que ficará conhecido como “empirismo lógico”.

b) A teoria de POPPER

De importância capital se reveste para nós a exposição sumária das ideias do autor que fará a impugnação deste empirismo lógico no século XX. Falamos, obviamente de Karl POPPER (1902-1994). Caber-lhe-á colocar em especial evidência as insuficiências do inductivismo que subjaz às teorias do Círculo.

POPPER assinala, além do mais, a carga teórica que impregna todas as observações e proporá, em alternativa, um novo critério científico, a falsificabilidade. No pensamento de POPPER ocupa lugar central a ideia de que todas as ciências empíricas são sistemas de teorias.

A sua visão da razão científica como “rede” de teorias, com que se explica o mundo, mostra a ciência como um saber que não é passivo, nem inócuo na sua relação com o seu objecto. Rejeitando uma visão subjectivista do conhecimento, POPPER fundamenta a objectividade da ciência, não na observação, mas no que intitula “realismo crítico”: a ciência é sistemática porque opera por conjecturas, contrastando, contínua e criticamente, as hipóteses vigentes, com a experiência. Para este autor não há método para descobrir uma teoria científica, para verificar hipóteses científicas, ou sequer se estas são provavelmente verdadeiras. A verdade permanece um objectivo a perseguir, mas agora pela via negativa (a da refutação). Ao conceito absoluto de verdade, prefere o de verosimilhança: é esta que nos faz preferir, afinal, uma teoria a outra.

Vale a pena aprofundar aqui, um pouco mais, a exposição das suas ideias. A partir da obra *Lógica da Descoberta Científica*, é-nos apresentada a tese popperiana a respeito da assimetria dos enunciados universais, segundo a qual nenhum número finito de observações positivas permite validar definitivamente um enunciado universal, enquanto uma só observação negativa é suficiente para o invalidar. O exemplo de escola citado habitualmente é o de que, por mais cisnes brancos que encontremos, nunca poderemos ter a certeza de que todos os cisnes são brancos, mas basta encontrar um negro para demonstrar a falsidade do enunciado “todos os cisnes são brancos”¹⁷.

A visão de POPPER sobre a ciência, que na sua perspectiva evolui por uma série de tentativas e erros sucessivos, contribuiu para criar uma imagem dessacralizada daquela, em que cada etapa vencida, cada teste ultrapassado vitoriosamente, o é apenas de modo provisório, até futura prova contrária. De resto, no seu primeiro prefácio à obra *Conjecturas e Refutações*, o filósofo quis resumir todo o seu livro numa única tese que enunciou assim: “podemos aprender com os nossos erros”. O que o salva do cepticismo é a defesa de que a ciência evolui, progride, cresce, num processo de cúmulo históricos¹⁸.

Em consonância com o que fica dito, POPPER propôs que a testabilidade, refutabilidade ou falsificabilidade fosse aceite como critério do carácter científico dos sistemas teóricos, ou seja,

¹⁵ ECHEVERRÍA, Javier, *Introducción a la Metodología de la Ciencia. La filosofía de la ciencia en el siglo XX*, Barcelona: Barcanova, 1994, p. 11.

¹⁶ A expressão é de CARNAP (*Realwissenschaft*).

¹⁷ Seguimos aqui a exposição introdutória que João Carlos ESPADA faz do pensamento popperiano, em POPPER, K., *Conjecturas e refutações*, trad. Portuguesa, Coimbra: Almedina, 2003, p. I e II

¹⁸ Na minha perspectiva, as propostas popperianas colocam-nos simultaneamente distantes do autoritarismo da tradição mas também dos insuportáveis nihilismos relativistas. Não se sustenta que alguém possa presumir ter atingido a verdade, mas apesar disso consegue atribuir um sentido e um propósito (uma finalidade) às nossas sucessivas tentativas e erros.

como “critério de demarcação entre ciência empírica, por um lado, e matemática pura, lógica, metafísica, e pseudociência, por outro.”¹⁹

c) As revoluções científicas e os conceitos de “paradigma” e “comunidade científica” desenvolvidos por KUHN

Ao lado das teorias de POPPER, o outro grande contributo que será dado ao repensar a ciência, foi o constituído pela obra de KUHN (1922-1996)²⁰. Devemos-lhe, com efeito, muitos dos conceitos que fazem parte do vocabulário científico contemporâneo: paradigma, revolução científica, comunidade científica, etc. KUHN diverge de POPPER na medida em que não subscreve a tese que configura a evolução das ciências como um continuum acumulativo de saber, mas antes sustenta que a ciência evolui por processos de ruptura. A ciência não é obra do cientista ermita, encerrado no seu laboratório, mas antes o resultado de comunidades e vive das convenções que nestas se estabelecem, a propósito do conhecimento. O termo “paradigma” (importado da gramática) significa um modelo ou padrão de conhecimento aceite, em certa época pelos cientistas, com preferência sobre outros possíveis. Assim, um saber é científico quando triunfa o paradigma em que assenta (vg., mecânica de NEWTON, teoria química de LAVOISIER, etc.)²¹.

A ciência evolui por etapas sucessivas, sendo seu motor principal as crises que atravessa: etapa pré científica, a que se sucede a constituição de um paradigma, ciência normal, anomalias, crise, proliferação de teorias e revolução científica (substituição do paradigma). A consequência desta tese é a de que não basta a mera falsificabilidade de uma teoria para que esta seja abandonada: a rejeição de um paradigma apenas se dá com a adesão a um novo. Por último, refira-se ainda que a sua tese da incomensurabilidade entre paradigmas em competição, acaba por corresponder a um renascimento do relativismo científico.

d) O anarquismo científico de FEYERABEND

Por último, importa ainda referir a opinião daqueles que levaram mais longe a contestação ao modelo de interpretação da ciência tradicionalmente optimista. O autor que melhor encarna esta visão é, sem dúvida, FEYERABEND. Este autor austríaco rejeita a ideia de possibilidade de existência de um único modelo de ciência, com formas e processos únicos ou comuns²². Na sua obra *Contra o Método*, o autor contesta que possa identificar-se um conjunto de regras metodológicas capazes de distinguir a boa da má ciência.

Ainda que possamos criticar a defesa que este autor faz de um princípio anti-metodológico de “vale tudo”, não há como não deixar de reconhecer que a história da ciência lhe dá certa razão, desde logo pela demonstração de que avanços científicos importantes (basta pensar em Galileu!) se fizeram contra-corrente.

¹⁹ POPPER, K., *O Realismo e o objectivo da Ciência*, trad. portuguesa, Lisboa: D. Quixote, 1987, p. 191.

²⁰ O essencial do seu pensamento está contido na obra *A estrutura das revoluções científicas*.

²¹ Os paradigmas vigoram em comunidades científicas determinadas, o que valeu a KUHN a acusação de tender para o sociologismo.

²² Paul FEYERABEND sustentou precisamente a tese da inexistência de uma estrutura comum a todas as ciências. Diz-nos ele: “Os desenvolvimentos concretos (com a derrocada das cosmologias do estado estacionário e a descoberta da estrutura do ADN) têm traços distintivos próprios e muitas vezes é-nos possível explicar o porquê e o como do seu sucesso. Mas nem todas as descobertas podem ser descritas da mesma maneira, e os modos de proceder que resultaram no passado podem converter-se em agentes da ruína quando os impomos ao futuro. [...] Uma teoria da ciência que define modelos e elementos estruturais para *todas* as actividades científicas e os legitima por referência à “Razão” ou à “Racionalidade” é susceptível de impressionar os leigos – mas afigura-se um instrumento excessivamente grosseiro aos que estão dentro das coisas, ou seja, para os cientistas que se confrontam com um problema de investigação concreto.” *Contra o Método* (trad. portuguesa), Lisboa: Relógio d’água, 1993, p.11.

Assim, fazendo uma apreciação última e genérica, verificamos que no final do século XX e no começo do século XXI já existe um enorme distanciamento daquela visão da ciência que tem as suas primeiras raízes na época de Galileu e que o iluminismo primeiro, e o positivismo depois, ajudaram a cristalizar.

4 A VISÃO DO JURISTA SOBRE A CIÊNCIA: A PERSISTÊNCIA DO PARADIGMA RACIONALISTA

Aqui chegados, há que dizer que, no mundo jurídico, e, em especial, no que respeita à concepção da verdade processual, o modelo de conhecimento adoptado é reconduzível às teorias semânticas da verdade como correspondência.

O modelo de raciocínio de que estas teorias se servem é o racionalista, tendo por pressuposto a aceitação da existência objectiva da realidade do mundo físico, do qual podemos ter conhecimento através dos nossos sentidos.²³ De um modo geral, ainda que com excepções, os juristas parecem ter permanecido indiferentes à discussão anteriormente relatada sobre a ciência.

Há até que reconhecer que proceder de outro modo teria sempre por consequência o abalar das fundações de muitas das nossas construções jurídicas herdadas da modernidade. Um caso paradigmático, bem exposto por FERRAJOLI, diz respeito ao domínio penal. Como seria possível, fora de um modelo correspondentista de verdade, manter intacta a estrutura garantística do processo penal? Há, pois, nesta prevalência da adesão a um modelo de verdade *no* direito inspirado na teoria clássica da correspondência, razões subjacentes de ordem epistemológica e ético-políticas²⁴.

E se este é o modelo de verdade e conhecimento que os juristas têm, para seu governo, como vêm – olhando para fora da sua cidadela - a ciência e as verdades a que têm acesso através dela? Pois, tendencialmente, de acordo com a mesma imagem. O jurista é, por formação, afastado do universo das ciências, em geral, e mantém uma ignorância considerável sobre os seus métodos e insuficiências. Nesta medida, não se distancia do tipo de relação que o homem comum mantém com o universo das ciências: acredita de modo optimista no seu progresso científico, nas verdades “matemáticas” e absolutas (ainda que cingidamente esteja consciente de que estas nunca se encontram nas salas de audiência), na infalibilidade da técnica posta ao serviço do Homem.

Com efeito, muitas (demasiadas) vezes a imagem que os juristas possuem da ciência é uma representação herdada do movimento racionalista e iluminista, com as vestes que o séc. XIX lhe emprestou²⁵. Trata-se da evidente cristalização de uma ideia, que se conservou indiferente ao movimento e evolução das ciências em si mesmas, perdurando no mundo jurídico bem para lá do tempo que se manteve dominante no próprio universo daquelas²⁶, como acabamos de ter ocasião de demonstrar em tudo quanto dissemos anteriormente sobre o repensar crítico da cientificidade.

