

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FERNANDO AUGUSTO CAMPOS PALHARES

A PROVA PERICIAL NO PROCESSO PENAL: ASSIMETRIAS ENTRE AS PARTES
PROCESSUAIS NO ACESSO À PRODUÇÃO PROBATÓRIA PERICIAL TÉCNICO-
CIENTÍFICA SOB A PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA
PARIDADE DE ARMAS E DA ISONOMIA

CURITIBA-PR

2023

FERNANDO AUGUSTO CAMPOS PALHARES

A PROVA PERICIAL NO PROCESSO PENAL: ASSIMETRIAS ENTRE AS PARTES
PROCESSUAIS NO ACESSO À PRODUÇÃO PROBATÓRIA PERICIAL TÉCNICO-
CIENTÍFICA SOB A PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA
PARIDADE DE ARMAS E DA ISONOMIA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para a
obtenção do diploma de bacharel em Direito
– Habilitação em Direito das Relações
Sociais, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. André Peixoto de Souza

CURITIBA-PR

2023

TERMO DE APROVAÇÃO

A PROVA PERICIAL NO PROCESSO PENAL: ASSIMETRIAS ENTRE AS PARTES PROCESSUAIS NO ACESSO À PRODUÇÃO PROBATÓRIA PERICIAL TÉCNICO-CIENTÍFICA SOB A PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA PARIDADE DE ARMAS E DA ISONOMIA

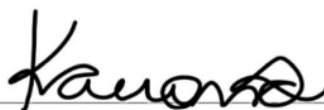
FERNANDO AUGUSTO CAMPOS PALHARES

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Prof. Dr. André Peixoto de Souza
Orientador

Coorientador



Profa. Kauana Vieira da Rosa Kalache
1º Membro



Prof. Sidney Ferraz
2º Membro

Banca Remota

*À Profa. Dra. Anna Paula Azevedo de Carvalho, que me
iniciou no Método Científico.*

AGRADECIMENTOS

Ao Maestro, Prof. Dr. André Peixoto de Souza, por reger esta pesquisa.

Ao colega, Hudson Coutinho Hilário, pelas lições em Direito Tributário e Semiótica.

Ao Prof. Dr. Marco Aurélio Serau Jr., pelas lições em Hans-Georg Gadamer.

A Valdir Borges Fernandes Filho, Angelica de Noronha e Nascimento Fernandes e ao Cel. Fernando Alves Vieira, pela hospitalidade na cidade de Curitiba.

A José Renato Correia Soares, ao Dr. Daniel da Cunha Soares e a Giuseppina Provenzano, por todo suporte nos últimos cinco anos.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo averiguar se, no âmbito do processo penal brasileiro, em relação à capacidade de produção probatória pericial técnico-científica, as partes processuais possuem meios de atuação assimétricos, considerando o asseguramento aos direitos ao exercício do contraditório, da paridade de armas e da isonomia. Tal tarefa foi empreendida, primeiramente, estabelecendo o grau de importância da prova técnico-científica na esfera processual penal, bem como reconhecendo como atuam os paradigmas do próprio método científico sob a égide das teorias epistemológicas de Karl Popper. Diante desse prisma, foi avaliada a fiabilidade e falibilidade da prova técnico-científica pericial, bem como os mecanismos jurídicos de controle de sua utilização. Em um segundo momento, é apresentado um panorama dos mecanismos de produção probatória pericial no sistema brasileiro, apontando sua estreita proximidade com o aparato policial e acusatório e as possíveis distorções decorrentes deste estreitamento. Conclui-se que o exercício do contraditório é essencial à legitimidade da atividade probatória pericial e que tal exercício encontra-se bastante limitado no sistema processual penal brasileiro.

Palavras-chave: processo penal; prova pericial; contraditório; ampla defesa; isonomia.

ABSTRACT

This article aims to investigate within the Brazilian criminal process, concerning the capacity for technical-scientific expert evidence production, the parties involved have asymmetric means of action while considering the assurance of the rights to the exercise of adversarial proceedings, equality of arms, and parity. This task was undertaken, initially, by establishing the importance of technical-scientific evidence in the sphere of criminal procedure and recognizing how the paradigms of the scientific method operate under the aegis of Karl Popper's epistemological theories. In this light, the reliability and fallibility of expert technical-scientific evidence were evaluated, as well as the legal mechanisms for controlling its use. In a second phase, an overview of the mechanisms for producing expert evidence in the Brazilian system is presented, highlighting its close proximity to the police and accusatory apparatus and the potential distortions resulting from this closeness. It is concluded that the exercise of adversarial proceedings is essential for the legitimacy of expert evidence production and that such exercise is severely limited in the Brazilian criminal procedural system.

Keywords: criminal procedure; expert evidence; adversarial process; equality of arms; parity.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	A PROVA PERICIAL.....	11
3	FETICHISMO CIENTIFICISTA: O PRESTÍGIO E A FALIBILIDADE DA PROVA PERICIAL.....	13
4	A VERDADE PROCESSUAL E OS JUÍZOS CONDENATÓRIOS COMO JUÍZOS PROBABILÍSTICOS	16
5	A FALIBILIDADE E A FIABILIDADE DA PROVA PERICIAL.....	19
6	A AUTONOMIA DA ATIVIDADE PERICIAL.....	22
7	O VIÉS DE CONFIRMAÇÃO (CONFIRMATION BIAS) E AS INFORMAÇÕES PERIFÉRICAS	23
8	OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA PARIDADE DE ARMAS E DA ISONOMIA NA PRODUÇÃO PROBATÓRIA PERICIAL	25
9	CONCLUSÃO.....	28

1 INTRODUÇÃO

Dentre todos os sistemas processuais, o sistema processual penal possui uma série de particularidades que tornam seus institutos notoriamente mais rígidos e proeminentes do que aqueles constituintes das demais modalidades de prestação jurisdicional. A particularidade do processo penal decorre, primeiramente, do fato de que o acerto do caso penal, em comparação à solução da lide cível, implica em uma evocação superlativamente mais explícita dos valores sociais coletivos cristalizados pela tutela de um bem jurídico. Em segundo lugar, o sistema penal, por regra, tende a invadir e restringir um núcleo de bens e direitos individuais extremamente substanciais (LOURENÇO; SILVA, 2021, p. 569) como a liberdade, a honra e, por vezes, em alguns sistemas ainda vigentes, a própria vida.

Todo o processo penal é estruturado, portanto, ao menos no ambiente das democracias contemporâneas, dentro de uma esfera de garantias essenciais as quais pressupõem uma proteção à integridade da inocência do acusado. A inocência do acusado permanece imaculada a menos que haja um robusto arsenal probatório que permita a investida sobre tal presunção. Ainda assim, mesmo na hipótese da existência desse robusto arsenal probatório, o municiamento da acusação deve ocorrer dentro de rígidas prescrições legais, sob pena de invalidar o poder do dano deste aparato contra a inocência do acusado. O sistema inteiro trabalha estruturado sobre o paradigma de que é preferível a eventual absolvição de um culpado frente à condenação de um inocente (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

O jurista italiano Francesco Carnelutti, em *Le miserie del processo penale*, obra de 1957, retrata a relação antagônica do acusador e do defensor diante do julgador criminal como um duelo de esgrima. Para Carnelutti, a soma das imparcialidades do discurso de cada uma das partes amalgamar-se-ia diante do julgador formando assim uma oportunidade de compreensão daquilo que seria mais próximo da verdade: “Desenvolve-se assim, sob os olhos do juiz, aquilo que os técnicos chamam o “contraditório”, e é, realmente, um duelo: o duelo serve para o juiz superar a dúvida” (CARNELUTTI, 1995, p. 35).

