

Prova pericial: o juiz como porteiro da boa ciência?

Profa. Rachel Herdy

Os tipos de fatos que demandam
a ajuda de especialistas

A ciência interage com os tribunais em diferentes contextos

- Nos processos civis, penais, trabalhistas etc. decididos em primeira instância
 - por meio de
 - Peritos oficiais ou de confiança do juiz
 - Assistentes indicados pelas partes
 - Peritos de comum acordo (art. 471 CPC)
 - Amicus curiae (art. 138 do CPC)
- Nos tribunais superiores (STJ e STF)
 - Por meio de mecanismos institucionalmente previstos ou não
 - Amicus curiae
 - Audiências públicas
 - Investigação Independente

...e para auxiliar o juiz com diferentes tipos de questões de fato

Fato adjudicativo

- Refere-se à premissa menor do silogismo judicial (questão de fato)
- Proposições factuais que se referem a eventos ou coisas particulares
- Ajudam o juiz a determinar a culpa ou a responsabilidade de alguém
- Direccionam-se a responder questões como “quem”, “o quê”, “onde”, “como” e “por quê”

Fato legislativo

- Se refere ao suporte factual da premissa maior do silogismo judicial (norma)
- Proposições factuais que se referem a eventos ou estados de coisas gerais
- Ajudam o juiz no processo de interpretação jurídica
- Direccionam-se a encontrar o fundamento epistémico de escolhas legislativas

Exemplos

Fato adjudicativo	Fato legislativo
<i>R</i> interrompeu a gestação de um feto anencefálico?	Quão confiável é o diagnóstico pré-natal da anencefalia?
O vestígio de impressão digital encontrado na cena do crime é compatível com a impressão digital de <i>R</i> ?	Pode o exame papiloscópico dizer com certeza absoluta qual a fonte de um vestígio de impressão digital?
<i>V</i> morreu de câncer de pulmão?	A pessoa exposta à substância asbestos possui um maior risco de desenvolver câncer de pulmão?

Definição de prova pericial

A prova pericial fornece ao juiz informação técnica ou científica para auxiliá-lo no processo de tomada de decisão a respeito de fatos adjudicativos

Mas o perito também faz afirmações de fato legislativo!

O casamento conturbado entre a
ciência e o direito



Justice Blackmun, Suprema Corte dos EUA, caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* (1993)

“Existem diferenças importantes entre a busca da verdade na sala do tribunal e a busca da verdade no laboratório. As conclusões científicas estão sujeitas a revisões permanentes. A lei, por outro lado, deve resolver as disputas de maneira definitiva e rápida”.



IRRECONCILABLE DIFFERENCES? THE TROUBLED MARRIAGE OF SCIENCE AND LAW*

SUSAN HAACK**

In many respects [the scientific expert] seems to be a positive annoyance to lawyers, and even to judges at times, a sort of intractable, incompatible, inharmonious factor, disturbing the otherwise smooth current of legal procedure; too important or necessary to be ruled out, too intelligent and disciplined mentally to yield without reason to ordinary rules and regulations of the court, . . . and, at the same time[,] possessing an undoubted influence with the jury, that it is difficult to restrict by the established rules and maxims of legal procedure.¹

It is often said, with good cause, that . . . the goal of a trial and the goal of science are . . . at odds. . . . [A]s a general rule, . . . courts don't do science very well.²

I

GETTING STARTED

There was not a lot to be said for the miserable weeks after Hurricanes Katrina and Wilma—except, in retrospect, that all those hours spent sweating in the dark prompted some vivid thoughts about what life must have been like before electric light and power were available at the flick of a switch, and renewed my appreciation of the countless ways in which science now permeates just about every aspect of modern life.

“Every aspect of modern life” including, of course, the legal system. Legal proceedings now often rely significantly on scientific testimony, and scientific advisors contribute significantly to regulatory decisionmaking.³ Moreover, the

Copyright © 2009 by Susan Haack.

This Article is also available at <http://law.duke.edu/journals/lcp>.

* First presented at the Fourth Coronado Conference organized by SKAPP (The Project on Scientific Knowledge and Public Policy), Bretton Woods, New Hampshire (May 3–4, 2007).

** Distinguished Professor in the Humanities, Cooper Senior Scholar in Arts and Sciences, Professor of Philosophy, Professor of Law, University of Miami. The author is grateful to Michele Taruffo and Mark Migotti for helpful comments on a draft, to Ken Williams for “effective assistance of colleague” with respect to “effective assistance of counsel,” and to Barbara Brandon and Pamela

DIFERENÇAS IRRECONCILIÁVEIS?

O CONTURBADO CASAMENTO ENTRE CIÊNCIA E DIREITO

Sob muitos aspectos [o perito científico] parece constituir um aborrecimento positivo para os advogados, e às vezes até para os juízes, uma espécie de fator refratário, incompatível, desarmônico a perturbar o habitualmente sereno andamento do procedimento jurídico – demasiado importante ou necessário para ser descartado, demasiado inteligente ou disciplinado mentalmente para ceder sem razão às regras e normas ordinárias da corte, e ao mesmo tempo dotado de inegável influência sobre o júri, a ponto de ser difícil de restringir pelas regras e máximas estabelecidas do procedimento jurídico¹.

Não raro se diz, por uma boa causa, que [...] o objetivo de um julgamento e o objetivo da ciência [...] estão em desacordo [...] [De modo geral, os tribunais não se saem muito bem com a ciência]².