²³ DENNIS, *The law of evidence*, 2nd ed, London, Sweet and Maxwell, 200?, P. 98. Também no mesmo sentido, Marina GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, op. Cit., p. 54, salienta a existência de dois pressupostos nesta posição: um metafísico, de reconhecimento da existência de um mundo real; e um gnoseológico, de aceitação da possibilidade de conhecer, ainda que imperfeitamente, esse mundo.

²⁴ Razões essas que envolvem aspectos associados ao já mencionado sistema de garantias, mas também à própria defesa do Estado de Direito democrático assente sobre a divisão de poderes. Seguimos aqui a opinião expressa por PINTORE, Anna, *El Derecho sin verdad*, op. cit., p. XVIII e XIX.

²⁵ Também subscrevendo opinião idêntica vd. TARUFFO, M. *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria*, op.cit., p. 4.

²⁶ Veja-se, por exemplo, o caso da matemática, habitualmente tida como o paradigma das verdades indiscutíveis. A este respeito salienta Ludovigo GEYMONAT (*Elementos de Filosofia da ciência*, Lisboa: Gradiva, s/d, pp.92 e 93): “Todavia, basta reflectir sobre a estrutura da matemática para notar que as coisas não são bem assim. [...] Por exemplo, o conhecido teorema segundo o qual a soma dos ângulos internos de um triângulo é 180° é verdadeiro na geometria euclidiana, mas não o é na geometria de N.I. Lobatchevski nem na de B. Riemann. [...] Conclui-se daqui que a dita verdade matemática é um conceito fundamentalmente convencional, porquanto está directamente ligado às convenções que se escolherem – de forma explícita ou implícita – para base de teoria no interior da qual se insere a proposição de que se afirma a verdade. E o mesmo deve dizer-se relativamente a todas as teorias axiomatizadas, sejam matemáticas,

Possivelmente este fenómeno explicará por que os juristas são, genericamente, detentores de uma fé (usando aqui a palavra em sentido próprio e não figurativo²⁷), um tanto ou quanto ingénua, no progresso científico e nos frutos de “novas” ciências, que muitas vezes não o são verdadeiramente, mas que parecem conduzi-lo pelas veredas da certeza e da objectividade. Só isto justifica, a meu ver, o sucesso no meio jurídico de saberes ainda não solidamente estabelecidos nas respectivas comunidades científicas de referência, como a grafologia ou a detecção de mentiras²⁸, etc.

Há que dizer, aliás, que o mundo jurídico já parece esquecido das lições que a história a este respeito lhe poderia dar. Afinal, a quem não suscita sequer um sorriso a recordação da seriedade com que foram tratadas pseudo-ciências do passado, como a frenologia, tão bem subtilmente caricaturada por Mário VARGAS LLOSA na sua obra “A guerra do fim do mundo”? E, no entanto, tiveram o seu dia de sucesso e fama no seio dos juristas...²⁹

II.

“...uma raça de pigmeus engenhosos, que poderão ser alugados para fazer seja o que for...”

1 A CIÊNCIA E A REALIZAÇÃO DO DIREITO. O ACOLHIMENTO DAS PERÍCIAS COMO PROVA

a) Os distintos sistemas de prova: da prova legal à aspiração a uma etapa superior de desenvolvimento da actividade de conhecimento dos factos: a “prova científica”

Concluída a nossa viagem pela história da ciência e da filosofia da ciência, que peço que mantenham em mente, impõe-se agora que nos centremos no ponto nuclear da nossa exposição, ou

físicas ou biológicas: ainda em relação a estas, uma proposição pode considerar-se verdadeira se, e só se, é dedutível dos seus axiomas, e, como os axiomas têm um carácter convencional, o mesmo carácter aplica-se às proposições que deles se deduzem.”

²⁷ A Academia das Ciências de Lisboa registou como um dos significados da palavra “fé” a “adesão firme do espírito a uma doutrina ou a uma ideologia”. É disso que se fala aqui: da convicção quasi-inabalável do jurista na credibilidade de todo o saber que se apresente “científico”. *Dicionário da língua portuguesa contemporânea*, Lisboa: Verbo, 2001.

²⁸ Neste sentido, TARUFFO, *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria, op.cit.*, p. 5. De modo eloquente, veja-se como uma handwriting identification acabou por se erigir em “ciência”, vd. MNOOKIN, Jennifer, *Scripting expertise: the history of handwriting identification evidence and the judicial construction of reliability*, in “Virginia Law Review”, vol. 87, 2001, p. 1723-1845.

²⁹ Uma recolha interessante destas “ciências” e do seu impacto no mundo jurídico pode encontrar-se, por exemplo, em FAIGMAN, “Anecdotal forensics, Phrenology and other Abject Lessons from Science History”, in *Hastings Law Journal*, n.º 59, 2007-2008, pp. 979-1000. Note-se que não têm faltado até autores que têm apontado similitudes preocupantes entre os factores em que assenta a credibilidade científica de muitas das chamadas “ciências forenses” e algumas técnicas e saberes do passado, como a frenologia, hoje totalmente desacreditados. Tal é o caso, por exemplo de técnicas de identificação baseadas em impressões digitais latentes, ou em grafologia, ou análise de marcas de dentição. Mas até as técnicas mais fiáveis, como o recurso às análises do ADN podem estar na base de decisões erradas. Neste sentido, é paradigmático o caso de Josiah Sutton que foi libertado em 2003, nos EUA, depois de se determinar que não tinha cometido pelo qual fora condenado e cumpria pena há 4 anos. O que é curioso é que a prova condenatória e exculpatória foi uma análise de ADN. Cfr. MORIARTY, Jane Campbell, “Misconvictions”, *Science and Ministers of Justice*, in *Nebraska Law Review*, vol. 86, 2007-2008, pp. 1- 42. A autora faz uma crítica lapidar às ciências forenses, em particular àquelas que têm servido de base a identificações erróneas e condenações injustas, comparando-as à frenologia: “Yet, phrenology shares an important trait with forensic individualization evidence: conclusions are not based upon independent testing but upon “scientific observations of countless samples.” Both are experience-based conclusions that rest on the foundation that: (1) the science is valid because of extensive observations; (2) those skilled in the science can do it properly; and (3) the underlying theory is valid because of the care used by the practitioners.”

seja, a reflexão sobre a prova pericial e o ponto de intersecção que ela representa entre os mundos do Direito e da Ciência. E mais uma vez, regressaremos episodicamente ao texto de Galileu.

Começaremos por tentar contextualizar a emergência da ciência nas salas de Tribunal como meio pelo qual se fará prova, isto é, se acederá ao conhecimento dos factos. É preciso pois, fazer um primeiro apontamento sobre a própria história da prova, para situar no tempo a difusão da prova pericial.

A abolição, pelo Papa Inocêncio III, em 1215, da prática de recurso aos ordálios, levaria à sua substituição pelo sistema de prova legal, com a consagração da admissibilidade de duas formas primordiais de prova: o testemunho directo por duas pessoas credíveis e a confissão. No domínio penal, adopta-se o procedimento inquisitorial, constituindo a adopção de um sistema de prova legal ou tabelada, na opinião de alguns historiadores, uma forma de impedir o exercício de discricionariedade judicial. O problema, afinal, seria admitir, socialmente, a substituição, sem mais, do juízo divino pelo juízo dos homens... E, de facto, uma das razões que sustentam o regime de prova legal parece residir nesta desconfiança em relação à possibilidade de erro humano. A prova legal, pelo contrário, apresentava a vantagem de se nutrir da experiência acumulada pela prática judiciária quanto à avaliação do comportamento do Homem³⁰.

No sistema de prova legal³¹, a questão da prova converte-se em matéria do domínio do legislador³², já que cabe a este a definição de um conjunto de regras, pleno e estanque, que possuirá a virtualidade de conter resposta para qualquer questão sobre os factos levados a juízo. A prova converte-se, portanto, numa questão estritamente jurídica³³.

O desenho teórico do sistema das provas legais processa-se entre os séc. XIII e XIV, em boa medida, pela pena de autores romanistas e canonistas medievais, de que se destacam os italianos Baldo e Bártolo. Surgem mais tarde, nos séc. XV e XVI, alguns grandes tratados dedicados à questão das provas, nos quais assumem maior relevância as questões de prova em matéria criminal³⁴.

A Escola do Direito Natural dará um contributo significativo para a construção geométrica deste sistema hierarquizado de provas, em função da sua certeza. Assim, por exemplo, em matéria civil, a prova mais credível será a escrita. A seu respeito, afirma DOMAT:

“La force des preuves par écrit consiste en ce que les hommes sont convenus de conserver par l’écriture le souvenir des choses qui se sont passées et dont ils ont voulu feire subsister la

³⁰ Cf. LÉVY, Jean-Philippe, *L'évolution de la preuve. Des origines à nos jours. Synthèse Générale, op. cit.*, p. 38.

³¹ A comparação do sistema de prova legal com o sistema de prova livre continua, ainda hoje, a ser objecto de discussão. As vantagens e desvantagens de cada sistema não se aferem apenas pelo modo como conduzem, ou não, à verdade. Entre nós, Miguel TEIXEIRA DE SOUSA sumariou-os assim: “A prova livre desvia a administração da justiça da verdade formal mas exige meios específicos de controlo da decisão; a prova legal afasta a administração da justiça da verdade material mas encerra uma decisão facilmente verificável.” Como se vê, a escolha também afecta a certeza jurídica e o controlo da actividade decisória. *A livre apreciação da prova em processo civil*, in “Scientia Iuridica”, Tomo XXXIII, 1984, p. 119. Se voltarmos a olhar para o passado, vemos como a prova legal se oferecia como um sistema ordenado e hierarquizado das provas e do seu respectivo grau de “autoridade” em caso de conflito. Ao juiz cabe aqui, tal como no sistema dos ordálios, um papel de verificador de formalidades.