Regulam, estruturalmente, o duelo processual, referido por Carnelutti, de forma imperativa, princípios como o direito ao contraditório, à ampla defesa e à paridade de armas. Também persiste a necessidade de que aqueles que respondam

ao processo penal tenham instrumentos similares para defender-se em respeito ao princípio da isonomia firmado no Art. 5 da Constituição Federal. O aviltamento de qualquer destes princípios elementares é bastante para corromper e tornar inválido todo o processo, bem como tudo aquilo que dele provenha. A rigidez dos princípios processuais penais é tão relevante à sociedade quanto a própria delimitação da tutela dos bens jurídicos empreendida pelo Direito Penal material.

A cena do duelo metafórico plasmada pelo Prof. Carnelutti demonstra claramente a relevância do equilíbrio entre os recursos disponíveis a cada uma das partes. Se uma das partes empunha um florete ou um sabre defeituoso, o desenvolvimento do duelo é comprometido, bem como o exercício da busca da verdade processual. Tal disparidade aumentará, sobremaneira, se um dos duelistas dispuser da posse de uma arma de fogo, enquanto seu oponente empunha somente uma arma branca. Contemplando a comparação apresentada, é possível aferir que o exercício dos princípios basilares da ampla defesa e do contraditório demandam, inexoravelmente, a existência plena da paridade de armas entre as partes.

As armas disponíveis às partes no processo penal para influir no convencimento do julgador são a representação da potencialidade da produção probatória, considerando que a dinâmica processual penal é, essencialmente, pautada no exercício da atividade probatória.

Na obra *Prova e Verdade*, os professores Juarez Tavares e Rubens Casara definem conceitualmente a prova em três sentidos distintos, porém convergentes:

No campo jurídico, dentre os principais sentidos conferidos ao significante “prova” há o de “atividade” destinada a demonstrar a ocorrência de um fato, o de “meio” à demonstração do acerto de uma hipótese e o de “resultado” produzido na convicção do julgador (TAVARES; CASARA, 2020, p. 17).

Seja considerada como atividade, meio ou resultado, a prova é, em essência, o instrumento pelo qual as partes afetam a convicção do julgador, portanto, elementares ao exercício da ampla defesa.

As provas podem ser exercidas em diversas modalidades elencadas no Código de Processo Civil (CPP) brasileiro. Decerto que a hierarquização das provas é refusada pelo diploma, porém, inegável é que, devido ao véu da cientificidade, na concretude, a prova técnico-científica tende a desfrutar de um irreflexo prestígio notável (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 529).

Em que pese o pertinente alerta teórico contrário ostentado pelo Prof. Aury Lopes Júnior., na realidade concreta, se um dia, nas origens do processo inquisitorial, o posto de *regina probatum* era ocupado pela confissão, atualmente, na predominância do modelo acusatório e do discurso científico, a confissão, certamente, foi destronada pela prova técnico-científica. Para aferir tal afirmação, basta a leitura do Art. 158 do Código de Processo Penal¹. Mesmo que, em teoria, seja afastado o sistema de tarifação das provas, o discurso científico exalado pela prova pericial confere a si uma credibilidade e um poder de convencimento hipertrofiado (SILVA, 2017, p.84).

Considerando os princípios que norteiam o devido processo penal brasileiro e observando sua formatação acusatória é mandatório que o arsenal de produção probatória, abarcando também, evidentemente, a produção e aproveitamento da prova pericial técnico-científica, esteja disponível de forma equânime às partes processuais.

2 A PROVA PERICIAL

A prova pericial é definida como aquela produzida por expertos em determinada área a fim de auxiliar o trabalho do julgador, suprindo-lhe o conhecimento em áreas nas quais o conhecimento específico sobre determinado assunto é demandado (BRASIL, 2022, p. 16).

O Prof. Aury Lopes Júnior., no entanto, pertinentemente, aponta que, na transição de um modelo processual inquisitório para um modelo acusatório, o perito não mais é um instrumento do julgador, mas sim das partes, fundamentando ou confrontando as teses por elas apresentadas (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 508).

Embora a prova pericial ocupe um posto de grande destaque, o Art. 182 do Código de Processo Penal isenta o julgador de submeter-se ao laudo apresentado, concedendo-lhe a faculdade de rejeitá-lo no todo ou em parte.

No processo penal brasileiro, a atividade pericial é realizada por perito oficial, tratando-se de servidores públicos concursados em áreas especializadas, exceto nos casos ressalvados pela ausência de perícia oficial (Art. 159, parágrafo 1, CPP). Os

¹ **Art. 158.** Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

peritos nomeados atuam sob o compromisso de verdade, incorrendo, no caso de descumprimento no Art. 342 do Código Penal.

Em 2008, uma alteração legislativa introduziu a figura do assistente técnico, tratando-se de um profissional contratado pelas partes ou integrante do Ministério Público e por esse indicado. O assistente técnico tem acesso ao material analisado pelos peritos oficiais ou nomeados.

Há ainda a possibilidade de que as partes contratem peritos particulares. Esses podem contraditar os laudos apresentados pelos peritos oficiais ou nomeados pelo juízo, tais apreciações integrarão os processos como prova documental (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 515).

O Art. 158 do Código de Processo Penal impõe que o exame pericial de corpo de delito seja indispensável nas infrações onde hajam vestígios. O exame de corpo de delito apresenta-se diretamente relacionado à materialidade do crime, comprovando sua própria existência, bem como de suas circunstâncias qualificadoras, e, nos casos em que não seja realizado, acarretará em nulidade processual absoluta (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 515).

Grande parte da produção probatória pericial, no entanto, ocorre na fase investigatória da persecução penal. Neste momento, considerando tratar-se de procedimento administrativo, o contraditório é postergado. O Prof. Aury Lopes Júnior aponta esta problemática, considerando que muitas vezes o diferimento do contraditório das provas colhidas na investigação pode resultar na negação do direito ao contraditório definitivamente:

Situação sensível se apresenta na investigação preliminar (anteriormente tratada), em que o baixo nível de constitucionalização do inquérito, aliado ao fato de que importantes provas periciais são feitas nessa fase (até pela proximidade com o momento do delito), conduz a uma perigosa negação de eficácia dos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (que, como explicado anteriormente, incidem também) (LOPES JÚNIOR, 2019, p.515).

Ainda, o Prof. Aury Lopes Júnior, também aponta para a possibilidade de o réu requerer, desde o momento do inquérito, a ciência e participação no processo de produção da prova pericial, inclusive com a participação do assistente técnico:

Daí por que seria razoável exigir que a autoridade policial, quando da determinação da realização de perícias, permitisse que o sujeito passivo pudesse requerer sua produção; apresentar quesitos; indicar assistente

técnico; se possível, pela natureza do ato, acompanhar a colheita de elementos pelos peritos (extração de sangue, vestígios químicos no local etc.); manifestar-se sobre a prova, podendo requerer nova perícia, sua complementação ou esclarecimento dos peritos (LOPES JÚNIOR, 2019, p.515).

Na realidade, no entanto, o diferimento do contraditório em sua totalidade permanece como a regra vigente na fase investigatória, como apontam Ygor Nasser Salah Salmen e o Prof. André Peixoto de Souza:

Na primeira fase, portanto, o que se tem é uma fase eminentemente escrita, considerada secreta e dominada pela então acusação pública e pela completa ausência de participação do acusado, confundindo-se ainda as funções de acusar e julgar (PEIXOTO; NASSER, 2022, p. 265).

É razoável portanto acreditar que o diferimento do exercício do contraditório pode apresentar um risco ao seu desempenho integral, principalmente, considerando que a densidade do material probatório está concentrada justamente nesta primeira fase da persecução penal.