1. Começando

Não havia muito a dizer durante as desoladoras semanas que se seguiram aos furacões Katrina e Wilma – exceto, em retrospecto, que todas aquelas horas passadas em meio às trevas inspiraram pensamentos vívidos acerca de como devia ter sido a vida antes que a luz e a energia elétrica estivessem disponíveis ao pressionar de um interruptor, tendo renovado meu apreço pelas incontáveis maneiras pelas quais a ciência hoje permeia quase todos os aspectos da vida moderna.

1 Charles F. Himes, *The Scientific Expert in Forensic Procedure*, 135 J. FRANKLIN INST. 407, 411 (1893).
2 EDWARD HUMES, *MONKEY GIRL: EVOLUTION, EDUCATION, RELIGION, AND THE BATTLE FOR AMERICA'S SOUL* 257 (2007).

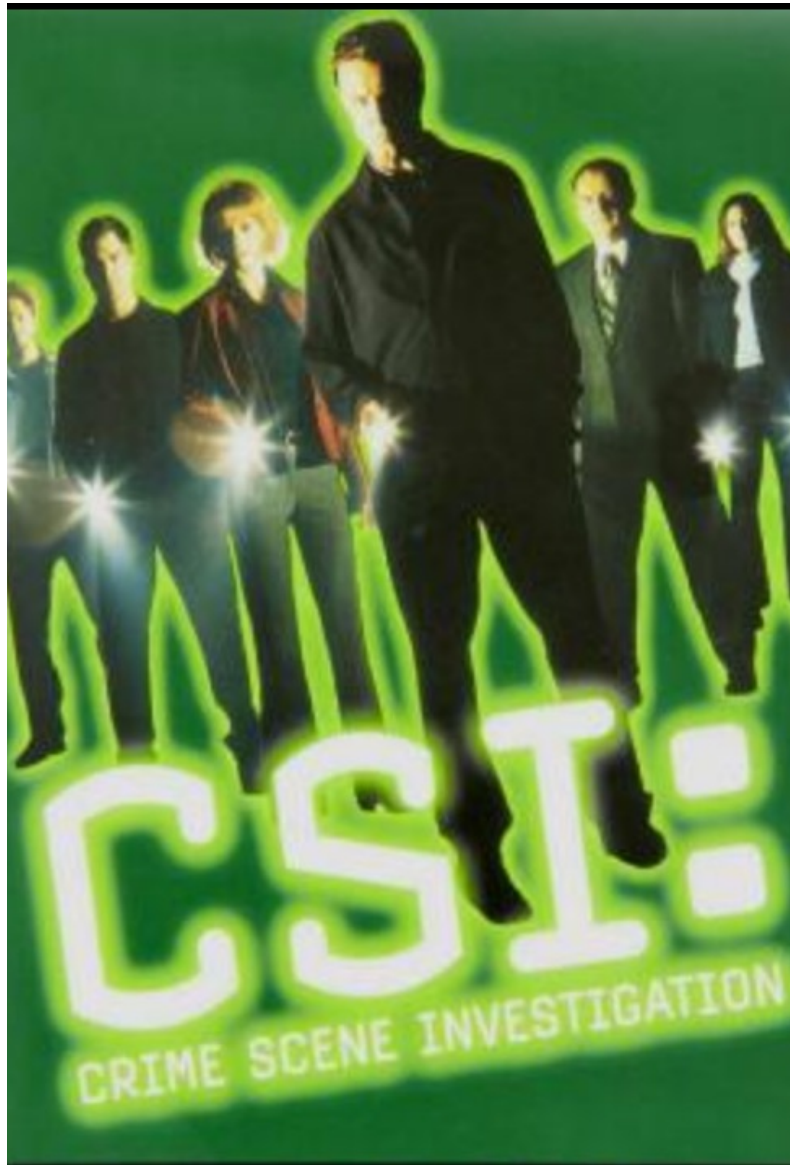
Susan Haack

Diferenças irreconciliáveis

	Ciencia	Derecho
Objetivo	Investigar e encontrar respostas verdadeiras para questões gerais sobre o mundo real	Investigar e encontrar respostas verdadeiras para determinar a culpa ou a responsabilidade em casos particulares
Valores	Pressupõe o respeito a valores epistêmicos, como honestidade, colaboração e desinteresse pela conclusão a ser alcançada	Pressupõe o respeito a valores que podem entrar em conflito com a busca da verdade As partes não são honestas, não agem de forma colaborativa (pelo contrário) e possuem clara preferência por uma conclusão em detrimento da outra
Natureza e tempo da decisão	A decisão de um cientista é falível; e a ciência toma o tempo que tem de tomar, tendo um desenvolvimento desigual e imprevisível	A decisão de um juiz é definitiva; e a adjudicação tem pressa, não deve se desenvolver indefinidamente por muitos anos – o que pode exigir mais do que a ciência pode dar em dado momento

