

## A “PERÍCIA” TÉCNICA OU CIENTÍFICA REVISITADA NUMA VISÃO PRÁTICO-JUDICIAL

JOÃO HENRIQUE GOMES DE SOUSA

Partindo da análise crítica de algumas das actuais práticas na produção da prova pericial, o Autor trilha as linhas de tensão entre a afirmação científica e a decisão judiciária. Colhendo os frutos da jurisprudência do TEDH nesta matéria, limadora do carácter oficial do sistema português, mas afastando, por outro lado, as soluções adversariais anglo-saxónicas, propõe os eixos orientadores do efectivo controlo judicial das perícias em processo criminal.

### 1 — INTRODUÇÃO

Somos confrontados no quotidiano dos tribunais com juízos em áreas técnicas e científicas — essencialmente na área médica, psiquiátrica e psicológica — que, ninguém parece colocar em causa, ganham cidadania com a qualificativa de “juízos científicos” a inserir na previsão do artigo 163.º do Código de Processo Penal atendendo apenas a um aspecto formal, a qualidade de profissional de uma área considerada “técnica” ou “científica” do subscritor da “perícia”.

É assim que constatamos que qualquer opinião emitida por um “cientista”, englobando-se nesta categoria qualquer médico, psiquiatra ou psicólogo, passa a ter o estatuto intocável de “juízo científico”, não obstante a nomeação como perito seja inexistente, a metodologia para chegar às conclusões seja obscura ou os factos que a deveriam basear sejam parciais, falsos ou claramente desvirtuados ou manipulados.

Ou seja, o conceito de “juízo científico” no âmbito da medicina e da psiquiatria tem funcionado como guarda-chuva para o cometimento de atropelos à intenção do legislador de colocar a ciência num patamar superior dos conhecimentos e da razão.

Na prática judiciária, que só essa nos interessa, temos observado uma panóplia de casos que reconduzem ao ridículo aquela intenção legislativa, essencialmente pela corrupção dos factos em que assentam os juízos emitidos, sem esquecer a natureza da conclusão e a obscuridade da metodologia utilizada. Assim, se não pretendemos pôr em causa a existência de juízos científicos, queremos, pelo menos, estar seguros de que o são.

Parte do que vamos expor parece-nos uma evidência. No entanto nem sempre a evidência é racionalizada.

O que vamos expor pretende ser uma transmissão de preocupações vividas em processos com parco apoio doutrinal e jurisprudencial.

Consideramos que a mera declaração de uma opinião com a aparência de tecnicidade ou cientificidade nem sempre constitui um juízo técnico ou científico, o que não só é essencial para afastar a *junk science*, a “*ciência de causas*” e a “*ciência de favor*”, também a natural propensão para esconder, nos factos e na metodologia empregues, tendências corporativas e profissionais para esconder o erro, designadamente o erro médico ou, nas perícias psiquiátricas e psicológicas, a tentação de veicular uma ideologia “compreensiva” e desculpabilizante.

O que apenas é evitável pela observância rigorosa das normas de processo e pela exposição clara e racional dos fundamentos da perícia.

Mas comecemos pelo princípio.

## 2 — AS PERÍCIAS E O SEU ENQUADRAMENTO <sup>1</sup>

1 — Dispõe o artigo 154.º, n.º 1, do CPP, sob a epígrafe “Despacho que ordena a perícia” que esta é “*ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho da autoridade judiciária, contendo o nome dos peritos e a indicação sumária do objecto da perícia, bem como, precedendo audição dos peritos, se possível, a indicação do dia, hora e local em que se efectivará*”, sendo prática habitual que os peritos sejam ajuramentados (o compromisso a que se refere o artigo 156.º do Código de Processo Penal) <sup>2</sup>.

Por sua vez o artigo 153.º dispõe que o perito é obrigado a desempenhar a função para que tiver sido competentemente nomeado, sendo-lhe aplicável, por extensão, o regime de impedimentos, recusas e escusas previsto nos artigos 39.º e no número seguinte e pode ser “*substituído pela autoridade judiciária que o tiver nomeado quando não apresentar o relatório no prazo fixado ou quando desempenhar de forma negligente o encargo que lhe foi cometido. A decisão de substituição do perito é irrecorrível*” — n.º 3 do preceito.

Durante o inquérito a nomeação de peritos incumbe ao Ministério Público enquanto autoridade judiciária — artigos 154.º e 1.º, al. b), do Código de Processo Penal.

Por fim (artigo 152.º, sob a epígrafe “Quem a realiza”), a perícia é, preferencialmente, “*realizada em estabelecimento, laboratório ou serviço oficial*

<sup>1</sup> Sobre o tema v. g. CARMO, Rui do, “*A prova documental e a prova pericial no Código de Processo Penal — O regime e alguns aspectos práticos*”, in “*I Congresso de Processo Penal*”, Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente, Almedina, 2005, pags. 381 e segs. e LATAS, António J, in “*Processo Penal e Prova Pericial*” Separata de Psicologia Forense, Almedina, Coimbra, 2006.