3 FETICHISMO CIENTIFICISTA: O PRESTÍGIO E A FALIBILIDADE DA PROVA PERICIAL

Os professores Juarez Tavares e Rubens Casara sistematizam o procedimento probatório, dividindo-o em quatro fases distintas e posicionando o movimento de valoração na elaboração da sentença pelo julgador:

Na tentativa de sistematizar o procedimento probatório (a instrução), costuma-se apontar quatro fases, quatro momentos distintos: a proposição, a admissão, a produção e a valoração da prova. Frise-se que, a rigor, a valoração da prova não é um momento do procedimento probatório, mas da elaboração da sentença (fase decisória, posterior à fase de instrução) (TAVARES; CASARA, 2020, p. 49).

Diante disso, nota-se que a atividade valorativa da prova é incumbência do julgador, seja ele o juiz togado ou o corpo de jurados. Embora esta valoração seja regida pelo princípio do livre convencimento motivado ou convicção racional (no caso do juiz togado) e pela íntima convicção (no caso dos jurados leigos), é possível aferir pela observação empírica que alguns meios de prova, tradicionalmente, gozam de maior prestígio em relação a outros.

A sociedade moderna atribui ao discurso científico, nos moldes positivista, uma hipertrófica credibilidade. Trata-se de uma ideologia que outorga ao método

científico e ao progresso uma posição dogmática, característica do *zeitgeist* emergido paralelamente à consolidação do sistema capitalista. O jurista argentino Oscar Correas Vásquez aponta tal fenômeno no artigo *Derecho y posmodernidad en América Latina - Pautes para un ensayo*:

La sociedad burguesa es la única que ha entregado totalmente la verdad a la comprobación empírica. Ni los griegos ni ninguna otra civilización llevaron tan lejos la idea de que el único pensamiento prestigioso es el que tiene su confirmación en la experiencia sensible. Y bien puede decirse que, sin esta ideología, la modernidad no hubiera sucedido. El capitalismo no hubiera crecido sin una ciencia cuya ideología la hace funcional a la producción de mercancías (CORREAS, 2003, p. 109).

A hipervalorização da prova científica e a forte adesão dos julgadores a ela é apontada pelo Prof. Fernando Luna Salas da Universidad de Cartagena, Colômbia:

La fiabilidad y confianza con que están revestidas las pruebas científicas han conllevado a que exista una sobre-valoración de ellas, lo cual viene acompañado de un problema crucial: el que se alimenta una actitud de veneración o de consideración. Existe pues una actitud deferencial de los jueces a las pruebas científicas, es decir, los jueces confían casi ciegamente en lo que dicen los expertos, y, por tanto, como lo manifiesta Gascón, dejan de hacer un examen crítico de los resultados que les presentan y de la validez de las pruebas que los sostienen (SALAS, 2018, p. 125).

A necessidade de uma postura crítica ao abordar a prova pericial é decorrente do próprio método científico, no entanto, a realidade do sistema processual aponta para um quadro diverso, como exprime o Prof. Aury Lopes Júnior.:

Quanto às perícias, é importante afastar o endeusamento da ciência, ainda com forte presença no Direito. Como sublinhou DENTI “o progresso da ciência não garante uma pesquisa imune a erros e seus métodos, aceitos pela generalidade dos estudiosos em um determinado momento, podem parecer errôneos no momento seguinte” (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 508).

O método científico pressupõe em si mesmo a hipótese de sua falibilidade e a possibilidade da confrontação contínua de suas teses, por mais exaustivamente demonstradas que tenham sido (AMARAL; BRUNI, 2023, p. 879). A postura científica, posiciona, necessariamente, o investigador em um estado permanente de dúvida. Este paradigma do universo científico foi estabelecido pelo filósofo austro-britânico Karl Popper, como expõem Juarez Tavares e Rubens Casara:

POPPER, por exemplo, afirma que a possibilidade de uma teoria (ou de uma prova) ser refutada constitui um dado essencial à própria natureza científica dessa teoria ou atividade. Não há, nesse particular, uma diferença

significativa entre a “prova” no direito e a “prova” nas ciências duras, como a matemática. A falibilidade ou a falseabilidade não retiram a natureza científica da teoria, do procedimento, do meio ou do resultado. Em outras palavras, a busca do conhecimento objetivo se caracteriza pela possibilidade do erro, que deve ser reconhecida tanto pelo investigador quanto pelo juiz (TAVARES; CASARA, 2020, p. 19).

Nas próprias palavras de Sir Karl Raimund Popper, em nota na obra *The Logic of Scientific Discovery*:

I mean the view that observations, and even more so observation statements and statements of experimental results, are always interpretations of the facts observed; that they are interpretations in the light of theories. This is one of the main reasons why it is always deceptively easy to find verifications of a theory, and why we have to adopt a highly critical attitude towards our theories if we do not wish to argue in circles: the attitude of trying to refute them. (POPPER, 2005, p. 90).

Tal perspectiva aproxima-se daquela exposta pela Profa. Rachel Herdy, da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) (2021), a qual propõe uma atitude de deferência crítica ao trabalho dos expertos (Informação verbal)². Neste caso, porém, a abordagem crítica permanece muito mais alicerçada na apreciação das qualificações daquele que discursa através de indicativos periféricos do que no teor do discurso em si, tal como proposto por Popper. A aplicação da proposição de Popper, na maioria dos casos, imporia a necessidade de um segundo experto habilitado a contradizer o discurso do primeiro, e por esta razão, apresenta-se tão importante a atividade do contraditório na marcha processual penal.

Se para aqueles iniciados no método científico, o erro, o aprimoramento e a superação das teorias vigentes são variáveis naturais inerentes ao próprio método, aos leigos, comumente, o discurso científico assume contornos de uma autoridade clerical dogmática incontestável. A autoridade da prova científica apresenta-se exorbitante a todas as classes de julgadores, porém, poder-se-ia presumir, afetaria em menor grau um julgador profissional, familiarizado com as peculiaridades do método científico e habituado ao exercício da valoração das provas apresentadas, mas manifestar-se-ia vigorosamente em um corpo de julgadores leigos.

Francisco Davi Fernandes Peixoto, Promotor do Ministério Público do Estado do Paraná, em pesquisa de campo, por meio de questionário, apura que em um

² HERDY, R. **Prof. Dra. Rachel Herdy - A Valoração da Prova Científica no Processo Jurisdicional** - NÚCLEO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL COMPARADO UFPR, 2021. 1 Vídeo (2h43min). Informação verbal (minuto exato do vídeo: 1h12min) - Palestra. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=M89cr8ICE9g> Acesso em: 5 nov. 2023.

universo de vinte e nove jurados, mais da metade dos inquiridos afirmaram que a prova pericial exerceu uma influência decisiva para a formação de suas convicções, enquanto o restante afirmou que a prova pericial foi relevante, mas que consideraram todo o conjunto probatório na tomada de decisão. Nenhum deles apontou que a prova pericial teve pouca ou nenhuma influência na decisão (PEIXOTO, 2019, p. 8).

Considerando que a maior parte dos jurados afirmou a magnitude decisiva da prova científica em seu convencimento, temos assim uma amostra do poder persuasivo inerente à tal modalidade probatória. Entretanto, apesar de, no universo da pesquisa, possamos constatar que o corpo de jurados possuía um nível de escolaridade mais elevado do que a média da população brasileira (PEIXOTO, 2019, p. 7), não existe qualquer possibilidade de afirmar de forma convicta que tais indivíduos tenham familiaridade com o método científico e seus mecanismos.

Por fim, é relevante observar como o jornalismo e a indústria cultural em geral promovem a imagem de uma robustez exacerbada da ciência forense, contribuindo para uma percepção distorcida de suas potencialidades e infalibilidade (KASSIN; DROR; KUKUCKA, 2013, p. 43). Há forte possibilidade de que essa imagem exerça influência tanto nos magistrados quanto nos jurados.