³² Convém aqui matizar esta afirmação. Na realidade, tanto na Idade Média como na Idade Moderna, o sistema de prova legal foi o resultado de uma construção das leis romanas e canónicas, mas também da doutrina, bem como, na Inglaterra, possui origem jurisprudencial. Cf. LÉVY, Jean-Philippe, *L'évolution de la preuve. Des origines à nos jours. Synthèse Générale, op. cit.*, p. 37.

³³ Esta é a opinião de TARUFFO, que subscrevemos. *La prueba de los hechos, op.cit.*, p. 22.

³⁴ Cf. GILISEN, John, *La preuve en Europe du XVIe au XIXe siècle*, in “La Preuve. II eme partie. Moyen age et temps modernes”, Bruxelles: Ed. Librairie Encyclopédique, 1965, pp. 766-767. Entre os grandes tratados dedicados à prova estão o *Tractatus de maleficiis* de Angelus de Aretio e o *Practica causarum criminalium* de Hippolitus de Marsiliis.

mémoire, soit pour s'en faire des règles, ou pour y avoir une preuve perpétuelle de la vérité de ce qu'on écrit, et ces preuves tiennent lieu de vérité aux personnes qu'elles regardent"³⁵.

Na análise de Paul FORIERS³⁶, esta proeminência da escrita tem uma dimensão quase metafísica, que encontramos também refletida nas obras de Christian WOLFF, PUFENDORF e MONTESQUIEU. De resto, a própria evolução paralela das regras de processo, no continente europeu, encaminhar-se-á para uma gradativa redução à escrita de todo o processado judicialmente, com ênfase particular no processo civil. Por detrás desta insistência na prova escrita encontra-se, claro está, como se disse, uma preocupação com a segurança jurídica. A evolução do sistema de prova é, de modo geral, lenta³⁷.

De certa forma, não podemos deixar de concordar com os autores que assinalam a existência de certa continuidade cultural entre os dois sistemas de prova, na exacta medida em que também as provas legais ou “tarifadas” possuem uma dimensão simbólica, no sentido em que actuam como “sinais normativos” da conclusão que delas se deve deduzir³⁸. Por esta razão, olhando para todo o período de cinco séculos que medeia entre o séc. XIII e a Revolução Francesa, pode-se justamente considerar que aquele constituiu, globalmente, um retrocesso face à tradição tópico-retórica romana, consubstanciada numa “*ars opponendi et respondendi*”.³⁹ Exclui-se, portanto, que a passagem para o sistema de prova legal possa ser visto como um verdadeiro passo no caminho da evolução para o modelo da livre convicção.

A instituição do princípio da livre apreciação da prova representou, no fundo e no essencial, um regresso a uma outra concepção de processo e de verdade processual. Com efeito, FOUCAULT lembra que nos séc. VI e VII o tirano era o senhor do poder e do saber, situação característica das sociedades Indo-europeias do Oriente mediterrânico. Ora, em sua opinião, a democracia grega representa o fruto da cisão entre poder e saber, permitindo “o direito de dar testemunho”, portanto, de “opor uma verdade sem poder a um poder sem verdade”⁴⁰.

Jean-Philippe LÉVY atribui, pelo contrário, a sua primeira origem histórica à Roma da época de CÍCERO, tendo-lhe sido dado corpo escrito através do Digesto, num reescrito de Adriano, sobre os juízes:

³⁵ DOMAT, Jean, *Lois civiles dans leur order naturel*, 2e.ed., Paris, 1695, t. II, p. 412, *apud* FORIERS, Paul, *La preuve dans l'École de Droit Naturel*, in “La Preuve. IIeme partie. Moyen age et temps modernes”, Bruxelles: Editions de la Librairie Encyclopédique, 1965, p. 173.

³⁶ *Ibidem.*, p. 173.

³⁷ Cf. GILISSEN, John, *La preuve en Europe du XVIe au XIXe siècle*, *op. cit.*, p. 761-762.

³⁸ Esta é a interpretação de FERRAJOLI, que aqui acompanhamos. In *Derecho Y Razón*, pp. 135-136. O autor considera equivalente à ideia de prova, de tipo arcaico ou “mágico”, o conceito de prova “suficiente”, que se baseia numa conjunção com uma norma.

³⁹ Esta é a opinião de FERRAJOLI, que aqui vertemos e à qual aderimos. *Derecho y Razón*, *op. cit.*, p. 135. O mesmo autor estabelece uma conexão entre os princípios da imparcialidade e da livre convicção do juiz, que definirá mais tarde a estrutura acusatória do processo penal, e a tradição milenar (com raízes na retórica e tópica) da *ars disserendi, inveniendi et iudicandi*. *Idem, ibidem*, p. 137. Há abundantes opiniões contrárias, subscrevendo a ideia de que o sistema de prova legal não seria, também ele, irracional. Entre nós, vd. MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 219. Daí que se veja a subsistência de prova legal, em regimes de prova livre, como algo que “nada tem de paradoxal se forem vistas [as regras legais de prova] como meras regras da experiência em forma legal (do Alem. *Gesetzliche Erfhrungssätze*)”. *Ibidem*, p. 221.

⁴⁰ FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, *op. cit.*, p. 64. Segundo o mesmo autor, aqui têm a sua origem uma série de grandes formas culturais características da sociedade grega: as formas racionais da prova e da demonstração (como obter a verdade), a arte de persuadir e convencer sobre verdade que se diz (evitando o estigma de Cassandra) e, por último, a identificação de um novo tipo de conhecimento: o conhecimento por testemunho, recordação ou indagação. *Idem, ibidem*, p. 65.

“Tu magis scire potes, quanta fides habenda sit testibus, qui, et cuius dignitatis, et cuius existimationis sint, et qui simpliciter visi sint dicere, utrum unum eundemque meditatam sumonem attulerint, na ad ea, quae interrogaveras, ex tempore verosimilia responderint”⁴¹.

Num regime de prova livre⁴², o princípio da livre convicção do juiz constitui-se como um princípio de conteúdo negativo, uma vez que determina que o valor probatório não está fixado *a priori*. Contudo, é preciso lembrar que este princípio começou por ser historicamente interpretado acriticamente, pela doutrina e jurisprudência⁴³. Na opinião de FERRAJOLI⁴⁴, foi esta atitude que permitiu iludir questões de difícil deslinde como sejam os grandes problemas de fundo nele implicados, de que é exemplo principal a justificação da indução.

Foi também, de resto, aquela desvalorização, teórica e prática, da análise daquele princípio, que o haveria de transformar num “princípio potestativo toscano, idóneo para justificar o arbítrio dos juízes”, ainda segundo o mesmo autor. No caso do direito processual penal, esta interpretação daquele princípio cruza-se com a adopção de um outro modelo processual, com uma mistura de inquisitório (na fase da instrução) e acusatório (na fase de julgamento), tendo por resultado a consolidação do sistema probatório assente sobre a “*intime conviction*”⁴⁵. Esta interpretação do princípio da livre apreciação da prova constituiu, em certo sentido, uma traição face às teses defendidas por BECCARIA⁴⁶ e MURATORI, nas quais se colocava grande ênfase na necessidade de formar com grande rigor a convicção judicial⁴⁷.

O modelo de *intime conviction* é próprio da tradição francesa, mas expandiu-se por vários países da Europa continental. Tal como explica TARUFFO, a ele encontra-se subjacente uma concepção irracionalista da decisão judicial, já que que traduz uma visão radicalmente subjectivista daquela última, entendida como o resultado de um processo psicológico interno e, nessa medida, imperscrutável e impossível de traduzir exteriormente em palavras⁴⁸.

Com efeito, os revolucionários franceses, decididos a pôr cobro a sucessivos erros judiciais aparentemente causados pelo sistema de prova legal, procuram reproduzir o modelo inglês

⁴¹ D. 22, 5,3,2. “Tu podes saber melhor quanto fê há-de prestar-se às testemunhas, quem hão-de ser, de que dignidade, e de que reputação, quais os que pareceram falar com simplicidade, se porventura prestaram uma e a mesma meditada declaração, ou se ao que lhe havias perguntado tenham dado repentinamente respostas verosímeis” [tradução para português nossa].

⁴² Também este se define negativamente, pela ausência de regulamentação. Jean-Philippe LÉVY lembra, no entanto, que este quase nunca funciona em estado puro, coexistindo sempre em alguma medida certa regulamentação da prova. *L'évolution de la preuve. Des origines à nos jours. Synthèse Générale, op. cit.*, p. 33.

⁴³ Sobre a evolução do que se entende por “livre apreciação”, em particular no processo penal, vd. também DOSI, E., *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*, Milano: Giuffrè ed., 1957, pp. 4-7.

⁴⁴ *Derecho y Razón, op. cit.*, p. 139.

⁴⁵ Ainda na opinião de FERRAJOLI, a “*intime conviction*” é uma fórmula vazia, que só é possível como consequência da falta de elaboração de uma teoria da prova e da convicção indutiva. *Ibidem*, p. 40.

⁴⁶ Muitas das críticas contidas no célebre livro de BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, vão dirigidas ao sistema de prova comum no seu tempo, que era já a prova legal. A propósito dos delitos de prova difícil, por exemplo, afirma: “E, todavia, os adultérios, a libido grega, que são delitos de prova difícil, são aqueles que segundo os princípios admitidos acolhem as presunções tirânicas, as *quase-provas*, as *semiprovas* (como se um homem pudesse ser *semi-inocente* ou *semi-culpado*, portanto, *semi-absolvível* ou *semi-punível*), onde a tortura exerce o seu cruel império sobre o acusado, sobre as testemunhas e até mesmo sobre toda a família de um infeliz, como ensinam com iníqua frieza alguns doutores que apontam aos juízes a norma e a lei.” (trad. portuguesa, S. Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 109). Ora bem, BECCARIA expressará também grande preocupação com as arbitrariedades do sistema de justiça penal do seu tempo, motivo que o leva a concluir a sua obra com a seguinte frase: “para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditada pelas leis.” *Ibidem*, p. 139.

⁴⁷ Cf. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Sobre prueba y motivación, op. cit.*, p. 55.

⁴⁸ Para o autor, um modelo racionalista de decisão judicial é, pelo contrário, aquele que permite conhecer os critérios e motivos da decisão, por forma a que esta se torne sindicável. TARUFFO, M., *Consideraciones sobre prueba y motivación*, in “Consideraciones sobre la prueba judicial”, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 22-23.

dos jurados, adoptando em consequência a o princípio da convicção íntima desde 1791⁴⁹. Nas discussões que tiveram lugar na Assembleia constituinte vingou a posição de DUROT, que oferecia uma visão extremamente subjectivista da concepção dos jurados, a que Gerhard WALTER, na sua análise, não hesita atribuir natureza intuitiva e irracional⁵⁰.