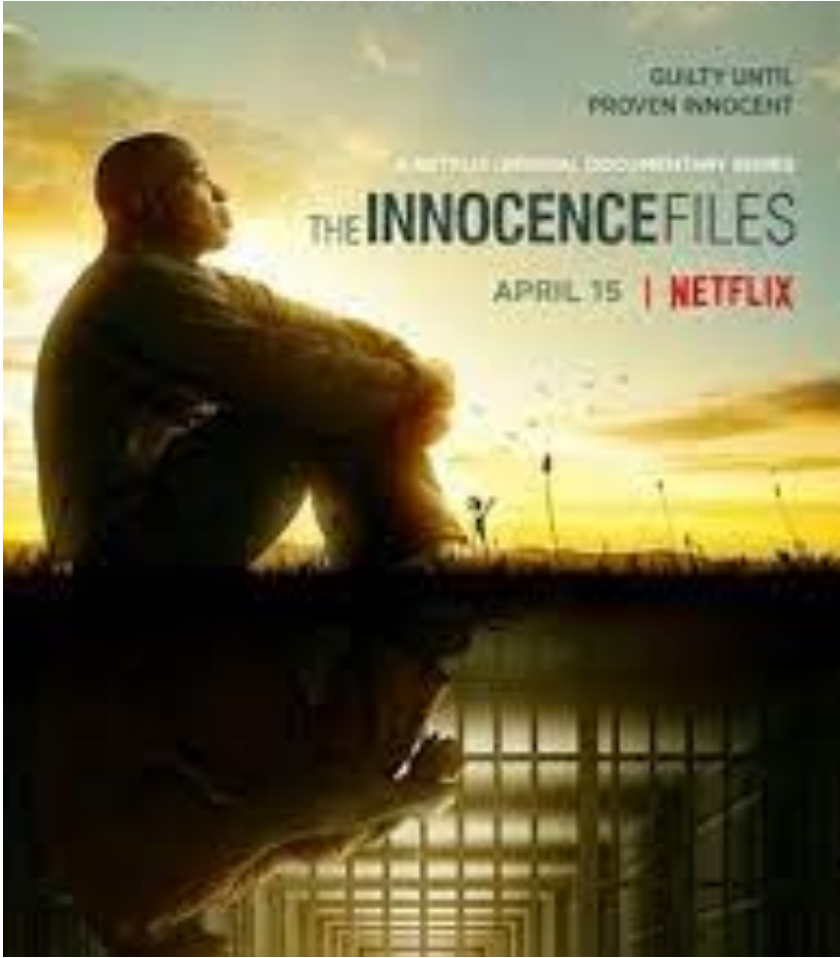
Há reclamações dos dois lados

- Os peritos reclamam que os juízes, jurados e advogados são ignorantes cientificamente ou excessivamente crédulos – falta-lhes pensamento crítico e conhecimentos mínimos de metodologia e estatística para compreender suas interpretações e o conteúdo dos laudos periciais
- Nos sistemas adversariais, os juízes e jurados reclamam que os peritos atuam de maneira parcial e enviesada
- Nos sistemas continentais, os advogados costumam criticar a frequente atuação do perito oficial em prol da promotoria e a deferência excessiva por parte dos juízes



Excesso de confiança na ciência (cientismo) é tido como um dos principais desafios

- Ciências forenses são vistas como *high tech*
 - Exames de DNA
 - Impressões digitais
 - Balística
 - Fios de cabelo
 - Marcas de mordida
 - Impressões de sapato
- Produzem o “Efeito CSI”



GUILTY UNTIL
PROVEN INNOCENT

A NETFLIX ORIGINAL DOCUMENTARY SERIES

THE INNOCENCE FILES

APRIL 15 | NETFLIX

Michael West
(odontólogo forense)



Kennedy Brewer
(ficou 15 anos preso)



Uma constante preocupação

A ciência forense é constituída por um conjunto de métodos ou técnicas aplicadas com o propósito de auxiliar o judiciário em questões de fato adjudicativo que demandam conhecimentos especializados que os juízes não possuem

- Três observações:
 1. As ciências forenses constituem uma atividade enraizada no tribunal
 2. O judiciário constitui o único campo de aplicação de algumas especialidades
 3. O que as unifica é apenas o propósito a que servem – auxiliar o juiz/jurado
 - Logo, se não puderem ajudar o juiz/jurado, de nada servem!

Conceito e regulamentação no processo penal brasileiro

Conceito de prova pericial

Definição dada na primeira aula:

A prova pericial fornece ao poder judiciário informação técnica ou científica para auxiliá-lo no processo de tomada de decisão a respeito de fatos adjudicativos

- Costuma-se dizer que o perito serve às partes (Aury Lopes Jr.)
 - Os peritos apontariam as premissas necessárias para o debate acusatório
- Mas é preciso não perder de vista quem é o destinatário final
 - Quem terá de tomar uma decisão: juiz ou jurados

A prova pericial no CPP

- Art. 159
 - Perito oficial - Caput: “O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial [servidor público de carreira, concursado], portador de diploma de curso superior”.
 - Quando não há perito oficial - § 1º: “Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame”.
 - Compromisso - § 2º: “Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo”.

Direitos das partes no CPP

- Formular quesitos
- Requerer oitiva dos peritos para esclarecer a prova ou responder quesitos
- Indicar assistente técnico
 - Elabora um parecer sobre a perícia oficial realizada
 - Pode indicar mais de 1 quando se tratar de assunto complexo, interdisciplinar
 - Pode ser inquirido em audiência
- Acompanhar a colheita do material, se possível
- Requerer o material utilizado como base para a perícia
- Recorrer a perito particular
 - Emitem pareceres que são juntados como prova documental

Deveres dos peritos

- Elaborar o laudo no prazo de 10 dias (art. 169 do CPP)
- Não fazer afirmação falsa (art. 342 do CP)
- Definir local em que os assistentes técnicos terão acesso ao material
- Descrever minuciosamente o que examinou
- Responder os quesitos formulados

A regulação da admissão da prova pericial na experiência norte-americana: algumas lições

Relevancia e fiabilidade probatória

Diferenças institucionais entre Brasil e EUA

- No BRA, não existe um código probatório, mas leis esparsas (CPP, CPC...)
 - Nos EUA, existem as *Federal Rules of Evidence* (FRE)
- No BRA, a valoração ocorre com base no livre convencimento motivado
 - Nos EUA, existem standards variados e relativamente bem definidos
- No BRA, a prova (ainda) é admitida e valorada pelo juiz
 - Nos EUA, o sistema é bifurcado: a valoração é feita pelos jurados
- No BRA, o perito é oficial ou nomeado pelo juiz
 - Nos EUA, o perito é uma testemunha da parte
- No BRA, prevalece a escrituração (laudo pericial)
 - Nos EUA, prevalece a oralidade com interrogatório cruzado

Mas... há semelhanças relevantes!