Diante desse cenário, resta observar que a atividade da confrontação teórica inerente ao mundo científico adentra o mundo do Direito através do exercício do contraditório. Na maior parte das vezes, o meio mais eficiente para confrontar e, desta forma, revalidar ou invalidar uma prova científica será a apresentação de outra prova ou análise pericial autônoma discordante.

Portanto, é indispensável à integridade do processo que as partes antagônicas tenham um equiparado grau de acesso à produção da prova técnico-científica. Ao julgador, por sua vez, é imprescindível a consciência das limitações em relação a fiabilidade da prova técnico-científica por parte daquele que exerce sua valoração.

4 A VERDADE PROCESSUAL E OS JUÍZOS CONDENATÓRIOS COMO JUÍZOS PROBABILÍSTICOS

A doutrina processual penal diferencia claramente a acepção da verdade apodíctica da verdade processual. Há um largo consenso de que a verdade processual ou judicial é ontologicamente restrita e limitada, tratando-se de uma

intenção de aproximação máxima, porém, permanecendo relativa e, em algum grau, parcial. Este exercício de aproximação da verdade empreendido pela atividade judicial legítima, aos olhos da sociedade, a decisão judicial (BADARÓ, 2015, p. 378).

Neste sentido, o Prof. Gustavo Badaró, da Universidade de São Paulo (USP), aponta que não há uma relação de identidade entre verdade – no sentido apodíctico –, e a prova. Aquilo que está provado no âmbito jurídico, não necessariamente corresponde diretamente à verdade:

Embora se adote um conceito de verdade como correspondência, isso não significa que a relação entre prova e verdade adotada seja uma relação conceitual ou de identidade absoluta. Valemo-nos, nesse ponto, da explicação de Ferrer Beltrán, sobre como deve ser entendido o enunciado “p está provado”. Não significa nem que “p é verdadeiro”, o que seria uma relação conceitual, nem que “p foi estabelecido pelo juiz”. (BADARÓ, 2015, p. 378).

Desta maneira, podemos entender que a concepção do Prof. Badaró converge com a ideia de que os juízos processuais, sobretudo no processo penal, e ainda, mormente os juízos condenatórios, tratam-se de juízos probabilísticos e não de juízos categóricos:

Assim sendo, o enunciado “p está provado” deve ser entendido como sinônimo de “há elementos de prova suficientes a favor de p”. Isso não quer dizer que a proposição, porque está provada, seja verdadeira. Uma hipótese fática pode resultar provada ainda que seja falsa (BADARÓ, 2015, p. 378).

As decisões absolutórias, embora também tenham a mesma natureza inerentemente probabilística, são transmutadas, pelos próprios princípios essenciais do processo penal em um juízo categórico. Essa transformação é operada por uma necessidade política inerente ao sistema jurídico de restringência ao leviatânico poderio estatal sobre o indivíduo. Pelo mesmo motivo, os juízos condenatórios devem ser compreendidos como juízos probabilísticos, obviamente, considerados em grau suficiente para ensejar a condenação.

Para além do aspecto político acima exposto, é possível chegar a mesma conclusão tomando por meio a própria natureza das provas. Os juízos emitidos pelo sistema jurídico jamais serão originados de proposições axiomáticas. Serão sempre, inexoravelmente, sustentados pelas circunstâncias probatórias.

Os professores Juarez Tavares e Rubens Casara apresentam a natureza das modalidades probatórias:

Assim, por exemplo, a prova pericial ou a prova indiciária está mais aproximada de um juízo de probabilidade; a prova testemunhal, a um juízo de credibilidade (TAVARES; CASARA, 2020, p. 54).

É importante observar que pela própria natureza dos meios de prova seria impossível que delas se originasse um juízo categórico absoluto. O juízo de credibilidade aplicado à prova testemunhal será, inevitavelmente, sujeito à uma margem de falseabilidade decorrente deste meio de prova, tanto em sua emissão quanto em sua interpretação. Até mesmo a prova documental estará sujeita à falseabilidade em sua apresentação, como também em seu posicionamento no esquema cognitivo que decidirá a sentença. Sendo assim, toda verdade processual trata-se de uma verdade probabilística e aproximada, nunca de um enunciado absoluto, considerando que uma afirmação absoluta só poderia derivar-se de provas absolutas, através de uma cognição apodíctica.

Neste ponto, é possível que seja suscitada a situação em que um delito, digamos um homicídio, seja registrado claramente por imagens nítidas, disponíveis para apreciação do juízo e que tenham a sua legitimidade atestadas pelos exames periciais. Até aqui, já temos o problema anteriormente levantado em relação a falibilidade do exame pericial, porém, de todo modo, seria possível dizer que na situação descrita temos um arcabouço probatório que aproximaria superlativamente a verdade processual da verdade real.

Embora, desde já, seja claro que esta relação se trata de uma aproximação, por mais intensa que seja, e nunca de uma identidade, na atualidade, o próprio grau de aproximação encontra-se mitigado devido ao vertiginoso avanço tecnológico hodierno.

No horizonte do Direito probatório, já se pode prever, com bastante segurança, o impacto devastador ocasionado pelo avanço tecnológico no campo do *deep fake*. Embora ainda incipientes, tecnologias de recursos como *face swap* em registros de vídeos, por exemplo, tendem a tornar-se cada vez mais sofisticadas:

Because of the existence of digital manipulation technologies, criminal convictions of perpetrators based on images and videos will be at risk if criminal justice agents and legal professionals do not consider the vulnerability of images and videos to manipulation. These individuals should be cognizant of how easily fabricated videos could produce false evidence and lead to wrongful convictions (MARAS; ALEXANDROU, 2019, p. 5).

Esta questão, em âmbito internacional, já atrai a atenção dos Estados. O United States Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA), atualmente, empreende uma vasta iniciativa de pesquisa no ramo de *media forensics* para facilitar o desenvolvimento de tecnologias que detectem as adulterações em imagens e vídeos (MARAS; ALEXANDROU, 2019, p. 6).

No entanto, como toda tecnologia avança de forma multidirecional, é possível prever que as ferramentas de criação de fraudes evoluirão concomitantemente com o ferramental disponível para sua detecção, portanto, a viabilidade de ocorrência de fraude apresentar-se-á sempre como uma possibilidade concreta.

Por fim, diante de todo exposto, é possível concluir que a verdade processual, e, portanto, os juízos dela decorrentes devem ser compreendidos como uma curva de comportamento assintótico em relação a um eixo que representaria a verdade em si. Desta maneira, por mais estreitamente que se configure a aproximação entre a curva e o eixo, nunca haveria a possibilidade de que se sobrepujassem.

Ou seja, o juízo processual será, inexoravelmente, um juízo probabilístico, e, por maior que seja a probabilidade de que tal juízo esteja próximo do eixo que representaria a cognição apodíctica, nunca ocorrerá, de fato, tal encontro. Observados os princípios inerentes à natureza do processo penal, os juízos condenatórios permaneceriam como juízos probabilísticos enquanto os juízos absolutórios, no entanto, seriam transmutados em juízos categóricos por estes mesmos princípios.

5 A FALIBILIDADE E A FIABILIDADE DA PROVA PERICIAL

O National Registry Of Exonerations, projeto estadunidense vinculado à University of Michigan Law School, Michigan State University College of Law, University of California Irvine e ao Newkirk Center for Science and Society traz um mapeamento de condenações equivocadas no sistema judiciário criminal norte-americano. Os dados apresentados demonstram que aproximadamente um quarto dessas condenações equivocadas aconteceram sob a influência de erros periciais (THAKKAR; FARID, 2021, p. 1).