Todavia, o sistema de prova livre não se impôs, ao mesmo ritmo, em toda a Europa, nem em todos os domínios do Direito. Quanto a este último aspecto importa sublinhar que a prova livre fez o seu caminho, primeiro, no direito comercial, administrativo e penal, e só mais tarde no campo do direito civil. Evidência disto pode encontrar-se na leitura do *Code Civil des Français* de 1804, onde se estabelece a obrigatoriedade do juiz tomar em consideração apenas as provas admitidas, com a força probatória prescrita na lei, ainda que se admita a possibilidade de apreciar livremente as restantes provas⁵¹.

Há que salientar que a implantação concomitante de um sistema de prova livre e a utilização de jurados, na França revolucionária, teria consequências importantes na discussão em torno da concepção da livre apreciação da prova como “*conviction intime*”. Na realidade, em outros países europeus (em particular na Alemanha), houve resistências significativas ao sistema de prova livre por se entender que a disjuntiva que se apresentava era entre um sistema de prova legal com juízes profissionais e um sistema de prova livre com jurados⁵². Isto levou a que muitos se pronunciassem contra o abandono da prova legal, por não confiarem nas vantagens de entregar a decisão judicial a jurados⁵³.

Apesar de tudo, a livre apreciação da prova acabaria por ser consagrada pela via legislativa, no domínio do processo penal, nos principais direitos da Europa continental. Na Alemanha, teve impacto decisivo a intervenção de SAVIGNY, em favor de uma apreciação discricionária das provas pelo juiz, no respeito pelas regras gerais do pensamento e da experiência, obtendo consagração legislativa, com a exigência de que se indicassem as razões em que a decisão se sustentava⁵⁴.

Como se disse atrás, o processo civil chegou mais tardiamente à conclusão de que havia que abandonar o sistema de prova legal. Vários factores parecem ter contribuído (ainda que seja

⁴⁹ Diz-nos Jean-Philippe LÉVY que este princípio estava incorporado no anúncio colocado nas salas onde o jurado devesse deliberar e onde se podia ler: “La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus; elle ne leur prescrit point les règles desquelles ils devraient faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d’une preuve; [...] elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: Avez-vous une intime conviction?” *L’évolution de la preuve. Des origines à nos jours. Synthèse Générale, op. cit.*, p. 31. Trata-se de um texto que se encontrava no art. 372 do *Code des délits et des peines du 3 brumaire an. IV*, tendo passado também para o art.º 342 do *Code d’instruction criminelle de 1808*.

⁵⁰ WALTER, Gerhard, *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*, trad. espanhol, Bogotá: Editorial TEMIS, 1985, p. 76.

⁵¹ Cf. GILISSEN, John, *La preuve en Europe du XVIIe au XIXe siècle, op. cit.*, p. 828.

⁵² Para uma comparação entre o funcionamento do sistema de prova legal e do sistema de prova livre, considerando também o problema da articulação do primeiro com a instituição de julgamentos com jurados, vd. FLORIAN, Eugenio, *Delle Prove Penali*, Milano: Instituto Editoriale Cisalpino, 1961, pp. 230-242.

⁵³ Cf. WALTER, Gerhard, *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial, op. cit.*, pp. 77 e ss. FEUERBACH chega a comparar os jurados a uma reunião de metodistas à espera de uma revelação da verdade. Só muito paulatinamente ganharam força opiniões que acreditavam ser compatível a existência de uma classe de juízes profissionais, lançando mão de operações lógicas para firmar a sua convicção livre. Autores como JARKE e MITTERMAYER defendem uma livre apreciação racional e fundamentada das provas. JARKE considera que a verdade não pode encontrar-se simplesmente na convicção de cada um, mas antes na correspondência entre convicção do sujeito que conhece e o objecto que é conhecido. Claro que o problema está em garantir que aquela convicção concorda com o seu objecto, pelo que afirma: “La única garantía de ello puede estar solamente en los fundamentos. No puede residir en le convicción misma, porque de lo contrario solo habría que comprobar, en uno mismo o en outro, si uno mismo o esse outro está convencido.” *Apud* WALTER, Gerhard, *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial, op. cit.* p. 80.

⁵⁴ Cf. WALTER, Gerhard, *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial, op. cit.* p. 81-83.

difícil apresentar conclusões sólidas a respeito) para esta evolução mais lenta: a prevalência da escrita e a falta de publicidade do processo civil; o desenvolvimento da teoria da “verdade formal”, que embora nem sempre coincidente com a verdade real, oferecia garantias face à insegurança e incerteza em que podia traduzir-se uma submissão a uma discricionariedade subjectiva do decisor⁵⁵; a associação, já atrás aludida, entre o sistema de prova livre e a utilização de jurados⁵⁶. Apesar de todas as hesitações, também no processo civil a livre apreciação da prova acabaria por se impor.

Mas como se enquadra, em toda esta evolução, a prova pericial?

A prova pericial pode fazer-se remontar ao direito da antiguidade, encontrando-se referências históricas à intervenção nos processos judiciais das parteiras e dos médicos, primeiramente com uma feição que não a distinguia do testemunho, em geral.

No entanto, apenas a difusão do sistema de prova livre viria a permitir, em pleno, a sua expansão, embora nem sempre com o mesmo entendimento. Assim, por exemplo, nas obras de MITTERMAYER e VLADIMIROV o perito é concebido de modo aproximado à figura do juiz, e as suas conclusões assumiriam o carácter de um “veredicto científico”⁵⁷. A prova pericial acabará, no entanto, por se configurar como meio de prova autónomo, ainda que a sua relação com o sistema de prova livre possua configurações variáveis, de que daremos conta mais adiante, referindo-nos à realidade jurídica portuguesa.

Na verdade, apenas no século XX se assiste a um aumento notório de novas técnicas, originadas pelos avanços da ciência, com grande impacto nos meios de prova. Isso levará a um renovado optimismo, de que é exemplo Enrico FERRI, ao vaticinar o advento de uma era da prova científica, sucedendo-se às anteriores etapas da prova revelada e da prova racional⁵⁸.

b) A prova científica e o seu relacionamento com os sistemas de prova (legal e livre), nas concretas formulações legais

Ao focar agora a nossa atenção no direito português actual, centrando a análise nos dois principais ramos de direito processual – o penal e o civil –, *brevitatis causa*, verificamos que o sistema de prova acolhido é, em geral, o de prova livre, no entanto, com sobrevivências do sistema de prova legal. O que para nós é mais interessante observar é que a apreciação da prova pericial é objecto de tratamento diferenciado nos dois ramos processuais mencionados. Assim, enquanto no processo civil pode o juiz apreciar livremente as conclusões periciais⁵⁹, já no processo penal a prova pericial está incluída numa das excepções ao sistema de prova livre, tal como está estabelecido no art.º 163.º do Código de Processo Penal.

Não se afigura lógica, a nosso ver, esta divergência, para a qual não existe justificação clara. De resto, não pode sequer atribuir-se ao feixe de princípios tipicamente informadores de um sistema penal garantístico, já que o resultado das perícias pode ser, ou não, desfavorável ao arguido.

⁵⁵ Este parece ter sido um argumento de peso nesta discussão. Vários autores (GÖNER, MÖSER, BENTHMAN-HOLLWEG) sublinham a vantagem desta concepção de verdade formal, face a uma necessidade de assegurar a “tranquilidade humana”. Cf. WALTER, Gerhard, *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*, op. cit., p. 86,87.

⁵⁶ Cf. WALTER, Gerhard, *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*, op. cit. p. 91.

⁵⁷ LEVY, Jean-Phillipe, *La preuve, des origines à nos jours*, in “La preuve”, II partie, Bruxelles: Ed. Librairie Encyclopedique, 1965, pp. 44-45.

⁵⁸ Cf. LÉVY, Jean-Phillipe, *La preuve, des origines à nos jours*, op. cit., p. 62, 63.

⁵⁹ Sobre a justificação racional da fixação pelo tribunal da força probatória das respostas dos peritos, afirma Miguel TEXEIRA DE SOUSA: “A livre fixação pelo tribunal da força probatória das respostas dos peritos não é sinónimo de arbítrio judiciário perante os juízos de experiência do perito. Assim, o afastamento das conclusões dos peritos só pode resultar do emprego pelo tribunal de diferentes proposições empíricas que questionam o bom e regular uso da apreciação da prova das proposições empíricas utilizadas pelo perito.” *A livre apreciação da prova em processo civil*, in “Scientia Iuridica”, Tomo XXXIII, 1984, p. 135.

Por outro lado, a este respeito, reiteramos a nossa convicção de que a sobrevivência pontual de prova legal vem a ser questionável, à luz da racionalidade. No caso específico da prova pericial, não se compreende que esteja subtraída à apreciação do juiz, a não ser se dermos por certo que o cientista tem sempre razão. Acresce que, a remissão para o recurso aos laboratórios e institutos oficiais, cria uma espécie de “ciência oficial” de validade quase-absoluta. Mas estamos já a adiantar-nos. Vamos mais tarde poder realizar uma crítica à prova pericial no sistema jurídico português, mas por agora vamos debruçar-nos sobre o iluminador debate que sobre esta prova tem vindo a ocorrer nos Estados Unidos da América, já desde o séc. XIX.

2 MODELOS DE ACOLHIMENTO DAS PERÍCIAS – O MODELO CONTINENTAL (PORTUGUÊS) E O MODELO ANGLO-SAXÓNICO

a) Análise do modelo anglo-saxónico: o juiz como *gatekeeper*

É do conhecimento comum que nos últimos anos, temos podido contar com um novo leque de provas, ditas “científicas”, que vieram permitir um acesso com aparente maior fiabilidade ao conhecimento de factos juridicamente relevantes, em sede de processo judicial. Delas se fizeram eco as incontáveis séries televisas que representam a realidade judiciária, não poucas vezes com laivos perigosamente fantasistas e simplistas⁶⁰. Paralelamente, também a própria dogmática jurídica foi dedicando uma atenção crescente às “novas provas”, discorrendo essencialmente acerca da sua admissibilidade face ao direito da prova, ou acerca da sua compatibilidade com direitos, princípios e valores com tutela constitucional. A perspectiva de análise que aqui me motiva não é essa, obviamente, mas antes a tentativa de enfoque epistemológico das questões que o recurso à “prova científica” pode suscitar.