<sup>2</sup> No entanto, para os peritos que sejam funcionários públicos, ver a al. a) do n.º 6 do artigo 91.º do Código de Processo Penal.

*apropriado ou, quando tal não for possível ou conveniente, por perito nomeado de entre pessoas constantes de listas de peritos existentes em cada comarca, ou, na sua falta ou impossibilidade de resposta em tempo útil, por pessoa de honorabilidade e de reconhecida competência na matéria em causa” e, quando se “revelar de especial complexidade ou exigir conhecimentos de matérias distintas, pode ela ser deferida a vários peritos funcionando em moldes colegiais ou interdisciplinares”.*

Face a estas normas parece-nos evidente que o legislador português optou por um modelo de perícia preferencialmente pública, regra que apenas é afastada por impossibilidade ou inconveniência — artigos 152.º, 153.º 154.º, n.º 1, e 160.º-A do Código de Processo Penal.

Consagrou-se, portanto, um regime misto com prevalência de intervenção de organismos públicos, com a qualidade pericial a assentar numa certificação pública, sem exclusão da possibilidade hipotética de apresentação de perícias contraditórias quando não existam organismos públicos reconhecidos para a realização da perícia.

A especial relevância do juízo científico que se vê reflectida no artigo 163.º do Código de Processo Penal está necessariamente relacionada com a especial credibilidade da perícia, que o legislador entendeu estar ligada à sua natureza oficial <sup>3</sup>.

Credibilidade essa associada às presumidas imparcialidade e competência do perito nomeado pelo tribunal ou integrado em quadro administrativo das instituições oficiais de peritagem forense.

Isto é, o legislador português no campo das perícias forenses previstas nos artigos 151.º e seguintes do Código de Processo Penal, também por obrigação sistemática decorrente da atribuição ao juiz de julgamento de um poder-dever de investigação, excluiu — em regra — um regime de perícias adversariais, privadas, assente na possibilidade de as “partes” no processo, designadamente assistentes e arguidos, apresentarem as suas próprias perícias ou de serem outras entidades, que não as designadas pelo tribunal ou por estabelecimentos oficiais reconhecidos por lei, a realizar as perícias.

Ou seja, o meio de prova “perícia” não tem forma livre mas antes uma forma vinculada, de cariz — em regra — marcadamente público.

Essa característica marcadamente pública é reforçada pela previsão do artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2004, de 19-08, ao estabelecer que as perícias médico-legais são realizadas, obrigatoriamente, nas delegações e gabinetes médico-legais do Instituto Nacional de Medicina Legal.

---

<sup>3</sup> Como se sabe o artigo 163.º do Código de Processo Penal, ao estabelecer que o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial se presume subtraído à livre apreciação do julgador, estabelece no seu n.º 2 uma regra que exige, para que seja afastado o juízo pericial, uma especial fundamentação no mesmo campo de conhecimento material objecto do juízo pericial.

### 3 — A EXCLUSÃO DO SISTEMA ADVERSARIAL.

Deve a natureza mista com prevalência pública das perícias no processo penal português ser alterado para um sistema adversarial puro de perícias médicas?

Que não deve ser alterado no sentido de estabelecer um sistema pericial adversarial absoluto parece-nos ser evidente para parte substancial das perícias habitualmente preponderantes na nossa casuística judiciária processual penal.

De facto, as últimas tendências dos sistemas anglo-saxónicos vão no sentido de implementar (ou, ao menos, ponderar) práticas oficiais (gabinetes forenses oficiais, intervenções de universidades) e propor reformas, de maior ou menor radicalidade, de aproximação do sistema adversarial das perícias ao sistema continental pela exigência de peritos “neutros”<sup>4</sup>, não obstante se manter amplamente a possibilidade de apresentação de perícia contraditória pela contraparte.

As críticas endereçadas às perícias adversariais podem apresentar-se de forma sucinta:

- *Parcialidade dos peritos, que se agrava na fase de preparação para o julgamento;*
- *Quando a perícia é essencialmente oral — o que ocorre em grau elevado nos processos adversariais — agrava-se a percepção da real opinião do perito durante a inquirição directa e contraditória (“direct and cross examination”);*
- *O acentuar, de forma exagerada, de eventuais ou percebidos desacordos dos peritos em audiência;*
- *Relutância dos bons peritos em envolverem-se nos julgamentos, em virtude de uma excessivamente aguerrida “cross examination”*
- *Falta de “controlo de qualidade” dos peritos intervenientes, chegando a propor-se um sistema de regulação e acreditação de peritos<sup>5</sup>;*
- *O perigo real de “expert shopping” (a procura de opiniões, de perito em perito, até que seja encontrado suporte “científico” para a tese favorável à “parte”);*
- *a crescente complexidade e interdisciplinaridade científica que aconselha a instituição de peritagens institucionais<sup>6</sup>;*
- *a necessidade de toda a informação pertinente ser fornecida ao perito, evitando-se táticas “adversariais”, tal como a necessidade de surpreender a “contraparte” com informação não fornecida;*

<sup>4</sup> REDMAYNE, Mike, “Expert Evidence and Criminal Justice”, Oxford Monographs on Criminal Law and Justice, Oxford University Press, 2004, pag. 198.