- Em nenhum dos dois sistemas jurídicos
 - O juiz (ou jurado) está vinculado às conclusões do expert
 - Esta deve ser valorada em relação ao conjunto probatório
- E nos dois sistemas jurídicos
 - O juiz (ou jurado) é uma pessoa cientificamente leiga
 - E deve ser capaz de valorar a informação técnico-científica

Que lições podemos
aprender com a experiência
norte-americana?

Caso Frye, EUA, 1923

- James Frye confessou o crime (homicídio), mas voltou atrás
- A defesa ofereceu o testemunho de um expert que submeteu o réu a um teste de detecção de mentiras (precursor do polígrafo)
 - Media a pressão sistólica do sangue, que aumentaria com as sensações de medo ou culpa
- A corte não admitiu e não permitiu sua realização em audiência
- Não havia outra prova que corroborasse a alegação de inocência
- A decisão do juiz foi mantida na Corte de Apelações (Distrito de Columbia)

James Frye e Dr. William Marston (à direita)

Fonte:

<http://jaapl.org/content/42/2/226/tab-figures-data>



Teste Frye, 1923 - “aceitação geral na comunidade científica relevante”

→ Ainda aplicado em algumas jurisdições estaduais

“O momento exato em que um princípio ou uma descoberta científica cruza a linha entre o estágio experimental e o estágio demonstrável é difícil de definir. Em algum lugar nessa zona de penumbra, a força probatória do princípio deve ser reconhecida, e enquanto as cortes percorrem um longo caminho para admitir testemunhos de experts deduzidos de um princípio ou descoberta científica bem reconhecida, aquilo a partir do qual a dedução é feita deve estar **suficientemente estabelecido a ponto de ter conquistado aceitação geral no campo particular ao qual pertence**” (*Frye v. United States*, trad. livre).

Críticas ao Teste Frye

- Acusado de ser demasiado conservador, pois espera que se solidifique o consenso, deixando de fora os precursores da ciência (Galileos y Einsteins). Técnicas novas, por serem novas, dificilmente terão aceitação geral na comunidade científica relevante.
- Mas também de ser muito liberal, pois admitiria práticas aceitas em comunidades ou grupos específicos (astrólogos, homeopatas, certas práticas forenses contestáveis)

Aperfeiçoamento do Test Frye, 2020

- Decisão recente da juíza April Newbauer da Suprema Corte do Estado de Nova Iorque em um caso que envolva análise de microbalística
- A decisão promoveu uma importante evolução jurisprudencial na aplicação do Teste Frye no estado de Nova York
 - Devemos incluir, no âmbito da “comunidade científica relevante”, não apenas estudos da comunidade de cientistas forenses que atuam na área de microbalística, mas especialistas em áreas como metodologia da pesquisa científica, psicologia e estatística

Aperfeiçoamento do Test Frye, 2020

“Cada uma dessas comunidades sobrepostas desempenha um papel importante na determinação do que é aceito como ciência no campo de armas de fogo e marcas de ferramentas” – disse a juíza Newbauer.

Caso Daubert, EUA, 1993

- Caso de responsabilidade civil: o medicamento Bendectin, ingerido durante a gravidez, teria causado malformação congênita
- Os autores (mãe e filho) apresentavam como prova uma reanálise de estudos epidemiológicos anteriores que não havia sido publicada em periódico revisado por pares
- O julgamento inicia na corte de um distrito da Califórnia, mas as partes apelaram e o caso foi parar no Nono Circuito
- A decisão do Nono Circuito confirmou a decisão anterior, citando expressamente o Teste Frye



Jason Daubert e sua mãe Joyce

Fonte:

<https://undark.org/2020/02/17/daubert-standard-joyce-jason/>

Daubert na Suprema Corte (SCOTUS)

- As partes recorreram e levaram o caso à SCOTUS
 - Contestaram a aplicação do teste Frye, alegando sua revogação pelas Federal Rules of Evidence (FRE), cuja Regra 702 diz o seguinte:

“Se conhecimentos científicos, técnicos ou de outra forma especializados auxiliarem o julgador a compreender as provas ou determinar um fato em disputa, uma testemunha qualificada como expert por conhecimento, habilidade, experiência, treinamento ou educação poderá testemunhar sobre isso na forma de uma opinião ou de outra forma” (tradução livre).

Trecho da decisão

“O adjetivo ‘científico’ implica um embasamento nos métodos e procedimentos da ciência. Similarmente, a palavra ‘conhecimento’ conota mais do que crença subjetiva ou especulação infundada. [...] É claro, não seria razoável concluir que o objeto do testemunho científico deva ser ‘conhecido’ com certeza; é possível argumentar que não existem certezas na ciência. [...] Mas, para qualificar como ‘conhecimento científico’, uma inferência ou afirmativa deve ser derivada do método científico. O testemunho proposto deve estar apoiado em validação apropriada — isto é, ‘bons embasamentos’, baseado no que é conhecido. Em suma, o requerimento de que o testemunho de um expert pertença ao ‘conhecimento científico’ estabelece um standard de fiabilidade probatória” (tradução livre).