Estas novas provas científicas vieram, de maneira geral, fornecer uma acrescida esperança⁶¹ de lograr a verdade de um modo mais certo, mas tornaram-se absolutamente cruciais e indispensáveis em áreas de factualidade particularmente complexa e técnica, como é o caso da apreciação de casos de negligência médica, de danos ambientais ou doenças profissionais⁶². Nestes casos, e em muitos outros, poder-se-á dizer que o avanço técnico-científico permitiu simultaneamente o surgimento dos litígios, mas também forneceu os meios necessários para a demonstração dos factos juridicamente relevantes a ter em conta na respectiva decisão. Mas, é também certo que, em muitas outras situações, os novos meios de prova vieram oferecer garantias superiores, em termos de fiabilidade, às inerentes aos outros meios até aí utilizados e disponíveis. Um exemplo paradigmático é o dos testes de ADN, hoje possíveis, e utilizados amiúde em acções judiciais nas quais se discute, por exemplo, o estabelecimento da paternidade ou, com mais relevância ainda, no domínio da acção penal.

⁶⁰ Há até quem tenha justamente feito notar que o êxito de séries televisas, como o globalmente popular CSI, tenha inflacionado as expectativas sobre a capacidade de resposta das ciências forenses. Cfr. SCHWEITZER e SAKS, “The CSI effect: popular fiction about forensic science affects the public’s expectation about real forensic science”, in *Jurimetrics*, 47, 2006-2007, pp. 357- 364. Sinal expressivo deste interesse suscitado pelas ciências forenses foi o facto de, na Grã-Bretanha, no período que mediou entre 2002 e 2004, o número de cursos de ciências forenses ter mais do que duplicado (de 150 para 400). Por outro lado, muitas têm sido as críticas dirigidas às ciências forenses pela falta de base científica (sendo certo que, em relação a algumas áreas, há quem lhes negue o carácter de ciência). Cf. BROEDERS, Ton, *Decision-making in the forensic arena*, in “Legal evidence and proof: statistics, stories, logic”, Surrey: Ashgate, 2009, p. 71.

⁶¹ Há que dizer, aliás, que não faltou quem prognosticasse a evolução do sistema de prova para uma nova etapa histórica, justamente a da “prova científica”, assim denominada por Enrico FERRI. Esta etapa sucederia à que se iniciou verdadeiramente na Idade Moderna, e que se traduziu no sistema de prova racional. Cf. LÉVY, Jean-Philippe, *L’évolution de la preuve. Des origines à nos jours. Synthèse Générale*, op. cit., p. 62.

⁶² CANZIO, Giovanni, *Prova scientifica, ricerca della “verità” e decisione giudiziaria nel processo penale*, in “Decisione giudiziaria e verità scientifica”, Milano: Giuffrè ed., 2005, p. 55 e 56.

Todavia, nada disto deve levar-nos a pensar que a ciência e a técnica, postas hoje ao serviço dos Tribunais, podem constituir-se em panaceia dos problemas suscitados pela necessidade de aceder ao conhecimento dos factos e, por outro lado, que não suscitam, elas próprias, questões complexas. A primeira delas é a de encontrar o critério para determinar o que é, para efeitos da aplicação judicial do Direito e da prova, uma ciência.

De tudo quanto dissemos atrás sobre a evolução da ciência e do pensamento sobre ela, resulta que esta é uma questão a que os próprios filósofos da ciência têm dificuldade em responder. Pobres juristas, pois, confrontados com tal aporia...

Pensar-se-ia, então, que talvez nos pudéssemos arrimar à tradição, ao peso dos saberes estabelecidos, consagrados. Sucede, porém, que nos últimos séculos, o conceito de ciência alargou-se e passou a incluir novas áreas e saberes, como a psicologia, a sociologia, a etnologia, a antropologia, a história da arte⁶³, e um longuíssimo etc.. De resto, alguns dos aspectos tratados hoje nestas várias áreas do saber formaram parte, em tempos mais distantes, da esfera do conhecimento privado do juiz. Tal era o caso, por exemplo, das observações comportamentais, que são hoje comumente entendidas como pertencentes ao foro da psiquiatria ou da psicologia. A tendência actual, como muitos autores têm notado, vem sendo a de se assistir a um crescimento do recurso a novas áreas de saber, na proporção inversa da diminuição do uso da experiência e conhecimento do próprio julgador, a bem da objectividade e certeza⁶⁴.

Tudo isto torna já por si difícil divisar com clareza qual é a ciência(s) a que os juristas devem ater-se (e sobretudo o julgador), mas há que adicionar a tudo isto um outro problema que é o da qualidade da ciência que se vai fazendo. Trata-se de um problema comum a todas as jurisdições, mas que tem encontrado formas distintas de resolução, sobretudo no confronto entre a realidade da *common law* e os sistemas de matriz romano-germânica, como o nosso. Corresponde este, no fundo, à questão de saber como destringir o que é verdadeira ciência do que é apenas e simplesmente mera pseudociência ou, dito de outro modo, separar o trigo do joio, a “boa” e a “má” ciência.

Em geral, e ressalvados os distintos mecanismos consagrados para o efeito em cada jurisdição, no mundo anglo-saxónico caberá ao juiz fazer esta validação, mas para esse efeito deve dispor de critérios que sejam cientificamente válidos. Desempenhará, portanto, neste sentido, a função de *gatekeeper*, ou guardião.

É para nós de todo o interesse compreender quais os critérios que o podem orientar no exercício dessa função. É o que procuraremos expor, de seguida.

b) O acolhimento das teses de Popper e a doutrina Daubert

Uma conhecida decisão judicial norte-americana, a proferida do caso *Daubert vs. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, de 1993, ajudou a traçar (no sistema americano, mas com repercussões em outras jurisdições da *common law*) esses critérios mínimos de atendibilidade, estabelecendo um *standard* a ser seguido pelos juízes naquele seu papel de *gatekeepers* de que falávamos, isto é,

⁶³ O recurso às mais diversas áreas do saber tem sido uma constante nos processos judiciais, mas também inclusivamente no apoio às decisões administrativas aplicadoras do direito, com destaque para as áreas do ambiente e do património. Refira-se a título de exemplo, o contributo que historiadores da arte, entre outros especialistas foram no ano de 2012 chamados a dar, no âmbito da necessidade de identificação da autenticidade de um claustro aparentemente românico localizado nos jardins de uma residência particular na Catalunha. Não é, pois, apenas no campo estritamente judicial, que ciência e direito se cruzam, sendo certo que cada vez mais processos decisórios administrativos são dominados por “questões técnicas”, através das quais os políticos se procuram defender na sustentação de opções ou escolhas. Sobre a encruzilhada em que se encontram as peritagens científicas convocadas a constituir base de processos decisórios, vd. JERÓNIMO, Helena Mateus, *A peritagem científica perante o risco e a incerteza*, in “Análise Social”, vol. XLI (181), pp. 1143-1165.

⁶⁴ Vd. por todos, TARUFFO, M. *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria*, op. cit., p. 6.

quando confrontados com a necessidade de decidir sobre a admissibilidade de certa prova científica, em termos da sua utilidade (*relevance*) e fiabilidade (*reliability*)⁶⁵.

Com efeito, a primeira questão a resolver a propósito da relação entre direito e ciência - e mais concretamente no que toca à utilização que no direito se possa fazer da ciência enquanto meio de descoberta da verdade - é justamente a de saber o que deve considerar-se como conhecimento científico. E esta foi a pergunta a que o Supremo Tribunal norte-americano quis responder no caso a que aludimos e que fixou a, desde então muito debatida, doutrina *Daubert*. Por isso se torna igualmente interessante tê-la em conta e analisá-la aqui⁶⁶.

Voltamos a insistir: a interrogação em causa – o que é o conhecimento científico? – inscreve-se num conjunto de indagações (o que é a ciência? O que é o conhecimento? O que é o método científico?) que pertencem a um universo genericamente bastante distante daquele onde se movem os juristas: o da filosofia da ciência. Isto é assim porque apenas neste campo se poderia centrar, como é óbvio, uma discussão em torno da distinção possível entre boa e má ciência ou, dito de outro modo, acerca dos critérios de cientificidade.

A resposta do tribunal superior dos EUA assentou largamente na adesão aí assumida aos posicionamentos defendidos por Karl POPPER e a sua teoria do falsificacionismo, com a qual o autor de origem austríaca desafiou o entendimento clássico da ciência. Na parte inicial do nosso texto, como estarão recordados, já tivemos ocasião de expor os traços essenciais desta teoria.

Ora, foi precisamente aí que a doutrina *Daubert* encontrou a sua fonte de inspiração para traçar os seguintes requisitos de admissibilidade da(s) prova(s) científica(s)⁶⁷:

1. Verificabilidade do conhecimento científico, pela falsificabilidade da teoria científica ou método técnico
2. Existência de *peer review* pelos peritos na área, e de publicações

⁶⁵ Nos Estados Unidos da América o *expert testimony* encontra-se submetido às Federal Rules of Evidence (em particular normas 702 a 706), de 1975 e com revisão em 2000, que estipulam requisitos de admissibilidade em matéria de prova científica, procurando vedar o acesso à sala do tribunal a quaisquer provas que, sob a capa da cientificidade, pudessem revelar-se prejudiciais para a determinação dos factos provados pelo júri, uma vez considerada a ausência de cumprimento de critérios mínimos de validade científica. A jurisprudência norte-americana pronunciou-se também sobre a questão da admissibilidade de prova científica, em duas decisões marcantes: a *Daubert* (que iremos analisar) e a *Frye*, anterior, de 1923. Nesta última já se estabelecia a exigência de admitir apenas o recurso a técnicas e evidências científicas que reunissem o consenso da respectiva comunidade científica de referência, ou seja, o que se conhece por *general acceptance test*. Cfr. CANZIO, G. *Prova scientifica, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale*, in *op.cit.*, pp. 58,59.