<sup>5</sup> “The admissibility of Expert Evidence in Criminal proceedings in England and Wales — A new approach to the Determination of Evidenciary Reliabilit” — “The Law Commission Consultation, Paper n.º 190, pag. 6 (1.16).

<sup>6</sup> HAVARD, John DJ, “Expert scientific evidence under the adversarial system. A travesty of justice?”, in “Journal of the Forensic Science Society”, 1992, 32; 225-235.

- A franca possibilidade de a situação económica do litigante ter peso no destino da perícia;
- Eventuais reflexos económicos no sistema de protecção jurídica.

Se estas propostas de reforma são criticadas pelos adeptos incondicionais do sistema adversarial, certo é que a discussão se mantém e é um alerta que aconselha à ponderação de não alteração precipitada e absoluta do nosso actual sistema pericial.

Tal alteração também se revelaria de dúbia razoabilidade face a duas outras realidades.

De um lado, a abrupta destruição de um sistema já estabelecido e de fundas tradições, que acarretaria, inclusive, alterações orgânicas de fundo (IML e LPC, por exemplo), com reflexos catastróficos na eficácia investigatória.

De outra banda, assume um risco excessivamente elevado a criação de um sistema *ex novo* de perícias adversariais de contornos indefinidos e um tempo de implementação indeterminado, não sendo as vantagens evidentes, desde que sejam corrigidos os vícios administrativos das entidades públicas emitentes de perícias (prazo irrazoável de elaboração de pareceres, insuficiente identificação académica dos peritos, parca ou confusa fundamentação de alguns relatórios periciais).

Por fim, as recentes alterações num dos sistemas adversariais tipo vão, precisamente, no sentido de uma aproximação aos sistemas continentais.

Referimo-nos ao sistema inglês e galês e às recentes alterações às “*Criminal Procedure Rules 2010*”<sup>7</sup>.

Aqui, contrariamente ao que ocorre num sistema adversarial puro, é estabelecido um claro dever de o perito ajudar o tribunal através da emissão de opinião de forma **objectiva** e **imparcial**, dever que se sobrepõe a qualquer obrigação que o perito se sinta compelido a cumprir a quem lhe pagou a perícia<sup>8</sup>.

Enfim, o paradigma “contraditório” absoluto no campo pericial parece estar em crise.

#### 4 — AS DESVANTAGENS DA PERÍCIA OFICIAL E O SEU ENQUADRAMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO T.E.D.H.

Naturalmente que o nosso sistema misto de influência oficial tipicamente continental apresenta desvantagens, que se centrarão em vectores conhecidos, não obstante nem sempre tratados de forma clara.

<sup>7</sup> Referimo-nos ao artigo 33 das “*Criminal Procedure Rules*” de 2005 e 2010, estas últimas entradas em vigor em 5 de Abril de 2010.

<sup>8</sup> “Expert’s duty to the court — 33.2.— “(1) An expert must help the court to achieve the overriding objective by giving objective, unbiased opinion on matters within his expertise. (2) This duty overrides any obligation to the person from whom he receives instructions or by whom he is paid”. (3) This duty includes an obligation to inform all parties and the court if the expert’s opinion changes from that contained in a report served as evidence or given in a statement”.

Em primeira linha a demora na apresentação dos relatórios periciais, depois a dificuldade de um efectivo exercício do contraditório, ainda a insuficiência de fundamentação e de uma exposição clara das competências dos peritos, por fim o uso abusivo de prova declaratória ou testemunhal como base de trabalho das perícias (principalmente nas perícias sobre negligência médica e nas perícias psiquiátricas), parecem-nos os pontos mais criticáveis no nosso actual sistema de perícia oficial.

Da prática judiciária parece-nos de relevo salientar o olvido da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no que às perícias diz respeito.

Na estrita medida em que — face ao teor do artigo 8.º, n.º 2, da CRP — a Convenção Europeia dos Direitos do Homem é direito interno e vigora na ordem jurídica interna portuguesa com valor infra constitucional, ou seja, com “valor superior às leis ordinárias”<sup>9</sup>, a análise dos pontos focados não dispensa a referência aos relevantes acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Assim, a perícia está sujeita às exigências do n.º 1 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, entendida esta como regra geral do direito a um processo equitativo, de que as alíneas do n.º 3 do preceito são mera concretização.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem abordado a questão das perícias numa tripla perspectiva englobante de princípios processuais essenciais e já conhecida da sua jurisprudência.

Uma perícia deve (1) realizar-se em prazo razoável, (2) deve sujeitar-se aos princípios da igualdade de armas e do contraditório e (3) deve ser assegurada a imparcialidade do perito.