Análise do caso *Daubert*

- A discussão era sobre admissibilidade segundo a regra 702
 - A decisão afirmou que a prova não deve ser só relevante
 - A prova científica deve ser *também* fiável (fiabilidade probatória)
 - Não importam as conclusões, mas a metodologia utilizada
 - A fiabilidade deve ser medida em termos de “validade científica”
 - E para ajudar o juiz em sua função de “porteiro” (gatekeeper), podemos considerar uma lista de fatores/standards

O standard de fiabilidade probatória na SCOTUS

- São critérios que podem servir como um guia (flexível):
 1. Se a teoria ou método pode ser e se de fato foi testada (Popper)
 2. Se a teoria ou método foi publicada e revisada por pares
 3. Qual a taxa de erro conhecida ou potencial do método
 4. A aceitação geral da teoria na comunidade científica relevante
- São indicadores, e não condições necessárias ou suficientes



“Eu não duvido de que a Regra 702 confie ao juiz alguma responsabilidade no sentido de proteger os portões no que diz respeito a decidir questões de admissibilidade do testemunho experto oferecido. Mas eu não acredito que imponha a eles a obrigação ou a autoridade para se tornarem cientistas amadores [...]” (tradução livre).

De volta à Corte de Apelações do Nono Circuito

- O juiz Kozinski afirmou que:
 - Os trabalhos não foram publicados ou sujeitos à revisão por pares
 - Não ficou demonstrada a causalidade específica
 - Os experts não se basearam em pesquisas independentes do litígio (5º fator)
 - Logo, os experts não foram admitidos e foi confirmado o julgado anterior

Voto de Kozinski – 5º fator no Teste Daubert

“Estudos científicos conduzidos em antecipação ao litígio [como era a reanálise não publicada de estudos epidemiológicos publicados apresentada pelos autores] devem ser escrutinados de forma muito mais cautelosa do que estudos conduzidos no curso normal da investigação científica. Essa dose extra de ceticismo é garantida, em parte, porque estudos gerados especialmente para o uso em litígio são menos prováveis de terem sido expostos ao processo normal de revisão por pares, que é uma das marcas da investigação científica confiável” (Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., tradução livre).

A sequência de casos após Daubert (Trilogia)

- ***Caso 2: General Electric Co. v. Joiner (1997)***

- Caso de resp. civil em que o autor foi exposto à substância carcinogênica PCB
- Joiner sustentava sua alegação na opinião de experts que diziam que PCBs causam câncer
- GE disse que a conclusão do expert era “especulação”, pois provas individualmente fracas não poderiam fornecer uma conclusão
 - O juiz concordou
- A SCOTUS decidiu que o juiz de primeira instância **pode examinar tanto a metodologia como a conclusão**

A sequência de casos após Daubert (Trilogia)

- ***Caso 3: Kuhmo Tire v. Carmichael (1999)***

- Caso de resp. civil cujo expert era um técnico especialista em pneus
- A empresa ré pediu a exclusão do expert pq a metodologia não era confiável
- O juiz de primeira instância aplicou o teste Daubert para excluir a prova técnica
- A corte de apelação reverteu a decisão: o teste Daubert não se aplicava
- A SCOTUS decidiu que
 - dependendo do tipo de expertise, os fatores podem variar
 - a questão central não é a metodologia em abstrato, mas sua aplicação
 - reverter o julgamento da corte de apelações: **Daubert aplica-se a provas técnicas**

Críticas feitas à Trilogia Daubert (Susan Haack)

- Adota uma Filosofia da Ciência equivocada (“Falsificacionismo” de Popper)
- Desconsidera a corrupção do mundo editorial – “publish or perish”
- Ignora que a avaliação da metodologia exige conhecimentos substantivos
- Assume que a fiabilidade possa ser um juízo categórico
 - Se o grau for alto, o juízo converte-se em juízo de suficiência probatória
- Supõe que testemunhos científicos sejam por si só confiáveis
- Não questiona o campo da aceitação geral (Astrologia, Psicografia, Homeopatia)
- Adota um modelo atomista: mas, como vimos, evidências individualmente fracas podem tornar-se conjuntamente fortes

Impactos da Trilogia Daubert no direito brasileiro

Voto-vista do Ministro Fux

RE 363889/DF (Investigação de paternidade)

“[...] 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 na 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” .

- Discutia a confiabilidade do exame de DNA
- Onde foi parar o critério da publicação científica em periódico revisado?