⁶⁶ Vamos apenas focar os aspectos do debate que se centram nos modelos de conhecimento científico (nos seus paradigmas). Há, no entanto, outras críticas que, desde o ângulo cultural, têm sido apontadas à doutrina *Daubert*. Tal é o caso, entre outras, das que provêm do sector das teorias feministas que consideram: “*Daubert continues to rely on a masculinist, market-based notion of truth: the fierce competition for dominance and reward in the free marketplace of ideas will weed out flawed conceptions of the one true objective reality that we seek to discover.*” TASILITZ, Andrew, *A feminist approach to social scientific evidence: foundations*, in “*Michigan Journal of Gender and Law*”, vol. 5, 1998-1999, p. 3.

⁶⁷ Cfr. MASON, Michael, *The scientific evidence problem: a philosophical approach*, in “*Arizona State Law Journal*”, n.º 33, 2001, pp. 887-907; Como é facilmente verificável, não será fácil (e não o é, na realidade) aplicar a doutrina *Daubert*. Existe uma vasta bibliografia, ainda em expansão, sobre os problemas da sua aplicação pelos juízes. Uma autora americana, Erica BEECHER-MONAS, propõe a adopção de um método heurístico, composto pelos seguintes passos: “*First, the judge must identify and understand the underlying theory and hypothesis. Second, in order to determine whether the theory is supportable, the judge must examine all of the available information-human studies, animal studies, cellular studies, and chemical structure-in concert. Third, where there are information gaps (which are inevitable), judges should fill them with scientifically justifiable default assumptions. Fourth, the judge should conduct an inquiry into the methodology (including the laboratory or observational methods as well as statistical methodology) and assess whether it conforms to generally acceptable practices in the field. Finally, the judge must put all this information together in such a way as to make a probabilistic assessment of the strength of the links between theory, assumptions, methodology, and the conclusion the expert espouses.*” *The heuristics of intellectual due process: a primer for triers of science*, in “*New York University Law Review*”, Vol. 75, 2000, p. 1590.

3. Conhecimento das margens de erro existentes ou potenciais
4. Indicação e existência de standards de aplicação
5. Aceitação na comunidade científica de referência
6. Relevância directa e específica a respeito dos factos em causa.

A nova doutrina *Daubert* afastou-se da exigência do *general acceptance test* instituído no anterior caso *Frye*, que tornava a decisão do juiz sobre a admissibilidade de certa prova científica um acto meramente receptício de uma certeza determinística que vigorava no exterior (na comunidade científica de referência), passando a exigir que o juiz se convertesse num verdadeiro escrutinador do cumprimento dos critérios de cientificidade anteriormente expostos⁶⁸.

c) Crítica às soluções acolhidas pela doutrina *Daubert*

Todavia, ainda assim, apesar dos muitos elogios e do real impacto que, como se disse, a doutrina *Daubert* teve no sistema americano, e fora dele, não tem faltado quem muito justamente lhe aponte algumas falhas e insuficiências⁶⁹.

Se bem que a filosofia popperiana tenha tido, inegavelmente, grandes méritos na reflexão que introduziu sobre a ciência, e bem assim na crítica e revisão face às atitudes tradicionais a respeito da ciência (responsáveis pela criação de mistificações acerca das certezas a que ela pode conduzir, que referíamos no início), há aspectos seus considerados mais problemáticos e que têm sido alvo de críticas e de debate no seio da própria filosofia da ciência e que, de um ponto de vista pragmático, podem também encontrar-se na origem de algumas consequência negativas trazidas pela aplicação da doutrina *Daubert* que tenho estado a referir.

No espectro mais académico e teórico da crítica à doutrina *Daubert* encontramos, desde logo, quem sublinhe o anacronismo de que esta enferma. É que, no momento em que se adoptam as teorias popperianas como base de um conceito operativo de ciência que possa funcionar como “teste”, já há muito outras teorias e autores tinham exposto as debilidades do falsificacionismo. Refiram-se, entre outros, Thomas KUHN ou Paul FEYERADEND⁷⁰, aos quais tivemos oportunidade de fazer alusão na parte inicial da nossa alusão. Ora, o Supremo Tribunal parece não as conhecer, ou não as ter por relevantes, dando por assente a validade inquestionável das conclusões a que POPPER havia chegado.

Efectivamente, as posições de Karl POPPER nunca deixaram de ser controvertidas e de encontrar, até, fortes detractores. Do ponto de vista teórico, a oposição à filosofia popperiana da ciência foi assumida pelo empirismo lógico, sendo certo que aquela se desenvolveu criticando as teses epistemológicas deste último⁷¹. No próprio contexto jurídico, aliás, o bayesianismo tem vindo a assumir, na esteira das posições do positivismo lógico, maior protagonismo e tem ganho progressivamente maior número de defensores.

A defesa do recurso ao teorema de Bayes⁷² parece, para muitos, ser mais coerente com os objectivos a que se propõem os tribunais americanos – que se dirigem a estabelecer critérios que

⁶⁸ Cfr. CANZIO, G., *Prova scientifica ricerca della “verità” e decisione giudiziaria nel processo penale*, in *op.cit.*, pp. 59, 60. Vd. supra nota 18.

⁶⁹ A doutrina DAUBERT tem sido alvo de um conjunto de críticas sobretudo no que respeita à sua verdadeira utilidade quanto à diferenciação entre a ciência que é fiável (*reliable*) ou não. Dada o elevado número de artigos e livros que têm adoptado uma postura cautelosa ou abertamente contrária à doutrina DAUBERT, seria inviável apresentar aqui uma enumeração dos mesmos. Podemos encontrar muitos dos argumentos utilizados para a questionar em JACKSON, John, *Managing Uncertainty and finality: the function of the criminal trial in legal inquiry*, *op. cit.*, pp. 141-144.

⁷⁰ Cfr. HAACK, Susan, *Federal Philosophy of Science: a Reconstruction -and a Deconstruction in “New York University Journal of Law &Liberty”*, n. 5, 2010, p.396.

⁷¹ Cfr. MALHERBE, J.F., *La philosophie de Karl Popper et le positivisme logique*, Paris: PUF, 1976, *passim*.

⁷² O teorema de Bayes recebe a sua designação do autor que, em primeiro lugar, o expôs: o Reverendo Thomas Bayes (1701-1761), tendo sido sucessivamente retomado por distintos autores. Ainda que soe habitualmente estranho aos

permitam aferir a credibilidade de certa área científica – uma vez que aquele tem sido usado para aferir o modo como a veracidade de uma teoria se pode ver afectada pela inclusão de uma nova descoberta/prova. Como bem salientam alguns autores⁷³, se do que se trata é de encontrar ferramentas para que o Tribunal possa aferir da “veracidade” de certa teoria científica, a adopção do falsificacionismo popperiano nunca deixou de ser algo contraditório com este propósito: afinal, não se parte aí da afirmação de que não é possível demonstrar que uma teoria é verdadeira?

Já de um ponto de vista pragmático, na aplicação que da filosofia popperiana se faz na mencionada doutrina *Daubert*, há também a referir a existência de opiniões críticas no meio jurídico relativamente a alguns dos efeitos a que conduziu, pese embora a bondade das suas intenções.

Uma das críticas apontadas tem sido a de que a aplicação dos critérios popperianos de “cientificidade” parece, tendencialmente, proteger a ciência mais ortodoxa, afastando da sala do tribunal as posições mais inovadoras e perspectivas de abordagem inusuais, como inadmissíveis. Isto não é, necessariamente, como facilmente se entende, um ponto a favor de uma maior aproximação da verdade que se pretende atingir. Como a história nos demonstra, muitos progressos científicos foram justamente realizados por aqueles que ousaram pensar de modo diferente ou inusual.

Regressemos, por momentos, a Galileu. Quando aludimos ao seu julgamento póstumo, dissemos precisamente que muitos têm alegado que o seu único erro foi ter razão antes de tempo. O argumento atrás exposto pode, então, resumir-se à ideia de podermos estar a deixar de fora do Tribunal novos Galileus... Todos aqueles que não se adaptem ao paradigma vigente em certa comunidade científica, para usar a linguagem de KUHN.

Sucedem ainda que muitos têm também sublinhado que a tudo isto se soma uma dificuldade adicional que tem a ver com o facto de que as próprias ciências estão em contínua mutação. Assim, o aparecimento de novas ciências não significa que todas tenham a mesma validade epistemológica das ciências tradicionais⁷⁴. Acresce que, em todas as ciências, o paradigma da certeza determinística é cada vez mais substituído pelo da probabilidade⁷⁵. Para muitos autores, este facto só por si conduziria à necessidade de conceder um maior espaço de aplicação, no campo jurídico, às perspectivas bayesianistas sobre a ciência, como ficou atrás dito.

Assim, ao contrário do que muitos juristas parecem estar convencidos, as ciências têm de lidar quotidianamente com o dilema de incerteza do conhecimento. Um exemplo particularmente eloquente é o que respeita às popularmente designadas “doenças mentais”. O seu diagnóstico, juridicamente relevante, sobretudo em processos judiciais em que se alega a verificação de certo estado mental, no momento da prática de algum ilícito, é complexo. No seu divertido livro “Como tornar-se um doente mental”, o psiquiatra José Luís Pio ABREU expõe, de modo acutilante, as fragilidades das “certezas” a que o diagnóstico de doenças mentais está sujeito. Uma só conclusão se admite: a de que nos encontramos já muito distantes do paradigma da certeza determinísticas de que se falava acima, próprio das ciências “puras”.

juristas (sobretudo da Europa continental), tem sido utilizado em distintos campos, incluindo o do Direito, pelo facto de permitir o cálculo de probabilidades.

⁷³ Vd., por todos HAACK, Susan, *Federal Philosophy of Science: a Reconstruction -and a Deconstruction*, op.cit., p. 398.

⁷⁴ Adicionalmente, é relevante referir a opinião daqueles que consideram que a doutrina *Daubert* se ajusta mais facilmente a algumas ciências do que a outras. Entre aquelas às quais se adapta de modo deficiente estão por exemplo, as ciências sociais usadas em perícias destinadas a determinar o estado mental de algumas pessoas, em sede de julgamento. O argumento usado é o de que a doutrina *Daubert* assenta sobre uma epistemologia de base realista que não tem correspondência com os fundamentos epistemológicos das ciências sociais em causa. Cf. TASILITZ, Andrew, *A feminist approach to social scientific evidence: foundations*, op. cit., p. 78.