Esta tripla perspectiva é elemento integrante do conceito mais lato de processo equitativo, tal como resulta da letra e do espírito do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>10</sup>.

a) Numa análise rápida destes três pressupostos, desde logo ressalta no nosso ordenamento o descontrole judicial sobre o prazo de realização das perícias, deixadas — na prática — ao critério das várias entidades envolvidas e das suas maiores ou menores dificuldades de gestão, de que o artigo 3.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-legais e Forenses<sup>11</sup> é exemplo paradigmático ao determinar, sob a epígrafe “Requisição de perícias”, que às perícias médico-legais efectuadas nas delegações do Instituto Nacional de

<sup>9</sup> BARRETO, Irineu Cabral, in “A Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, Almedina, 3.ª edição, 2205, pag. 45.

<sup>10</sup> De notar que, não obstante vários processos terem sido intentados no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem com apelo ao n.º 1 e à al. d) do n.º 3 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o Tribunal sempre tem feito apelo à letra do n.º 1 do artigo 6.º da Convenção e ao espírito do que resulta da referida alínea d), por entender que a interpretação literal da alínea (3) d) apenas contempla as testemunhas.

<sup>11</sup> Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto.



Medicina Legal ou nos gabinetes médico-legais não são aplicáveis as disposições contidas no artigo 154.º do Código de Processo Penal, de uma penada se inviabilizando o controle judicial sobre a realização da perícia.

Na medida em que o artigo 3.º do referido diploma possa ser entendido como uma forma de extrair a realização da perícia — seja ela qual for — ao controle das autoridades judiciárias, designadamente quanto ao prazo do seu cumprimento, suscita-se, desde logo, um óbice de carácter interpretativo que nos leva a concluir pela insustentabilidade do teor do preceito face à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, designadamente nos acórdãos *Billi v. Itália*<sup>12</sup>, *Proszak v. Polónia*<sup>13</sup> e *Gozalvo v. França*<sup>14</sup>, que estabelecem um dever, para qualquer entidade titular do processo, de controlo da realização da perícia tendo em vista a conclusão desta e dos autos em prazo razoável.

Neste ponto convém recordar que cabe aos tribunais nacionais regular a produção de prova e fazer a sua apreciação, sendo o possível juízo crítico da jurisprudência internacional uma tarefa de global apreciação da equidade do processo.

Daqui decorre uma exigência natural, que a realização da perícia e o controle da sua execução em tempo de duração é uma tarefa que incumbe às instâncias judiciais internas, seja o juiz do processo, seja o Ministério Público, ambos vinculando o estado português à possibilidade de um juízo negativo internacional.

A falta de clareza do nosso ordenamento processual penal quanto à sujeição do INML e do LPC a um prazo para a realização das perícias não exime as referidas entidades judiciárias de fixarem prazos razoáveis de realização da perícia àquelas entidades periciais administrativas que, não detendo o domínio do processo, não são responsabilizáveis pelo atraso na duração do mesmo.

Quanto à duração razoável da perícia deverão seguir-se os critérios já conhecidos da jurisprudência quanto à duração razoável do processo: a complexidade do caso; o comportamento dos requerentes; o comportamento das entidades oficiais intervenientes.

Assim, em concreto, da casuística do T.E.D.H.:

- a falta de controle sobre o procedimento e sua duração pode concretizar-se no atraso na nomeação de perito, com a conseqüente violação do artigo 6.º da Convenção — *Proszak v. Polónia* (§§ 43 e 44);
- mas a recusa da requerente da perícia a submeter-se a ela afasta a violação do artigo 6.º da Convenção — no mesmo acórdão (§ 44);
- a necessidade de realizar duas perícias e a intervenção de vários defensores que atrasem a concretização da perícia são critérios a

<sup>12</sup> Acórdão de 02-02-1993, § 19.

<sup>13</sup> Acórdão de 16-12-1997, § 44.

<sup>14</sup> Acórdão de 09-11-1999, § 26.

ter em conta num juízo de não violação do princípio do processo equitativo — *Billi v. Itália* (§ 19);

- a natureza complexa da perícia e a necessidade de intervenção de vários peritos médicos pode revelar uma maior complexidade do processo — *Gozalvo v. França* (§ 25).

b) — A imparcialidade e credibilidade dos peritos intervenientes, que o sistema português pretende resolver por via administrativa, assenta na ideia de que quem é perito num organismo oficial deve presumir-se imparcial e competente. Não deixa de ser um critério de cariz essencialmente administrativo, em atenção à inserção do perito numa instituição mais ou menos credível, sem controlo judicial.

Ora, crer que num tal sistema a imparcialidade e competência do perito estão garantidas pela nomeação administrativa é um passo demasiado ousado.

A suposta imparcialidade do perito pode sempre ser desmentida no caso concreto e as normas relativas aos impedimentos, recusas e escusas sendo uma base de trabalho necessária para garantir a imparcialidade do perito numa perspectiva externa à perícia, é claramente insuficiente.

É claro o ordenamento processual português (artigo 47.º, n.º 1, do Código de Processo Penal) em aplicar o regime dos impedimentos, recusas e escusas aos peritos, no que se consubstancia numa aproximação à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

O regime do princípio da imparcialidade dos juízes é aplicável aos peritos, como já afirmado pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nos acórdãos *Brandstetter v. Austria* (28-08-1991, § 44 da versão inglesa) e *Bönisch v. Áustria* (§§ 30 a 33).