Não há, até o momento, em escopo nacional, uma pesquisa que apresente dados análogos ao do instituto estadunidense (LOURENÇO; SILVA, 2021, p. 570), no entanto, a conclusão relevante que pode ser tomada a partir dos dados apresentados não é se a falha pericial consegue perdurar nas entranhas do processo penal, mas

sim, que de fato, ela ocorre em número significativo, mesmo em um país onde as instituições são fartamente abastadas de recursos técnicos.

Constata-se que a prova pericial está sujeita a classificação de tipos de falha distintos (LOURENÇO; SILVA, 2021, p. 585): a falha inerente ao método, quando o próprio arcabouço científico aplicado na produção da prova é inadequado ou inválido; a falha referente à imperícia na aplicação do método ou na cognição de seus resultados; a fraude deliberada e, por fim, os chamados “erros honestos”, decorrentes de uma atuação enviesada pelo indivíduo que conduz o procedimento (HERDY; KUNII; BRUNI, 2020).

O controle da atividade probatória pericial pode ser exercido tanto em sua admissibilidade quanto em sua valoração. As falhas inerentes ao método, em geral, são combatidas pelo exercício do juízo de admissibilidade. A Suprema Corte Norte Americana define padrões de admissibilidade fixados, majoritariamente, através da adoção dos protocolos estabelecidos pelo caso *Frye versus United States*, bem como pela trilogia *Daubert versus Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.*, os quais foram exportados para os mais diversos ordenamentos jurídicos no mundo.

O Protocolo Frye, estabelecido em 1923 no caso *Frye versus United States*, estabelece que uma prova pericial só pode ser admitida em tribunal se a técnica, princípio científico ou método em questão for amplamente aceito na comunidade científica relevante. Em outras palavras, a aceitação geral por especialistas é o critério central para a admissibilidade. Este protocolo coloca grande ênfase na opinião da comunidade científica, tornando o consenso científico o fator determinante para a validade da prova pericial.

A Profa. Rachel Herdy (2021) elenca como fragilidade do protocolo Frye a dificuldade de se estabelecer, em concretude, a delimitação do que se entende por comunidade científica relevante, podendo decorrer disso tanto a exclusão de técnicas inovadoras, quanto a admissão de técnicas de baixa fiabilidade por aceitação em um nicho específico (Informação verbal)³.

O Padrão Daubert, estabelecido em 1993 pelo caso *Daubert versus Merrell Dow Pharmaceuticals*, adota uma abordagem mais específica. Sob esse padrão, o

³ HERDY, R. **Prof. Dra. Rachel Herdy - A Valoração da Prova Científica no Processo Jurisdicional** - NÚCLEO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL COMPARADO UFPR, 2021. 1 Vídeo (2h43min). Informação verbal (minuto exato do vídeo: 59min-1h04min) - Palestra. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=M89cr8ICE9g> Acesso em: 5 nov. 2023.

juiz desempenha um papel de *gatekeeper*, com a responsabilidade de determinar se a prova pericial é relevante e confiável. O juiz deve considerar vários fatores, incluindo a testabilidade do método, revisão por pares, taxa de erro, aceitação geral na comunidade científica e fundamentação científica. Isso confere ao juiz uma discricionariedade significativa na decisão de admissibilidade, permitindo uma avaliação mais holística da evidência pericial.

O protocolo Daubert reafirma o protocolo Frye, porém alarga os números de critérios a serem operados na admissibilidade da produção probatória. A Profa. Rachel Herdy (2021) também faz apontamentos críticos ao protocolo Daubert, sobretudo na ausência de uma gradação em relação à fiabilidade de um método, ou seja, uma avaliação, a qual deveria ser empreendida probabilisticamente, acaba sendo exercida de modo categórico apelando para a discricionariedade do julgador (Informação verbal)⁴.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF), embora em matéria cível, utilizou-se dos protocolos estabelecidos pela trilogia Daubert em acórdão:

Foi diante desses riscos, que se concretizam muitas vezes com a utilização, por peritos, de supostas técnicas que sequer gozam de aceitabilidade nos respectivos campos do conhecimento humano (junk science), que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América impôs aos juízes, principalmente a partir do célebre caso Daubert vs. Merrell, de 1993, um controle sobre a racionalidade da prova pericial a ser valorada em juízo. Com efeito, e como narra Michele Taruffo, a Suprema Corte, pela lavra do Justice Blackmun, determinou que a admissão ou exclusão da prova científica deve ser submetida aos seguintes critérios: (i) a controlabilidade ou a falsificabilidade da teoria que se encontra na base da técnica empregada, fazendo expressa remissão à filosofia da ciência de autores como Carl Hempel e Karl Popper; (ii) a explicitação do percentual de erro relativo à técnica empregada; e (iii) sua aceitação pela comunidade científica especializada (BRASIL, 2011, p.38).

No entanto, o controle pericial no processo criminal brasileiro acaba por residir predominantemente na valoração da prova e no seu controle de legalidade e legitimidade, havendo a aderência a um *ethos* inclusivista no controle de admissibilidade (HERDY, 2021, Informação verbal)⁴. Tal característica, afortunadamente, demonstra-se certamente alinhada à busca por um modelo

⁴ HERDY, R. **Prof. Dra. Rachel Herdy - A Valoração da Prova Científica no Processo Jurisdicional** - NÚCLEO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL COMPARADO UFPR, 2021. 1 Vídeo (2h43min). Informação verbal (minuto exato do vídeo: 1h14min a 1h:17min) - Palestra. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=M89cr8ICE9g> Acesso em: 5 nov. 2023.

processual acusatório, bem como o afastamento à possibilidade de emersão do cerceamento de defesa das partes.

6 A AUTONOMIA DA ATIVIDADE PERICIAL

A formatação processual penal brasileira tem, declaradamente, caráter acusatório, a considerar pelo texto do artigo 3º-A do Código de Processo Penal⁵. O Prof. Aury Lopes Júnior., no entanto, alerta para a necessidade do reconhecimento da inexistência de sistemas puros, porém, ressalta a relevância da classificação dos sistemas de acordo com a proeminência de um núcleo de característica típicas de um ou outro modelo:

Ora, afirmar que o “sistema é misto” é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 44-45).

Dentre as características mais relevantes as quais identificam o sistema acusatório, o exercício da gestão da prova demonstra-se como essencial (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 47). Neste sentido, expecta-se que a atuação pericial seja exercida, não a serviço do juízo, mas, sim, a serviço das partes:

No sistema inquisitório, o perito era o instrumento pensante do juiz, subministrava-lhe conhecimentos. Opera-se, assim, uma metamorfose do resíduo inquisitorial ao sistema acusatório: o perito muda de identidade e se transforma em órgão útil para as partes antes que ao juiz. Ele serve para aportar premissas necessárias para o debate acusatório (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 508).

Na realidade, no entanto, a produção probatória decorrente da persecução penal tende a estreitar-se de forma exagerada aos vértices da acusação e do juízo, por vezes, apartando-se do flanco do acusado.

A prova pericial, no sistema brasileiro, é produzida por um aparato lotado no interior do Estado. Embora os modelos possam variar de uma unidade federativa para outra, podendo estar diretamente vinculada às direções das Polícias Cíveis estaduais,

⁵ **Art. 3º-A.** O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

ou, alternativamente, às Secretarias de Segurança de seus estados, tendo em si caráter de polícia científica ou não. Em diversos modelos, a atividade correcional dos órgãos periciais também é exercida pelos delegados de polícia (LISITA, 2019, p. 7).