⁷⁵ Com efeito, a própria possibilidade de existência de uma teoria geral da ciência é cada vez mais questionada. Vd. por todos, TARUFFO, *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria*, op.cit., p. 10.

Por último, há ainda a referir a existência de críticas que se centram também na falta de capacidade dos juízes americanos para, de forma eficiente, realizarem a função que a doutrina *Daubert* lhes atribui⁷⁶. De resto, na fixação desta, alguns dos juízes do Supremo Tribunal americano já tinham formulado reservas à aptidão do julgador concreto para enfrentar a tarefa que lhe era exigida.

d) Os fenómenos da *junk science* e do *expert shopping*

Se até aqui falamos da ciência, e o que pode ou deve ser reconhecido como tal, importa agora falar do modo como a ciência mais frequentemente penetra as salas dos tribunais: as perícias. Muitas vezes, de resto, o problema da boa ou má ciência, a que se aludiu anteriormente, surge associado à existência de bons ou maus peritos, já que são estes últimos os principais produtores de má ciência, como afirma TARUFFO⁷⁷.

É do conhecimento comum que o sistema anglo-saxónico (em particular o americano) e os sistemas jurídicos do continente europeu têm tido entendimentos diversos sobre a melhor forma de garantir a realização de perícias, como meio de ajudar o julgador a resolver questões complexas, que exigem conhecimentos de especialidade, ou técnicos. Assim, enquanto os primeiros têm preferido – numa lógica adversarial – permitir às partes apresentarem em tribunal as suas muito significativamente designadas “*expert witnesses*”, já os segundos colocam o perito fora da lógica contratual de associação com as posições das partes, estendendo-lhe, em certa medida, uma autoridade pública que lhe garantiria uma isenção e imparcialidade inatacáveis, por estarem acima de qualquer suspeição e da lógica dos interesses que se joga no processo.

As diferenças entre estes dois modelos são muitas e é difícil condensar aqui tantas daquelas que só mais subtilmente, e numa análise mais demorada, me seria permitido evidenciar, mas deixarei aqui enunciados, ainda assim, alguns aspectos.

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. O sistema americano não descurou a questão da imparcialidade e da objectividade e, dado que o tribunal terá de valorar a sua opinião, sujeita as partes à obrigatoriedade de apresentação de um relatório informativo sobre as qualificações e experiência do perito em causa (o *mandatory expert report*), incluindo publicações científicas, anteriores opiniões, participações em outros processos, entre outros elementos. É, no fundo, a aplicação da doutrina *Daubert* anteriormente referida.

No modelo americano, portanto, o tribunal actua como *gatekeeper* apenas para evitar a admissão de prova irrelevante ou não credível, seguindo os critérios anteriormente mencionados. As partes apresentam os seus peritos, que dão testemunho e subscreverão, necessariamente, posições adversas. A sua relação com as partes é contratual e não se espera dos peritos imparcialidade. O Tribunal tem assim 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.

Contudo, uma consequência derivou necessariamente daqui: a desvalorização na prática das opiniões científicas, que muitas vezes no seu afã de agradar à parte resvalam para a total falta de objectividade e potenciaram, em grande medida o surgimento de fenómenos nefastos como o da chamada *junk science*⁷⁸ e o do *expert shopping*. Na verdade, em ambos os casos, estamos perante os “pigmeus” de que fala o texto de Brecht.

⁷⁶ Cfr. JURIS, Andrew, “Balancing legal process with scientific expertise: expert witness methodology in five nations and suggestions for reform of post-Daubert US reliability determinations” in *Marquette Law Review*, vol. 95, 2011-2012, *passim*, em especial p. 1336.

⁷⁷ TARUFFO, M., *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria*, *op.cit.*, p. 8-9.

⁷⁸ Esta surgiu nos anos 90, nos Estados Unidos, onde a expressão foi cunhada, e mediante a qual se procurava aludir aos estudos científicos que surgiram associados ao crescimento exponencial de litigância em que se pediam

De resto, este é um fenómeno com larga história nos Estados Unidos, recuando até ao próprio século XIX. Já em 1858 o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América concluía que “*experience has shown that opposite opinions of persons professing to be experts can be obtained in any amount*”⁷⁹.

Pelo ano de 1899, David Starr Jordan criaria mesmo um termo *sciosophy*, para com ele caracterizar a ignorância sistematizada do pseudo-cientista⁸⁰. O que ficou bem claro, desde o início, foi o potencial que a perspectiva da obtenção de indemnizações pela via judicial detinha para induzir à expansão dos mais diversos estudos “científicos”, subscritos por solícitos “peritos”. Ou seja, a dimensão económica é aqui iniludível como factor de estímulo do fenómeno da *junk science*.

Aliás, um dos grandes problemas deste modelo é justamente o do seu custo para as partes, que investem em duplicado na realização de averiguações, exames, etc. Consequentemente, o maior problema a que conduziu este modelo anglo-saxónico parece ter sido a suspeição que recai sobre as *expert witnesses*, cuja venalidade e desonestidade têm sido permanentemente apontadas pelos diversos intervenientes nos processos judiciais.

Por estas razões também a Inglaterra fez, mais recentemente, um caminho de aproximação ao modelo continental, através da instituição de um sistema misto. Nos Estados Unidos, algumas experiências levadas a cabo no sentido de desenvolver um sistema de *court appointed experts* parecem ter conduzido até agora a resultados pouco entusiasmadores, na sua adaptação a um sistema de base adversarial, já que persiste o confronto do júri com opiniões contraditórias dos peritos designados⁸¹.

e) Análise do caso português: a preponderância das conclusões periciais. Expropriação da decisão?

Por seu turno, o modelo continental distancia o perito da posição da testemunha e aproxima-o, de certa forma, da posição do julgador. Assim, espera-se do perito que seja capaz de retirar conclusões dos factos disponíveis, sendo-lhe permitido requerer informação às partes, visitar locais, solicitar a assistência de outros especialistas ou pedir informações a terceiros. Não admira por isso que exista certo debate doutrinal sobre se ainda estamos na esfera dos meios de prova ou se não estaremos já perante a figura de um assessor⁸².

O facto é que os dois modelos conduziram a resultados distintos, como seria de esperar, inclusivamente ao nível do respeito pela ciência, que por esta via pode ser aferido. Verifica-se, pois, que o sistema continental parece ter gerado um excesso de confiança nos peritos, logo, na ciência. Só assim se compreende, também, que a lei processual penal portuguesa preveja expressamente que se presumem subtraídas da livre apreciação da prova as conclusões das perícias levadas a efeito, no âmbito do processo penal. Nada, de um ponto de vista epistemológico puro, sustentaria esta escolha do legislador que se afigura apenas explicável na óptica da política legislativa.

indemnizações com base nas mais diversificadas alegações assentes na demonstração “científica” de nexos causais entre os mais improváveis danos e actuações. Foi em resposta a esta “avalanche” de processos que o Supremo Tribunal americano proferiu a decisão *Daubert*, vinculando os juízes ao exercício da função de *gatekeepers*.

⁷⁹ *Winans v. N.Y. & Erie R.R. Co.*, 62 U.S. 88,101 (1858) *apud* HAACK, Susan, *Irreconcilable difference?: the troubled marriage of science and law*, *op.cit.*, p. 4.

⁸⁰ Cf. HUBER, P., *Medical experts and the ghost of Galileo*, in “Law and contemporary problems”, vol.54, n.º3, 1991, p. 119. O termo *sciosophy* teria origem grega, com o significado de sabedoria fantasma. *Ibidem*

⁸¹ HAACK, Susan, *Irreconcilable difference?: the troubled marriage of science and law*, *op.cit.*, p. 21.

⁸² Cfr. VERKERK, Remme, *Comparative aspects of expert evidence in civil litigation*, in “The international Journal of evidence and proof”, 2009, *passim*, em especial p. 168-170 e ss. Com efeito, este autor salienta que, ao contrário do que acontece na tradição norte-americana, o perito não é uma testemunha e é esperado que retire e ofereça conclusões ao tribunal a partir da avaliação que faça de outros meios de prova. Daí se segue o carácter dúbio do seu papel e da qualidade em que surge inserido no processo.

Na verdade, a utilização primordial de um único perito – mesmo quando as opiniões na área científica relevante estejam longe de serem unânimes – parece ter conduzido a uma excessiva preponderância da opinião dos peritos sobre o sentido da decisão judicial. É reconhecidamente muito difícil para o juiz verificar a existência de falhas ou aspectos dignos de crítica nas opiniões emitidas, já que lhe faltam os conhecimentos para tanto. Na verdade, é esta falta de conhecimento que justifica, em primeiro lugar, o recurso à perícia. Como diz BONATTI: “é claro que a relação que une o julgador à prova científica é necessariamente peculiar relativamente a outros meios instrutórios, porque o conhecimento técnico não é substituível nem subrogável através de outros instrumentos de conhecimento distintos”⁸³. Assim, a prática demonstra que existe uma tendência predominante do julgador para decidir de acordo com as opiniões do perito. Por seu turno, compreende-se que as partes se sintam frequentemente impotentes para fazerem valer os seus pontos de vista e exercerem um verdadeiro direito de participação na averiguação dos factos, perante este sistema⁸⁴.

Na doutrina fala-se, a este propósito, de uma delegação da decisão, na prática, cuja aceitação é facilitada pela inicialmente mencionada crença nas capacidades e possibilidades oferecidas pela ciência, tida por naturalmente objectiva, isenta e neutral e tendencialmente infalível.

Nos sistemas jurídicos continentais, incluindo o português, estando instituído um sistema de perícia pública, com poucos (ou meramente residuais) desvios, o juiz não desempenha verdadeiramente um papel de *gatekeeper*, já que o perito se converte numa “autoridade” *per se*, tornando muito difícil a existência de uma real apreciação ou valoração sobre as conclusões da perícia.

O sistema português tem sido objecto de um conjunto de críticas, por várias razões entre as quais podemos elencar as seguintes: a demora na apresentação de relatórios oficiais, a dificuldade no exercício do contraditório, a insuficiência de fundamentação e exposição clara das competências dos peritos, o uso abusivo da prova declaratória ou testemunhal no âmbito das perícias⁸⁵.