O ceticismo em relação às ciências forenses

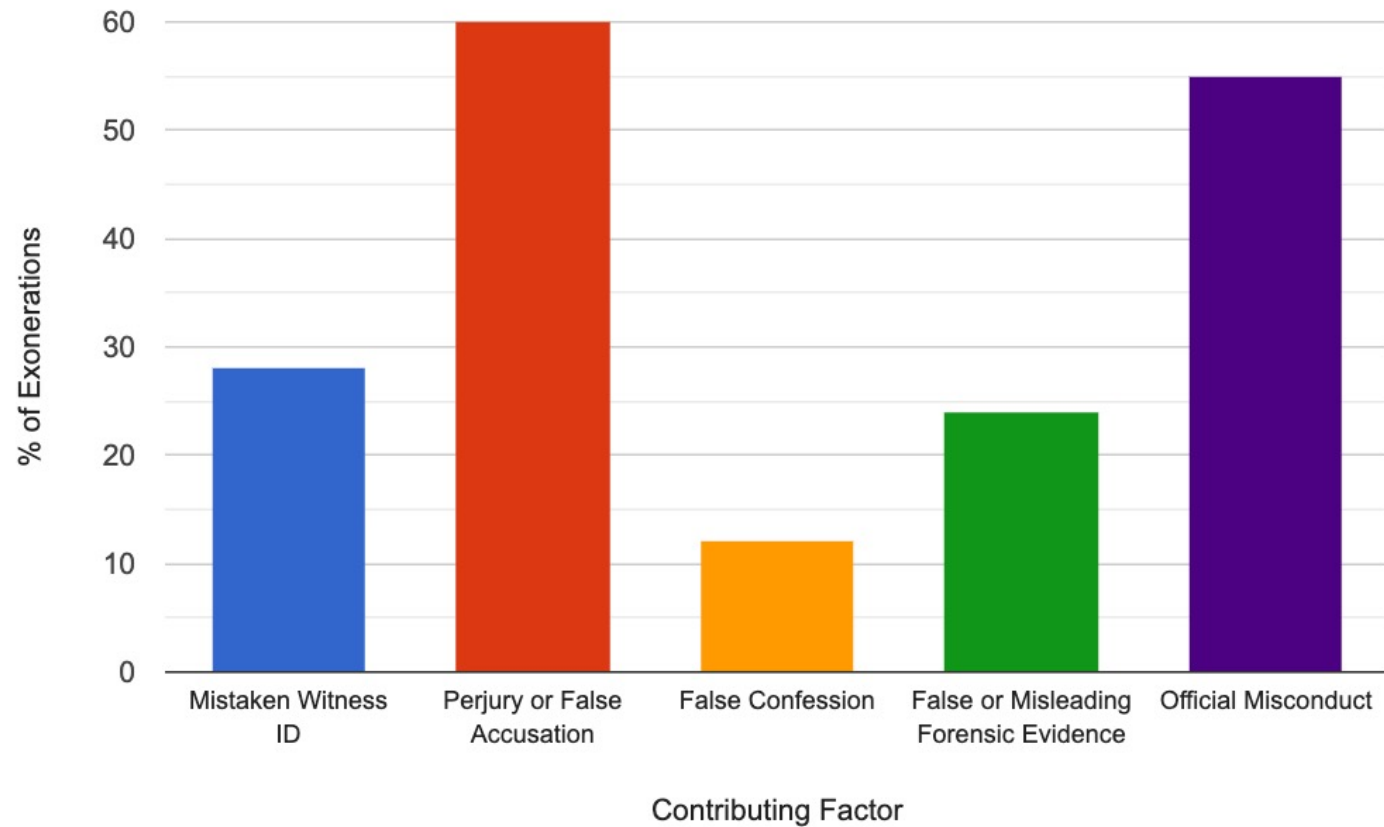
Preocupações

- As ciências forenses constituem uma atividade enraizada no tribunal
- O judiciário constitui o único campo de aplicação de algumas especialidades
- O que as unifica é apenas o propósito a que servem – auxiliar o juiz/jurado
 - Logo, se não puderem ajudar o juiz/jurado, de nada servem!

% EXONERATIONS BY CONTRIBUTING FACTOR

National Registry of Exonerations

5/5/2021 Total = 2779





O **Innocence Project Brasil** é a primeira organização brasileira especificamente voltada a enfrentar a grave questão das condenações de inocentes no Brasil.



contato@innocencebrasil.org

São Paulo, Brasil

 www.innocencebrasil.org

Erros judiciais

- Lee Stinson passou 23 anos na prisão acusado de estupro e homicídio
 - Prova: marca de mordedura
- Brandon Mayfield ficou preso por 2 semanas por estar envolvido no ataque terrorista ocorrido em 2004 em Madrid
 - Prova: impressão digital (papiloscopia)
- Antonio Claudio Barbosa de Castro passou 5 anos na prisão acusado de ser o “maníaco da moto” de Fortaleza
 - Prova: Reconhecimento pessoal feito pela vítima de 11 anos