Esse notório estreitamento entre a atividade policial e a atividade pericial pode alimentar uma predisposição ao enviesamento do trabalho exercido (HERDY, 2021, Informação verbal)⁶, acarretando, inexoravelmente, em falhas decorrentes de uma predisposição cognitiva à confirmação das teses investigatórias suscitadas pelas autoridades policiais, bem como ao exercício de fraude deliberada (GIOVANELLI, 2023, 27-29).

7 O VIÉS DE CONFIRMAÇÃO (CONFIRMATION BIAS) E AS INFORMAÇÕES PERIFÉRICAS

O evento denominado por *confirmation bias* (viés de confirmação) é um fenômeno psicológico que descreve a tendência natural às pessoas de buscar, interpretar e lembrar informações de maneira a confirmar suas crenças ou opiniões preexistentes. Em outras palavras, as pessoas têm uma tendência natural de dar mais peso às informações que corroboram suas visões, ao mesmo tempo que minimizam ou ignoram informações que contradizem suas crenças.

As primeiras teorias da psicologia sobre o viés de confirmação datam de 1960 e são creditadas ao psicólogo inglês Peter Wason, da University College de Londres (POHL, 2004, p. 79-80). Na perspectiva forense, o viés de confirmação, em geral, atua na confirmação da tese acusatória:

As Findley and Scott (2006) have noted, the pernicious result produces a form of “tunnel vision”—a rigid focus on one suspect that leads investigators to seek out and favor inculpatory evidence, while overlooking or discounting any exculpatory evidence that might exist. A growing body of literature has begun to identify the ways in which such biases can pervade the investigative and judicial processes (KASSIN; DROR; KUKUCKA, 2013, p. 45).

⁶ HERDY, R. **Prof. Dra. Rachel Herdy - A Valoração da Prova Científica no Processo Jurisdicional** - NÚCLEO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL COMPARADO UFPR, 2021. 1 Vídeo (2h43min). Informação verbal (minuto exato do vídeo: 31min) - Palestra. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=M89cr8ICE9g> Acesso em: 5 nov. 2023.

Em âmbito nacional, um estudo empreendido no estado do Rio de Janeiro por Alexandre Giovanelli, perito oficial do estado, conclui sobre a recorrência do fenômeno do viés de confirmação:

Ou seja, a polícia já tem uma versão prévia dos fatos e, portanto, “dispensa” a perícia de local que poderia mostrar uma dinâmica diferente da apontada. Esse poder discricionário e de versão dos fatos é potencializado pela escassez de recursos e informações presentes no laudo pericial que pouco acrescenta ao roteiro básico da investigação das mortes geradas por policiais. Além disso, alguns laudos ainda apresentaram um claro viés de confirmação da perícia, ao ratificar a incriminação da vítima (GIOVANELLI, 2023, p. 21).

O viés da confirmação, no entanto, não é a única forma de enviesamento ao qual o trabalho pericial está sujeito. A contaminação por informações periféricas sobre o acusado ou suspeito pode interferir drasticamente no trabalho do perito. Um dos casos mais emblemáticos ocorridos nessas condições é o *Mayfield versus United States*, no qual o advogado muçulmano Brandon Mayfield foi condenado como autor de um atentado terrorista por uma identificação errônea de impressão digital (LICHTBLAU, 2006).

O relatório do Departamento de Justiça Norte-Americano alega que não há como mensurar o impacto da contribuição do perfilamento de Mayfield para o erro pericial (ESTADOS UNIDOS, 2006, p.11-13), no entanto, é crível e, até mesmo, admitido por um dos peritos que a inexistência de tal fato poderia ter imposto maior cautela na aceitação dos resultados de identificação positiva:

One of the examiners candidly admitted that if the person identified had been someone without these characteristics, like the "Maytag Repairman," the Laboratory might have revisited the identification with more skepticism and caught the error (ESTADOS UNIDOS, 2006, p.13).

O mesmo relatório aponta como as principais causas do erro pericial a similaridade das digitais de Mayfield com aquelas encontradas na cena do crime e a confiança exacerbada do laboratório em suas primeiras análises (ESTADOS UNIDOS, 2006, p.13).

De forma mais alarmante, não somente a investigação criminal pode exercer um enviesamento no trabalho pericial, mas o próprio trabalho pericial contaminado pode retroalimentar a confirmação deste enviesamento:

The forensic confirmation bias spawns three problems. The first is that it can corrupt the conclusions and testimony of forensic examiners. The second problem is that these conclusions, once corrupted, can have grave consequences—influencing other lines of evidence, be it other forensic examiners, eyewitnesses, and even inducing false confessions among the suspects themselves. The third problem is that these biased sources of information are presented to judges, juries, and appeals courts, which heavily rely on forensic science evidence in their decision-making (KASSIN; DROR; KUKUCKA, 2013, p. 50).

Como medida para a contenção desse fenômeno de enviesamento involuntário, suscitou-se a adoção de protocolos similares aqueles dos estudos clínicos médicos e farmacêuticos como os padrões duplo-cego de verificação de resultados. Ademais, as análises deveriam ser feitas nos moldes estabelecidos para o reconhecimento de suspeitos, sendo fornecidas diferentes amostras juntamente com a do acusado para comparação com aquelas presentes na cena do crime (KASSIN; DROR; KUKUCKA, 2013, p. 49).

Outra medida de mitigação do risco de enviesamento é o apartamento dos peritos de informações acessórias (informações cruzadas) sobre o caso e o suspeito (KASSIN; DROR; KUKUCKA, 2013, p. 49). No entanto, nos casos onde é necessário o acesso às cenas de crime, e, especialmente em casos midiáticos, tal apartamento demonstrar-se-ia, na prática, inviável.

8 OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA PARIDADE DE ARMAS E DA ISONOMIA NA PRODUÇÃO PROBATÓRIA PERICIAL

A estruturação do sistema persecutório penal bifásico brasileiro é, na maior parte das vezes, corporificada em sua origem pelo trabalho investigatório, exercido pelas autoridades policiais (inquérito policial), bem como pelo Ministério Público (investigação criminal) e pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI e CPMI) (Informação verbal)⁷.

Embora seja evidente a oposição das partes acusatórias e defensivas no esquema processual penal, a atuação do Ministério Público como parte deveria ser

⁷ LUCCHESI, G. B. #21 **Investigação Preliminar [DIREITO UFPR]** – Guilherme Brenner Lucchesi, 2021. 1 vídeo (2h36min). Informação verbal (minuto exato do vídeo 0min–12min) – Anotação de Aula. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=M4T4A_Y1XbM&list=PLHAMwYnHQHKy8Bo48daTgmp95XchglodS&index=21 Acesso em 5 nov. 2023.

pautada por uma postura de neutralidade na produção probatória, como enuncia o Prof. Guilherme Brenner Lucchesi, da Universidade Federal do Paraná (UFPR):

Ora, é patente que no processo penal o representante do Ministério Público não detém a titularidade sobre o interesse material em conflito, bem como não possui qualquer tipo de pretensão: a atuação ministerial, ao menos no momento de oferecimento da peça acusatória, restringe-se a um pedido de processamento do caso por meio de juízo de admissibilidade positivo da acusação oferecida; não é correto, dada a conjuntura probatória em referida fase processual, o pedido condenatório, pois o membro do Ministério Público deve produzir provas também em favor do acusado ao longo da instrução processual (LUCCHESI, 2009, p. 18).

Essa neutralidade, no entanto, mesmo quando legitimamente almejada, é claramente comprometida pelos fenômenos do viés de confirmação (*confirmation bias*). Até mesmo na investigação preliminar, é possível prever a possibilidade de uma tendência de que o órgão colha predominantemente as provas de interesse da acusação, ignorando aquelas em favor do investigado (CAMELO, 2017, p. 217).