O Tribunal tem vindo a desenvolver jurisprudência concretizadora do conceito de “tribunal imparcial” que se impõe recordar, de forma sucinta, por aplicável *mutatis mutandis*, aos peritos:

*XII. A imparcialidade do tribunal deve ser apreciada segundo uma dupla ordem de considerações; de uma **perspectiva subjectiva**, relativamente à convicção e ao pensamento do juiz numa dada situação concreta, não podendo o tribunal manifestar subjectivamente qualquer preconceito ou prejuízo pessoais, sendo que a imparcialidade pessoal do juiz se deve presumir até prova em contrário.*

*XIII. A **perspectiva objectiva** da imparcialidade exige que seja assegurado que o tribunal ofereça garantias suficientes para excluir, a este respeito, qualquer dúvida legítima.*

*(Acórdão Lavents v. Letónia de 28-11-2002) <sup>15</sup>*

<sup>15</sup> Ver, igualmente, o acórdão *Hauschildt v. Dinamarca*, 24-05-1989, §§ 46 a 48.



É um regime que não é estranho ao ordenamento processual penal português, como se constata na previsão do artigo 47.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e da jurisprudência nacional <sup>16</sup>.

Por outro lado, a possibilidade de prestação de esclarecimentos e a realização de nova perícia nos termos do artigo 158.º do Código de Processo Penal são um acréscimo de garantia quanto ao acerto da perícia e à sua compreensão, para além de garantirem a realização da perícia por outro ou outros peritos, no que é uma forma de tentar assegurar a imparcialidade numa segunda hipótese de concretização do meio de prova.

A casuística — o *case law* — do T.E.D.H. já permite uma tímida exposição de princípios quanto à imparcialidade dos peritos.

Assim, do *case law* pode extrair-se:

É compreensível que surja a dúvida sobre a imparcialidade de um perito que, por acção sua, dê início ao processo-crime em que virá a ser nomeado perito — acórdão *Bönisch v. Áustria* (§ 32);

Estando nomeado um perito pelo tribunal e existindo uma “*expert-temoin*” por parte da defesa o desequilíbrio entre o papel desempenhado por ambos pode constituir uma violação do processo equitativo <sup>17</sup> — acórdão *Bönisch v. Áustria* (§§ 32 e 33);

As preocupações do arguido quanto à imparcialidade de um perito têm que ser objectivamente justificadas — acórdãos *Hauschildt v. Dinamarca* (§48) e *Brandstetter v. Austria* (§ 44);

A simples circunstância de o perito nomeado pertencer ao quadro de um Instituto cujo parecer deu início ao procedimento penal não constitui um índice de parcialidade do perito — acórdão *Brandstetter v. Austria* (§ 45).

c) — Os princípios da igualdade de armas e do contraditório.

O princípio da igualdade de armas não está previsto de forma expressa na Convenção — é um princípio de formulação jurisprudencial — e impõe que a cada parte seja oferecida uma possibilidade razoável de apresentar a sua causa em condições que a não coloquem numa situação de desvantagem em relação à contraparte (acórdão *Nideröst-Huber v. Suíça*, 27-01-1997, § 23).

<sup>16</sup> O Tribunal Constitucional vem, igualmente, a consagrar as ditas vertentes objectiva e subjectiva do conceito de “imparcialidade” no Acórdão n.º 124/90 (v. igualmente os acórdãos n.ºs 935/96 e 186/98), e a reconhecer aquelas vertentes do conceito de Tribunal imparcial, na consagração constitucional do princípio do acusatório (artigo 32.º, n.º 5, da CRP) e do princípio do processo justo e equitativo (“*a due process of law*”) na consagração das garantias de defesa (artigo 32.º, n.º 1, da CRP). Ver, também, com interesse o Acórdão n.º 135/88 (*Diário da República*, II série, de 8 de Setembro de 1988).

<sup>17</sup> No caso, o perito nomeado pelo tribunal assistiu a todo o julgamento, pôde inquirir testemunhas e a própria “*expert-temoin*” da defesa, assim como o arguido, enquanto à “*expert-temoin*” apresentada pela defesa apenas foi reconhecido o estatuto de testemunha e retirou-se da sala logo após a sua inquirição, sendo impedido de assistir ao desenrolar do julgamento.

Isto implica, no mínimo, a possibilidade de tomar conhecimento das observações ou elementos de prova produzidos pela outra parte, bem como a possibilidade de as discutir (acórdão *Brandstetter v. Austria*, § 67).

Assente que o princípio da igualdade de armas não deve ser equiparado a um direito a uma perícia contraditória (acórdão *G.B. v. França*, 02-10-2001, § 68) e que a aplicação do princípio deve ser feita em concreto tendo em vista a globalidade dos procedimentos, nada obsta a que a segunda perícia prevista no ordenamento processual penal português revista o carácter de uma segunda opinião que dispensa uma perícia contraditória, entendida esta como perícia ordenada pela contraparte <sup>18</sup>.