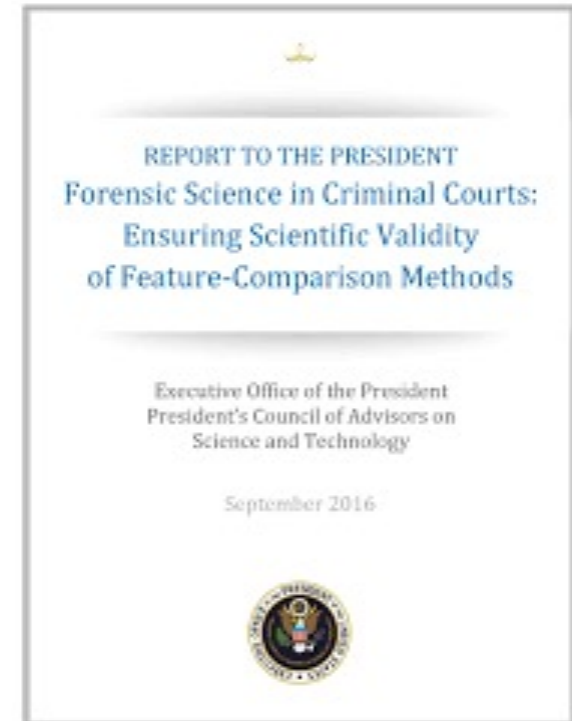
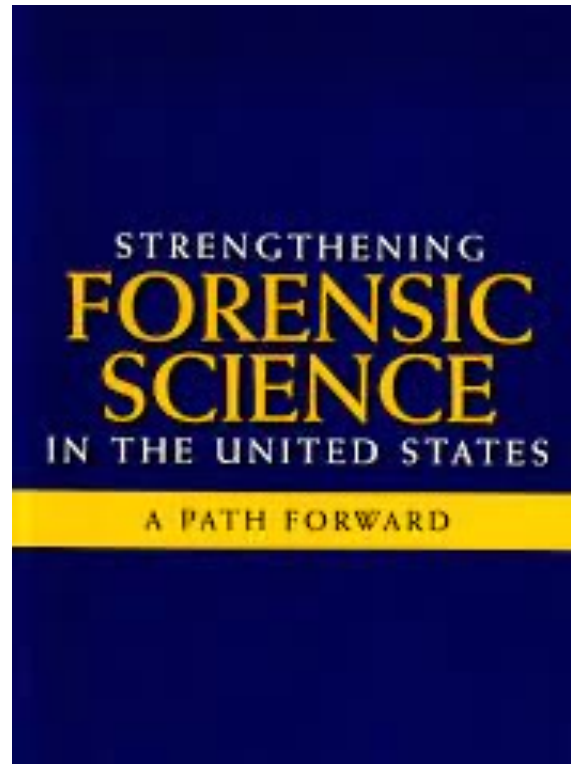
Homem rendia mulheres com faca e abusava delas em ruas com pouca movimentação de Fortaleza — Foto: Reprodução

Entre as evidências apontadas pela defesa no novo julgamento, os advogados alegam que o autor do crime tem cerca de 1,80 metro, com base em vídeos dele cometendo os crimes. A altura de Antônio Cláudio é 1,59 metro.

<https://doutorado.vogado.jusbrasil.com.br/noticias/738737838/condenado-por-estupro-e-inocentado-em-novo-julgamento-apos-cinco-anos-presos-por-engano>

Relatórios oficiais críticos

- 2009, NAS Report (Conselho Nacional de Pesquisa da Academia Nacional de Ciências dos EUA)
- 2016, PCAST Report (Conselho de Assessores em Ciência e Tecnologia do Presidente)



Destacam (inter alia)

- A ausência de validação científica da maioria das ciências forenses
 - Não há estudos que comprovem com segurança suas teorias e métodos
- A perigosa proximidade entre os laboratórios responsáveis pela perícia e as promotorias criminais
 - Estimula resultados condizentes com a tese condenatória
 - Aumentam o risco de que pessoas inocentes sejam condenadas com base em provas falsas ou enganosas

STRENGTHENING
**FORENSIC
SCIENCE**
IN THE UNITED STATES

A PATH FORWARD

NAS Report

- “Com a exceção da análise de DNA, nenhum método forense mostrou possuir, de forma rigorosa, a capacidade de consistentemente, e com um alto grau de certeza, demonstrar uma conexão entre uma evidência e um indivíduo ou fonte específica” (p. 7).



REPORT TO THE PRESIDENT
Forensic Science in Criminal Courts
Ensuring Scientific Validity
of Feature-Comparison Methods

Executive Office of the President
President's Council of Advisors on
Science and Technology

September 2016



PCAST Report

- “A análise de marca de mordedura não atende aos padrões científicos de validade fundacional, e está longe de atender a esses padrões. Ao contrário, as evidências científicas disponíveis sugerem fortemente que os examinadores não conseguem concordar consistentemente se uma lesão é uma marca de mordida humana e não conseguem identificar a fonte da marca de mordida com precisão razoável”.

Não se pode individuar de forma categórica!

- Individuação é a redução de uma amostra a uma fonte particular
 - A marca em um cartucho de bala a uma arma específica
 - Uma impressão digital àquelas de um indivíduo específico
- Vestígios podem ser biológicos (sangue, saliva), marcas de ferramentas (cartuchos), marcas de mordedura, assinaturas etc.
 - Conclusões categóricas, que expressam certeza, estão logicamente equivocadas (estamos no campo da probabilidade)
 - Em alguns casos, cientistas forenses sequer podem fazer afirmações deste tipo com grau razoável de fiabilidade epistêmica

“O paradigma da identificação vai morrer, porque, como cientistas, percebemos que não há base para isso”

Christophe Champod, 2017
Université de Lausanne



Discussão sobre vieses cognitivos

- Viés de confirmação forense (*forensic confirmation bias*)
 - Kassin, Dror e Kukucka (2013)
 - “A classe de efeitos por meio da qual as crenças prévias de um indivíduo, suas expectativas, seus motivos e seu contexto situacional influenciam a coleta, a percepção e a interpretação de um elemento de prova durante o curso de um caso criminal”.