Desta forma, temos um complexo sistema de organismos estatais estreitamente ligados (são eles: a polícia, os órgãos periciais e o Ministério Público, como titular da ação penal) atuando de forma concentrada e diametralmente em oposição ao indivíduo que ocupa a posição de acusado ou investigado. A aglutinação deste complexo estatal tende a ofender claramente o princípio da paridade de armas, dispondo, na maior parte das ocasiões de um arsenal vezes mais potente que aquele disponível ao investigado ou ao acusado.

Não fosse já uma assimetria flagrante, temos uma seção integral da persecução penal que ocorre sob a prescrição do diferimento do contraditório, sendo este o momento de coleta da maioria das provas. Embora seja prescrito ao julgador pelo Art. 155 do Código de Processo Penal que não se pautе exclusivamente pelas provas colhidas na fase de investigação, não há um mecanismo que garanta que sua decisão não esteja cristalizada desde a cognição das primeiras informações investigatórias.

Nesse sentido, a introdução da figura do juiz de garantias⁸, introjetado no processo penal brasileiro no ano de 2019, materializa um avanço em direção a um

⁸ Consigne-se: um péssimo nome atribuído a tal figura processual, uma vez que dá a entender que sua função seria somente atuar em favor do asseguramento das garantias processuais do réu, quando, de fato, a propriedade mais relevante do juiz de garantias é a de assegurar o afastamento da contaminação do juiz julgador por provas ilegítimas e ilícitas.

maior equilíbrio processual. No entanto, ainda há toda uma série de outros problemas elencados previamente neste texto, decorrente de uma adjeção de atores estatais funcionando de forma sinérgica contra um indivíduo.

Nos sistemas de *common law*, os peritos adentram o processo como testemunhas (*expert witness*). Esta configuração é proveitosa, uma vez que rompe o ilusório véu de neutralidade dos quais os peritos oficiais estão vestidos enquanto permite, em maior grau, o exercício da prática de *cross evidence examination*, desta maneira, fomentando o efetivo exercício do contraditório (FILHO, 1994).

Em âmbito nacional, a tardia introdução da figura do assistente técnico no sistema processual penal brasileiro, em 2008, através da lei 11.690 – em que pese sua existência no sistema processual civil desde muito antes –, injeta um estímulo ao exercício do contraditório com alguma efetividade no tocante às provas periciais técnico-científicas. A possibilidade da contratação de expertos pelas partes também contribui ao exercício de um contraditório efetivo em relação à prova pericial.

No entanto, é importante considerar que os serviços de tais profissionais são disponibilizados mediante o pagamento de valores financeiros elevados. Ademais, é relevante observar a inexistência de ônus sucumbenciais na estrutura processual penal. Sendo assim, a contratação de expertos pelo réu representa um dispêndio elevado sem qualquer reintegração.

Esta possibilidade não é acessível a maioria dos acusados, tornando tal situação, portanto, ofensiva ao princípio da isonomia. O réu mais abastado disporá de uma qualidade de defesa alicerçada por uma produção probatória mais larga, podendo exercer a atividade contraditória de forma mais intensa que o réu hipossuficiente. O mesmo raciocínio pode ser aplicado aos mecanismos de contratação de perícia pelas partes e às possibilidades de exercício da investigação defensiva.

Diante disto, é importante investigar a disparidade existente entre as estruturas dos órgãos vinculados à atividade investigatória e acusatória e aquela disponível às defensorias públicas as quais poderiam mitigar os efeitos deste desequilíbrio à isonomia das partes.

9 CONCLUSÃO

O sistema processual jurídico deve sempre caminhar em direção à robustez das garantias individuais. Na estrutura processual penal esta necessidade torna-se mais ainda imperativa, uma vez que o sistema processual penal trabalha com valores sobremaneira mais relevantes e essenciais como a liberdade e a honra do indivíduo.

Considera-se que a atividade probatória é, essencialmente, o meio pelo qual as partes exercem influência na convicção do julgador. Por sua autoridade científica ostentada, a prova técnico-científica tem uma valoração acentuada. Esta exorbitante valoração requer que, na busca de uma estrutura processual isonômica, seja respeitada sempre a possibilidade do exercício do contraditório pelas partes, devidamente munidas de especialistas capacitados para tanto.

Diante da intensidade do convencimento da prova pericial, como demonstrado neste estudo, e da dificuldade do controle de sua fiabilidade pela valoração do julgador, considerada a complexidade inerente à natureza da prova pericial, torna-se indispensável que as partes possuam equânime acesso, não somente a produzi-la, mas também a contraditá-la. Ainda, por tratar-se de prova científica, deve-se manter constante a ideia de que o próprio método científico pressupõe a possibilidade do erro ou da inacuracidade e que o exercício do questionamento incessante de si mesmo é parte do próprio método.

O treinamento na operação do método científico, bem como a desmistificação da prova-técnico científica é um processo indispensável à formação dos julgadores profissionais, porém o equilíbrio da produção probatória não deveria estar centrado na figura do julgador e, sim, na liberdade e capacidade das partes em contraditar cada prova apresentada pela parte contrária.

No processo penal pátrio, a atividade pericial é exercida, majoritariamente, por peritos oficiais. A atuação desses profissionais ocorre em grande parte na fase investigativa da persecução penal, havendo assim um diferimento do direito ao exercício do contraditório. O diferimento do contraditório na produção probatória ocorrida na fase investigatória da persecução penal e a proximidade dos peritos oficiais ao aparato acusatório podem comprometer a paridade de armas entre as partes no processo penal brasileiro.

A ideia de um controle de admissibilidade probatória pelo juízo (*gatekeeping*), através dos padrões estabelecidos pelos protocolos Frye e Daubert, podem, eventualmente, hipertrofiar a discricionariedade do juízo e incidir em uma mitigação do princípio da ampla defesa bem como transladar a estrutura processual em direção a um modelo inquisitório, uma vez que há notória dificuldade de traçar as linhas que irão definir onde os filtros desses protocolos serão posicionados, recaindo tal responsabilidade sobre a discricionariedade do julgador. Afortunadamente, o processo penal brasileiro tende a efetuar o controle da prova pericial através de sua valoração e não por meio de sua admissibilidade.

Apesar do prestígio que desfruta, a prova pericial é largamente sujeita a falhas e imprecisões. A contenção de erros germinados pela falha, pelo enviesamento involuntário ou pela corrupção dos agentes da perícia deve, sobretudo, ser combatida através do asseguramento da independência do profissional que exerce a atividade pericial. São ferramentas importantes ao asseguramento desta independência a criação de rígidos protocolos de atuação.

Nos moldes inerentes ao método científico, demonstra-se imperativa a necessidade de uma confrontação no tocante às provas periciais. Esta confrontação, considerando a estrutura processual penal brasileira apresenta-se bem mais efetiva do que o controle de admissibilidade epistêmico da prova pericial nos moldes norte-americanos, onde há um posicionamento bastante diverso da atividade pericial (modelo de *expert witness*).

A tardia introdução da figura do assistente técnico no processo penal brasileiro, em 2008, bem como a possibilidade da contratação de peritos pelas partes, proporciona uma possibilidade de reequilibrar o sistema de produção probatória, mesmo que de forma diminuta e em casos restritos. O réu mais abastado terá a possibilidade de contar com um especialista no exercício do contraditório pericial, no entanto, é importante observar que a atuação do assistente técnico em relação ao perito oficial é bastante diminuta. Ademais, os gastos financeiros suportados pela contratação destes profissionais serão inteiramente suportados pela parte, mesmo quando declarada inocente, uma vez que não há ônus sucumbenciais nas ações penais públicas.

Situação mais desfavorável, em flagrante aviltção ao princípio da isonomia, será a do réu hipossuficiente que, por sua vez, na maior parte das vezes não contará

com um assistente técnico, restando a atuação do perito oficial como absoluta no processo, mitigando claramente o direito ao contraditório na ação penal.