Seria importante que se encontrasse, também entre nós, um modelo de perícia que permitisse o exercício pelo juiz de uma função de controlo efectivo da ciência que entra na sala de audiência. Ao juiz não se pede, claro está, que se converta num “cientista amador” (coisa que lhe seria humanamente impossível, mesmo que o quisesse ser a modo meramente diletante), 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 interrogar”⁸⁶. O que, só por si, é uma tarefa complexa, dada a diversidade de saberes com os quais tem de lidar, como atrás se expôs. Complexa, sim, mas necessária também.

f) Os problemas de apreciação da prova científica

Por último, impõe-se que se faça também uma referência à complexidade que reveste a questão da apreciação da prova científica, em especial em sistemas como o norte-americano grandemente dependentes do papel de *gatekeeper* desempenhado pelo juiz. Um caso onde esta dificuldade de valoração tem sido particularmente evidente é o da utilização de estudos com base estatística que operam com indicações probabilísticas baixas. Esta questão tem-se posto com

⁸³ BONATTI, Roberto, *Il giudice e i silenzi della scienza in* Decisione giudiziaria e verità scientifica, Milano: Giuffrè ed., 2005, p. 84

⁸⁴ Neste sentido, vd. VERKERK, *Comparative aspects of expert evidence in civil litigation*, op.cit., p. 180.

⁸⁵ Cfr., nesse sentido, SOUSA, João Henriques Gomes, “A “Perícia” técnica ou científica”, in *Julgar*, Coimbra: Coimbra Editora-Wolters Kluwer, 15, set/dez 2011, pp. 27-52.

⁸⁶ CARSETTI, Arturo, “Verità, decisione razionale e teoria della complessità”, in *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano: Giuffrè ed., 2005, p. 33.

especial agudeza no processo civil, em particular nos processos de *mass litigation* americanos, e com evidente prejuízo, designadamente, para a defesa da posição de muitas alegadas vítimas de exposição a produtos nocivos para a saúde.

Apesar da distância que separa as culturas jurídicas americana e continental, julgo interessante fazer aqui referência a um debate que nos últimos anos tem ocupado muitos juristas norte-americanos⁸⁷. Para que melhor se compreenda o alcance do problema impõe-se uma contextualização preliminar, com referência aos *standards* legais de prova que vigoram nos tribunais americanos. Assim, enquanto que no processo penal o standard utilizado assenta na prova “para além de uma dúvida” razoável, já no processo civil tem-se entendido que o *standard* é apenas o da probabilidade preferente. Isto é, por exemplo no caso de umnexo causal (um dos *facta probanda* habitual da *mass litigation*), basta a demonstração de que é mais provável que o dano se tenha produzido pela actuação do réu, do que o contrário. Portanto, os testes do “*but for*”⁸⁸ e o “*substantial factor test*” desenvolvidos pela jurisprudência americana ajudaram a solidificar um critério de *standard* legal de prova que exigia apenas que os autores demonstrassem que a probabilidade de o dano ser causado pela actuação dos réus era superior a 50%. Compreender este padrão de valoração é fácil e a sua aplicação parecia razoavelmente eficaz.

Ora, em anos recentes, os autores de processos de *mass litigation* têm vindo a encontrar dificuldade na apreciação pelos tribunais de prova científica por si apresentada quando esta consiste em estudos epidemiológicos. Estes funcionam com uma base estatística que não se conjuga facilmente com o critério de *standard* de prova atrás mencionado. Assim, por exemplo, um estudo que demonstre que existiu um aumento estatisticamente significativo de prevalência de certa doença entre pessoas expostas a certa substância tóxica pode falhar (e muitas vezes, na prática, assim tem sucedido) o critério do *standard* de probabilidade preferente. Em muitos desses casos, do que se trata é de resultados que demonstram aumentos de prevalência da doença de 1% na população geral, para 2% na população exposta. Ora, aquilo que seria considerado relevante em termos científicos, desde logo como factor de risco acrescido de contrair a doença, demonstra-se insuficiente para garantir a eficácia probatória desejada.

Em jeito de conclusão, regressemos à figura de Galileu, para sublinhar que cada intervenção da ciência na sala de julgamento não nos dispensa de julgar, em cada momento, a própria ciência e as conclusões a que ela conduz.

REFERENCIAS

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Sobre prueba y motivación*, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo, Martins Fontes, 2005

BONATTI, Roberto. *Il giudice e i silenzi della scienza in Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano: Giuffré ed., 2005.

BRECHT, Bertolt, *Vida de Galileu*, trad. portuguesa, in “Teatro V”, Portugalia Editora.

BROEDERS, Ton, *Decision-making in the forensic arena*, in “Legal evidence and proof: statistics, stories, logic”, Surrey: Ashgate, 2009.

⁸⁷ Seguimos aqui, nas linhas que se seguem, a exposição do problema realizada por OGOLLA, Christopher, “What are the policy implications of the use of epidemiological evidence in mass torts and public health litigation?” in *St. Thomas Law Review*, vol. 23, 2010-2011, pp. 157-186.

⁸⁸ O que significa, literalmente, que “the harm would not have occurred but for that conduct”. OGOLLA, Christopher, *op.cit.*, p. 159.

CANZIO, Giovanni, *Prova scientifica, ricerca della “verità” e decisione giudiziaria nel processo penale*, in “Decisione giudiziaria e verità scientifica, Milano: Giuffrè ed., 2005.

CARSETTI, Arturo, “Verità, decisione razionale e teoria della complessità”, in *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano: Giuffrè ed., 2005.

DENNIS, *The law of evidence*, 2nd ed, London, Sweet and Maxwell, 200?

DOMAT, Jean, *Lois civiles dans leur order naturel*, 2e.ed., Paris, 1695.

DOSI, E., *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*, Milano: Giuffrè ed., 1957.

ECHEVERRÍA, Javier, *Introducción a la Metodología de la Ciencia. La filosofía de la ciencia en el siglo XX*, Barcelona: Barcanova, 1994.

FAIGMAN, “Anecdotal forensics, Phrenology and other Abject Lessons from Science History”, in *Hastings Law Journal*, n.º 59, 2007-2008.

FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, 5ª ed. Madrid: Trotta, 2001.

FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, 1980.

GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, 2010.

GEYMONAT. *Elementos de Filosofia da ciência*, Lisboa: Gradiva, s/d.

GILISSEN, John, *La preuve en Europe du XVIIe au XIXe siècle*, in “La Preuve. II eme partie.

GUSDORF, Georges, *La révolution galiléenne*, Vol. I, Paris, Payot, 1969.

GUSDORF, *De l’histoire des sciences à l’histoire de la pensée*, vol. I, Paris: Editions Payot, 1977.

HAACK, Susan, *Federal Philosophy of Science: a Reconstruction -and a Deconstruction in “New York University Journal of Law &Liberty”*, n. 5, 2010.

HAACK, Susan, *Irreconcilable difference?: the troubled marriage of science and law*, 2009.

HABERMAS, *Técnica e Ciência como “ideologia”*, Lisboa: Edições 70, 1997.

HUBER, P., *Medical experts and the ghost of Galileo*, in “Law and contemporary problems”, vol.54, n.º3, 1991.

JACKSON, John, *Managing Uncertainty and finality: the function of the criminal trial in legal inquiry*.

JERÓNIMO, Helena Mateus, *A peritagem científica perante o risco e a incerteza*, in “Análise Social”, vol. XLI (181).

JURS, Andrew, “Balancing legal process with scientific expertise: expert witness methodology in five nations and suggestions for reform of post-Daubert US reliability determinations” in *Marquette Law Review*, vol. 95, 2011-2012.

LÉVY, Jean-Philippe, *L'évolution de la preuve. Des origines à nos jours. Synthèse Générale*, 1965.

LEVY, Jean-Phillipe, *La preuve, des origines à nos jours*, in “La preuve”, II partie, Bruxelles: Ed. Librairie Encyclopedique, 1965.

A livre apreciação da prova em processo civil, in “Scientia Iuridica”, Tomo XXXIII, 1984.

MALHERBE, J.F., *La philosophie de Karl Popper et le positivisme logique*, Paris: PUF, 1976.

MASON, Michael, *The scientific evidence problem: a philosophical approach*, in “Arizona State Law Journal”, n.º 33, 2001.

MNOOKIN, Jennifer, *Scripting expertise: the history of handwriting identification evidence and the judicial construction of reliability*, in “Virginia Law Review”, vol. 87, 2001, p. 1723-1845.

MORIARTY, Jane Campbell, “”Misconvictions”, Science and Ministers of Justice”, in *Nebraska Law Review*, vol. 86, 2007-2008.

OGOLLA, Christopher, “What are the policy implications of the use of epidemiological evidence in mass torts and public health litigation?” in *St. Thomas Law Review*, vol. 23, 2010-2011.

PINTORE, Anna, *El Derecho sin verdad*, 2005.

POPPER, K., *Conjecturas e refutações*, trad. Portuguesa, Coimbra: Almedina, 2003.

POPPER, K., *O Realismo e o objectivo da Ciência*, trad. portuguesa, Lisboa: D. Quixote, 1987.

ROSSI, Paolo, *A ciência e a filosofia dos modernos*, São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1992.

SCHWEITZER e SAKS, “The CSI effect: popular fiction about forensic science affects the public’s expectation about real forensic science”, in *Jurimetrics*, 47, 2006-2007.

SOUSA, João Henriques Gomes, “A “Perícia” técnica ou científica”, in *Julgar*, Coimbra: Coimbra Editora-Wolters Kluwer, 15, set/dez 2011.

TARUFFO, M., *Consideraciones sobre prueba y motivación*, in “Consideraciones sobre la prueba judicial”, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009

TARUFFO, M. *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria*.

TASLITZ, Andrew, *A feminist approach to social scientific evidence: foundations*, in “Michigan Journal of Gender and Law”, vol. 5, 1998-1999.

VERKERK, Remme, *Comparative aspects of expert evidence in civil litigation*, in “The international Journal of evidence and proof”, 2009.

WALTER, Gerhard, *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*, trad. espanhol, Bogotá: Editorial TEMIS, 1985.

WINANS v. N.Y. & Erie R.R. Co., 62 U.S. 88,101 (1858)