De facto, no citado acórdão *G.B. v. França*, estando em causa a conclusão da perícia por mudança de opinião do perito, a versão francesa do acórdão fala em necessidade de “contre-expertise” e a versão inglesa em “second opinion”.

É certo, no entanto, que a legislação francesa abordada pela decisão do T.E.D.H. não prevê uma contra-perícia, entendida esta como uma nova perícia apresentada pela contraparte, sim um poder discricionário do presidente do tribunal em ordenar o que entender conveniente, inclusive uma nova perícia com apenas um perito, caso alguma testemunha contradiga as conclusões de uma perícia <sup>19</sup>.

Por outro lado, os artigos do Code de Procédure Pénal relativos à perícia — artigos 156.º a 169-1.º — não prevêm a possibilidade de realização de uma perícia contraditória no sentido subjectivo, a ser apresentada pela contraparte.

Assim, a imprecisão terminológica aqui apontada ao T.E.D.H no acórdão *G.B. v. França* deve ser ultrapassada optando-se pela terminologia da versão inglesa, a da exigência, ou não, de realização de uma outra perícia para se apurar uma “segunda opinião”, mesmo que obtida por uma nova perícia ordenada pelo tribunal com diferentes peritos.

Por outro lado, é certo que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem refere que a prova deve ser produzida, em princípio, perante um “tribunal” em audiência pública tendo em vista a argumentação contraditória <sup>20</sup>, mas que nada impede a produção de prova em fases pré-julgamento. Mas as exigências de contraditório conduzem à conclusão de que todas as pessoas inquiridas no decurso da perícia (!) devam estar disponíveis para o exercício do contraditório ou em fase de julgamento ou na fase em que prestaram declarações ou depoimentos <sup>21</sup>.

Como corolário, se a condenação assenta única ou preponderantemente no depoimento de uma pessoa que o acusado não teve oportunidade de

<sup>18</sup> Ver § 69 do acórdão *G.B. v. França*.

<sup>19</sup> V. g. artigo 169.º do Code de Procédure Pénal e Crim. 30-06-1960:Bull. Crim. N.º 352.

<sup>20</sup> Acórdão *Isgrö v. Itália*, 19-02-1991, § 34.

<sup>21</sup> Acórdãos *Isgrö v. Itália*, § 34, *Lüdi v. Suíça*, 15-06-1992, § 47, *Balsyté-Lideikienė v. Lituania*, 04-11-2008, § 62 e *Van Mechelen v. Holanda*, § 51.

contra inquirir ou numa fase pré-julgamento ou em julgamento, deve concluir-se que os seus direitos de defesa foram restringidos de forma intolerável <sup>22</sup>.

Mas o caso concreto pode determinar que a simples possibilidade de discutir o relatório da perícia em audiência de julgamento (uma discussão indirecta) não seja suficiente para que se considere que à “contraparte” tenha sido assegurada a possibilidade de submeter eficazmente os seus “comentários” no momento da realização da perícia (acórdãos *Cottin v. Bélgica* <sup>23</sup> e *Mantovanelli v. França* <sup>24</sup>), falando mesmo o tribunal, no acórdão *Cottin v. Bélgica* (onde estava em causa uma perícia médica), em direito a participar na sessão de realização da perícia (§ 32) <sup>25</sup>.

Assim, se a possibilidade, prevista no artigo 155.º do Código de Processo Penal, de as “partes” indicarem consultores técnicos assume especial relevo para permitir o exercício dos princípios da igualdade de armas e do contraditório, a excepção contida no artigo 3.º do Regime Jurídico das Perícias Médico-legais e Forenses, se for aplicada em processos onde já haja arguidos constituídos pode constituir uma violação do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na medida em que a perícia se apoie em elementos de prova durante ela produzidos e que não sejam contraditados pela contraparte ou seja considerado relevante a possibilidade de nomeação de consultores técnicos.

Não pondo em causa que a possibilidade de apresentação de perícia contraditória é sempre uma hipótese em aberto, no campo das perícias médico-legais e forenses e no actual ordenamento processual português elas estão vedadas se as entendermos como a possibilidade de a contraparte (em regra o arguido) poder apresentar perícia de igual valor probatório por não provir de uma das entidades previstas no artigo 159.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

Assim, a possibilidade de realização de nova perícia com diferentes peritos sempre poderá constituir a “segunda opinião” a que se refere o acórdão *G.B. v. França* e a possibilidade de nomeação de consultores técnicos para a perícia assume papel de relevo e preenche as necessidades dos princípios da igualdade de armas e do contraditório.

Indica-se alguma casuística judiciária para o princípio da igualdade de armas e do contraditório:

O simples facto de o perito exprimir perante o tribunal uma opinião diferente da emitida no relatório pericial não viola o princípio do processo equitativo — acórdão *G.B. v. França* (§ 68) <sup>26</sup>;

<sup>22</sup> Acórdãos *Balsytė-Lideikienė v. Lituania*, § 62 e *Unterpertingir v. Austria*, 24-11-1986, §§ 31-33.

<sup>23</sup> De 02-06-1995, § 33.