Ante o exposto, é possível afirmar que, em relação ao exercício probatório pericial, o princípio da paridade de armas e do exercício do contraditório atua de forma débil na estrutura do processo penal brasileiro e, mesmo quando, eventualmente, ergue-se suficientemente presente, demonstra-se que, ao menos, o princípio da isonomia se ausenta.

A medida mais concreta em busca da garantia de um equilíbrio, mesmo que tênue, seria a equipação das Defensorias Públicas com um corpo técnico especializado, quando menos compatível com aquele disponível ao Ministério Público. É relevante que se estabeleça um estudo comparativo entre as defensorias públicas e os ministérios públicos estaduais e federais, considerando os quadros de funcionários aptos à atuação como assistentes técnicos, a fim de mensurar grau dessa desproporção.

Por fim, é salutar a todo sistema processual penal contemporâneo que tanto as partes quanto os julgadores tenham a clara cognição de que a apresentação de todo material probatório sempre tratar-se-á de uma afirmação probabilística, e desta maneira, os juízos proferidos em sua derivação igualmente deverão ser compreendidos como afirmações probabilísticas e nunca categóricas.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, M. E. A.; BRUNI, A. T. Prova Pericial no Processo Penal: a compreensão e a mitigação dos erros forenses como mecanismo de respeito ao contraditório, à ampla defesa e ao direito à prova lícita. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 9, n. 2, p. 877–912, 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.819>
- BADARÓ, G. H. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BRASIL. **Perícia criminal para magistrados**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 363.889. Recorrente: Diego Goiá Schmaltz. Recorrido: Goiá Fonseca Rates. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 02 junho 2011. **Coletânea de Acórdãos (COLAC)**, Brasília, DF, 02 junho 2011. p. 38. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>. Acesso em: 5 nov. 2023.
- CAMELO, T. F. **O Ministério Público na Investigação Criminal** Ministério Público do Estado do Ceará. [s.l.] Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará, 2017. Disponível em: <https://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2017/07/5-O-Minist%C3%A9rio-P%C3%BAblico-na-Investiga%C3%A7%C3%A3o-Criminal.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2023.
- CARNELUTTI, F. **AS MISÉRIAS DO PROCESSO PENAL**. Brasil: Servanda, 1995.
- CORREAS, Ó. Derecho y posmodernidad en América Latina. Apuntes para un ensayo. **Revista Iberoamericana**, v. 1, n. 22, p. 105–124, 2003. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/3274/3073> Acesso em 5 nov. 2023.
- ESTADOS UNIDOS. **A Review of the FBI’s Handling of the Brandon Mavfield Case**. U.S. Department of Justice DOJ. Office of the Inspector General, Oversight and Review Division. United States, Março, 2006. Disponível em: <https://oig.justice.gov/sites/default/files/archive/special/s0601/final.pdf> Acesso em 5 nov. 2023.
- FERRAJOLI, L. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FILHO, A. M. G. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais , , out. 1994. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/1380/>. Acesso em: 5 nov. 2023.
- GIOVANELLI, A. A busca pela verdade real e a realidade da busca policial: A perícia do Rio de Janeiro no fogo cruzado. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 10, p. 1–38, 2023. <https://doi.org/10.19092/reed.v10.789>
- HERDY, R. **Prof. Dra. Rachel Herdy - A Valoração da Prova Científica no Processo Jurisdicional - NÚCLEO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

COMPARADO UFPR, 2021. 1 Vídeo (2h43min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=M89cr8ICE9g> Acesso em: 5 nov. 2023.

HERDY, R.; KUNII, P. A.; BRUNI, A. T. **O que podemos aprender com os erros periciais?**, out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-20/limite-penal-podemos-aprender-erros-periciais> Acesso em: 5 nov. 2023.

KASSIN, S. M.; DROR, I. E.; KUKUCKA, J. The forensic confirmation bias: Problems, perspectives, and proposed solutions. **Journal of Applied Research in Memory and Cognition**, v. 2, n. 1, p. 42–52, 2013. <https://doi.org/10.1016/j.jarmac.2013.01.001>

LICHTBLAU, E. U.S. Will Pay \$2 Million to Lawyer Wrongly Jailed. **The New York Times**, 30 nov. 2006. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2006/11/30/us/30settle.html#:~:text=WASHINGTON%2C%20Nov.,to%20him%20and%20his%20family>. Acesso em: 5 nov. 2023.

LISITA, A. **A Autonomia da Perícia Criminal Oficial**. 2019. 55 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/24697/1/2019_AlexandreLisita_tcc.pdf Acesso em: 5 nov. 2023.

LOPES JÚNIOR, A. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOURENÇO, A.; SILVA, E. Considerações sobre as condenações injustas fundamentadas em provas periciais: análise do Innocence Project, do National Registry of Exoneration e mecanismos para redução de erros periciais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 7, n. 1, p. 567–607, 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.410>

LUCCHESI, G. B. As Condições da Ação na Reforma Parcial do Código de Processo Penal Brasileiro. **Revista Eletrônica do CEJUR**, 2009. <https://doi.org/10.5380/cejur.v1i4.15466>

MARAS, M.-H.; ALEXANDROU, A. Determining authenticity of video evidence in the age of artificial intelligence and in the wake of Deepfake videos. **The International Journal of Evidence & Proof**, v. 23, n. 3, p. 255–262, 2019. <https://doi.org/10.1177/1365712718807226>

PEIXOTO, A.; NASSER, Y. STATUS QUO OPERANTE DO SISTEMA PENAL: um exemplo do (des) caso brasileiro na suspensão da implementação do juiz de garantias no processo penal. **Revista Húmus**, v. 12, n. 36, p. 259–278, 2022. <https://doi.org/10.18764/2236-4358v12n36.2022.34>

PEIXOTO, F. D. F. **A influência da prova pericial na formação do convencimento do jurado**. Trabalho de Conclusão de Curso - Escola Superior do Ministério Público do Paraná (MP-PR), Curitiba, 2019. Disponível em: https://site.mppr.mp.br/sites/hotsites/arquivos_restritos/files/migrados/File/TCCs/2019/Francisco_Peixoto_-

_A_influencia_da_prova_pericial_na_formacao_do_convencimento_do_jurado.pdf
Acesso em: 15 out. 2023.

POHL, R. F. **Cognitive Illusions**. New York: Psychology Press, 2004.

POPPER, K. **Logic of scientific discovery**. London: Routledge, 2005.

SALAS, F. L. El mito del cientificismo en la valoración de la prueba científica.

Juridicas CUC, v. 14, n. 1, p. 119–144, 2018.

<https://doi.org/10.17981/juridcuc.14.1.2018.06>

SILVA, A. C. **Criminalística em Perspectiva Autocrítica: Avaliação de Peritos Criminais Federais que Atuaram Nno Caso Mensalão Sobre a Admissibilidade da Prova Contábil-Financeira na Ação Penal 470**. 2017. 231f. Dissertação (Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2017. Disponível em: Acesso em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/29848/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20DE%20MESTRADO%20-%20ADILSON%20CARVALHO%20SILVA.pdf> Acesso em: 15 out. 2023.

TAVARES, J.; CASARA, R. **Prova e verdade**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

THAKKAR, N.; FARID, H. On the Feasibility of 3D Model-Based Forensic Height and Weight Estimation. **Computer Vision Foundation**, 2021. In: IEEE/CVF Conference on Computer Vision and Pattern Recognition Workshops (CVPRW), Nashville, TN, USA, 2021, pp. 953-961, doi: 10.1109/cvprw53098.2021.00106. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/9522965> Acesso em: 15 out. 2023.