Discussão sobre vieses cognitivos:

Viés de confirmação forense

- Exemplos de aspectos que geram esse tipo de viés:
 - O desejo de resolver crimes
 - A pressão da polícia e do promotor para que haja uma identificação positiva
 - Os agentes às vezes determinam a realização de uma nova perícia quando o resultado da primeira não dá suporte à sua tese
 - A informação de que o réu confessou ou foi reconhecido por uma testemunha
 - Os detalhes do crime
 - A ordem da lista das pessoas registradas em um sistema computadorizado
 - A crença do expert de que suas análises são objetivas e livres de vieses

Sugestões de melhoria

- O expert deve conduzir a análise de forma cega (*blind testing*)
 - Excluir detalhes do crime
 - Excluir informações sobre provas cruzadas (confissão, reconhecimento etc.)
- O expert deve receber várias amostras para realizar a comparação, sendo uma do suspeito e as outras cinco de enchimentos (*fillers*) plausíveis
 - À semelhança do que ocorre com o reconhecimento
 - Esse procedimento é conhecido como *evidence lineup* em contraposição ao *showup*, no qual a comparação se resume à amostra do suspeito
- As conclusões devem ser submetidas à verificação duplo-cega

O paradoxo da expertise nos tribunais

Paradoxo da expertise nos tribunais

- Precisamos de decisões judiciais com premissas factuais racionalmente fundamentadas (Tradição Racionalista), e por isso mesmo recorreremos aos peritos no assunto
- Mas julgadores não possuem a capacidade cognitiva exigida para entender as razões que suportam premissas técnicas ou científicas
- Deferência epistêmica: juízes e jurados terão de abdicar de sua autonomia cognitiva em relação a questões factuais cuja determinação da verdade demanda conhecimentos especializados

Como melhorar a relação entre perito-expert e juiz-leigo no processo de tomada de decisão?

- Modelo educacional
 - Aposta no entendimento (por parte do julgador) do processo de raciocínio que conduziu ao laudo pericial
 - Busca-se uma concordância do juiz/jurado de forma *independente e autônoma*
 - O Teste Daubert teria inaugurado este modelo de decisão
 - Critérios demasiado exigentes
 - Experiências em outros países
 - Hot Tub na Austrália (junta de peritos, partes e julgadores para um debate)
 - Entende-se que a deferência é contrária à racionalidade
- Modelo deferencial (pode ser cego ou crítico)
 - Aposta na adoção (por parte do julgador) do ponto de vista do perito por delegação
 - Learned Hand (1901): criação de um conselho de expertos que decidiram os fatos
 - Teste Frye (1923): instituía um modelo de decisão deferencial
 - Aceitação na comunidade científica relevante (é um bom critério, mas insuficiente)
 - Gary Edmond (2012): criação de um painel consultivo multidisciplinar

Ni educación, ni deferencia ciega. Hacia un modelo crítico para la valoración de la prueba pericial

Neither Education, nor Blind Deference: Towards a Critical Model for the Assessment of Expert Evidence

Rachel Herdy*

Recepción: 19/12/2019
Evaluación: 15/1/2020
Aceptación final: 17/2/2020

Resumen: Este artículo discute el argumento de Carmen Vázquez a favor de un modelo educacional para la valoración de la prueba pericial. No se enfoca en las herramientas institucionales que Vázquez cree podrían promover la educación de decisores, sino en los presupuestos psicológicos y epistémicos de su trabajo. Por un lado, cuestiona su suposición empírica de que decisores son cognitivamente capaces de comprender el razonamiento de los expertos; por otro, argumenta que la afirmación de Vázquez de que la deferencia es una actitud irracional que amenaza la legitimidad de las decisiones judiciales parece ignorar el papel que el razonamiento basado en la autoridad generalmente juega en la justificación judicial. El artículo esboza un modelo para la valoración de la prueba pericial que no promueve ni la educación, ni la deferencia ciega. En cambio, propone un modelo crítico y más democrático en el que no solo el juez o jurado científicamente educado tiene la capacidad de llegar a una decisión justificada sobre la base de la información transmitida por los expertos, sino la sociedad como un todo.

Palabras clave: prueba pericial, educación, deferencia, razones de autoridad.

A ideia de um modelo de deferência crítica

- Estudos empíricos mostram que as pessoas tendem a recorrer a indicadores periféricos quando trabalham com informações complexas (porque se sentem desmotivadas)
 - São indicadores para confiar na pessoa que comunica uma informação ou na informação em si
 - Não se trabalha cuidadosamente com a informação
 - Razão de segunda-ordem
 - Logo, devemos apostar na criação de protocolos que estabeleçam quais indicadores devem ser considerados
 - Tais indicadores devem ser bons indicadores
 - E devem poder ser avaliados pelo juiz-leigo
 - Este é um modelo mais democrático, pois permite o controle da decisão por um maior número de destinatários
 - E mais: a deferência em si é uma atitude típica de todo tomador de decisão no contexto judicial
 - Aplicar regras e seguir precedentes é deferir à autoridade de outrem

* Doctora en Sociología. Profesora de Teoría del Derecho de la Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, Brasil. Correo electrónico: rachelherdy@direito.ufrj.br.

Para concluir...

É um escândalo!

- Como pode uma área tão importante como a perícia forense – usada para tomar decisões sobre encarcerar ou não uma pessoa por anos da sua vida – não ser objeto de preocupação e monitoramento pelas autoridades?
- O que podemos fazer?

É preciso envolver todos os atores	Peritos, detetives, delegados, juízes, jurados, advogados
É preciso envolver todas as instâncias e etapas	Educação universitária, investigação preliminar, processo judicial
É preciso fortalecer os mecanismos do direito probatório	Contraditório, exame-cruzado, standard probatório “além da dúvida razoável”
É preciso investir em educação moral	Códigos de conduta para todos os atores, principalmente peritos
É preciso pensar em protocolos	Que possam guiar todas as etapas dos processos de produção, admissão e valoração da prova pericial