<sup>24</sup> De 17-02-1997, § 36. No caso, a perícia médica sobre negligência médica havia sido feita com base em cinco depoimentos (nos quais se incluíam os acusados) não contraditados pela parte contrária.

<sup>25</sup> No caso concreto tratava-se de saber se o arguido se podia fazer acompanhar de um médico de sua confiança no exame médico a que foi sujeita a parte civil.

<sup>26</sup> Estava em causa uma perícia psiquiátrica e foram exibidos ao perito novos elementos de prova, o que determinou a sua mudança de opinião.

O princípio do processo equitativo não exige que um tribunal ordene nova perícia a pedido da defesa se o perito escolhido pela defesa emitiu opinião a favor da tese da acusação — acórdão *G.B. v. França* (§ 68);

Mas a junção dos dois elementos constitui uma violação do princípio do processo equitativo se não for ordenada uma nova perícia — acórdão *G.B. v. França* (§ 70);

O princípio do contraditório não estabelece um princípio geral e abstracto segundo o qual as partes tenham o direito de assistir à perícia ou ter acesso à documentação que ela levou em conta — acórdão *Mantovanelli v. França* (§ 33);

O essencial é que as partes tenham a possibilidade de participar de forma adequada perante o tribunal — *idem*;

Mas se a legislação nacional prevê que as partes devem ser notificadas da data da perícia, se esta escapa ao domínio do conhecimento dos juizes e se nada impedia que as partes pudessem assistir à perícia, que consistia na inquirição de cinco testemunhas e análise de peças médicas, ocorre violação do princípio do contraditório — acórdão *Mantovanelli v. França* (§ 36);

## 5 — A ESSENCIALIDADE DA QUALIDADE DE PERITO.

Regressando ao nosso ordenamento interno, a primeira pergunta que o tribunal se deve colocar é a de saber se estamos perante uma perícia judicial, um mero parecer, seja técnico, artístico ou científico ou um depoimento.

A resposta a esta questão é essencial, tendo em vista que o nosso ordenamento processual penal não prevê a existência de figuras híbridas como a “expert témoin”.

E revela-se essencial pelo menos em três parâmetros de actuação judicial.

Desde logo, em se tratando de processo em que a indispensabilidade da perícia é patente, a inexistência de perícia e a profusão de “pareceres” de consultores técnicos ou de depoimentos sobre o objecto da perícia (algo que se começa a verificar com inusitada frequência) acarreta a nulidade do processado, na medida em que a realização da perícia é uma exigência do artigo 151.º do Código de Processo Penal, sempre que se constate que estamos perante factos que exigem especiais conhecimentos técnicos, artísticos ou científicos.

Depois, na delimitação das regras de produção de prova. Estaremos perante um perito, sua perícia e seus eventuais esclarecimentos (artigos 156.º a 158.º do Código de Processo Penal)? Ou estaremos perante um consultor técnico ou uma mera testemunha que emitiu um parecer e que apenas pode ser inquirido como tal, como consultor técnico ou testemunha?

Por fim, já em sede de apreciação da prova, estaremos perante uma perícia a submeter ao regime restritivo do artigo 163.º do Código de Processo Penal ou perante um mero depoimento ou parecer a ser apreciado livremente?

Logo, a definição da qualidade de um emitente de um conhecimento técnico ou científico é peça base no labor de produção de prova e sua apreciação pelo tribunal.

Se esse emitente não foi nomeado perito pelo Ministério Público ou pelo Tribunal, não prestou compromisso, ou não é perito de instituição oficial reconhecida por lei não lhe pode ser reconhecida a especial qualidade que é inerente à figura do perito em processo penal.

A conclusão óbvia é que tais pessoas são meras testemunhas ou consultores técnicos que emitiram “pareceres” numa área técnico-científica. Em termos processuais penais não são peritos e os seus pareceres não adquiriram a qualidade de juízo científico para os efeitos do disposto no artigo 163.º do Código de Processo Penal. Logo, todos esses pareceres devem ser apreciados livremente no conjunto da prova produzida.

Os documentos que juntarem aos autos são isso mesmo: documentos. Não são relatórios periciais. Estão, igualmente, sujeitos à regra da livre apreciação da prova <sup>27</sup>.

O mesmo ocorre se a opinião é prestada extra-processo, mesmo que na qualidade de perito reconhecida por outra entidade, designadamente entidades administrativas, mas em que não tenha sido cumprido o formalismo de nomeação previsto nos artigos 151.º e segs. do Código de Processo Penal.

Assim, as conclusões médicas, psiquiátricas e psicológicas não periciais não são juízos científicos na acepção do artigo 163.º do Código de Processo Penal, já que prestados extra processo ou no processo sem a qualidade de peritos.

O tratamento abusivo de uma testemunha ou consultor técnico como perito é uma irregularidade de conhecimento officioso — artigo 123.º, n.º 2, do Código de Processo Penal — pois que a qualificação de uma testemunha ou consultor técnico como perito afecta, sobremaneira, o valor do acto praticado pela atribuição abusiva de uma qualidade científica a um parecer que não tem essa qualidade e pela atribuição a uma testemunha ou a um consultor técnico de uma qualidade que não tem: a de perito.

Na medida em que o tribunal lhes atribua a qualidade de juízo científico na apreciação da prova, afectada por essa irregularidade ficará, igualmente a sentença proferida.

Assim, a qualidade de perito regularmente constituído no processo é essencial para definir regras de produção e valoração da prova e evitar a prática de invalidades processuais que podem afectar a própria sentença.

---

<sup>27</sup> V. g., a este respeito, o acórdão do STJ de 18-06-2009 (*Proc. n.º 1248/07.2PAALM.S1, sendo relator o Exm.º Cons. Fernando Fróis*), terceira proposição: “O juízo técnico-científico que, nos termos do art. 163.º do CPP, é subtraído à apreciação do julgador é o que foi recolhido segundo as regras do art. 151.º e ss. do mesmo diploma legal. O tribunal não se encontra vinculado aos exames/pareceres médicos emitidos fora do âmbito daqueles normativos, pois os relatórios médicos assim emitidos não consubstanciam uma verdadeira prova pericial, mas antes e apenas prova documental, podendo, por isso, ser livremente apreciados e valorados pelo tribunal”.



## 6 — AS “OPINIÕES”

Por outro lado, é comum ocorrer que parte ou a totalidade dos factos que baseiam as conclusões de quem não é perito qualificado (e mesmo as conclusões de alguns pareceres periciais) têm uma aceitabilidade discutível ou uma certeza contrariada por elementares princípios de apreciação da prova.

Bastas vezes, os factos que fundamentam tais conclusões são contrariados pelo apuramento factual realizado pelo tribunal na sequência da aplicação dos princípios processuais penais. Muitas vezes, os factos que basearam as conclusões são confusos, por vezes propositadamente confusos.

Uma outra realidade corriqueira é a aceitação de “opiniões” médicas, psiquiátricas ou psicológicas sem que os opinantes tenham, sequer, um pleno conhecimento dos factos sobre que opinam ou a preocupação de fundamentar devidamente a sua opinião.

Ora, nesses casos, nem sequer temos perícias ou pareceres. Temos as conclusões, apenas. Melhor, nem isso! Temos as opiniões!

Porque um juízo emitido sem o cabal conhecimento e esclarecimento de todos os factos, causas e metodologias não é um juízo científico ou um parecer, é uma mera opinião. E uma opinião é aquilo que, de intermédio, fica entre a ignorância e a ciência, no dizer de Platão uma faculdade — diferente da ciência — capaz de fazer juízos sobre a aparência.

Naturalmente que o sentido em que aqui utilizamos o termo “opinião” não tem o significado de “*uso impecável da opinião*”, ou seja, de conclusão “extraída de argumentos não concludentes” passível de revisão face a “provas contrárias ou raciocínios mais bem fundamentados”<sup>28</sup>.

Bem pelo contrário, utilizamo-lo no sentido de “*uso espúrio de opinião*”, de afirmação carregada de subjectivismo, sem “pretensão objectiva de verdade” e com ausência de fundamentação racional<sup>29</sup>.

Ora, nenhuma decisão judicial se pode basear em opiniões, entendidas estas como afirmações não fundamentadas ou sem fundamentação racional. As opiniões têm o seu espaço informal próprio. Uma opinião é apenas uma afirmação mal pensada ou, para a lógica, uma atitude não crítica ou pouco crítica, uma crença no meramente provável. E uma crença no meramente provável é uma subjectividade absoluta, uma inutilidade processual penal.

É assim, dever do tribunal, como do filósofo, “*defender o raciocínio dialógico entre as opiniões, a necessidade de justificar o opinado não a partir do inefável, do irreduzível ou do inverificável, mas sim através do publicamente acessível, do inteligível*”<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> SAVATER, Fernando, in “O meu Dicionário Filosófico”, “Opinião”, D. Quixote, 2.<sup>a</sup> edição, 2010, pag. 278.

<sup>29</sup> *Idem*, pag. 279.

<sup>30</sup> *Idem*, pag. 280.

A aceitação de meras crenças, de opiniões, designadamente as médicas, está habitualmente associada a uma postura processual, por parte dos tribunais, de não uso do poder-dever de investigação, uma recusa inaceitável de mergulhar nos fundamentos dos factos e na compreensão desses factos, metodologia de análise e sua relação com as conclusões, porta aberta para a opinião corporativa desculpabilizante do erro.

A emissão de tais opiniões está habitualmente associada à defesa de interesses de classe profissional.

## 7 — OS PASSOS ESSENCIAIS PARA O JUÍZO CIENTÍFICO.

A própria perícia é, em si, elemento determinante para apurar da sua imparcialidade e credibilidade, independentemente da pessoa do perito.

E, convém não olvidar, o teor da perícia é o cerne do exercício do contraditório.

Logo, o seu teor é de extrema relevância, já que é um elemento objectivo de que o tribunal dispõe para aquilatar da sua credibilidade probatória.

Resta-nos, pois, o próprio parecer emitido — que contém o juízo técnico ou científico e seus fundamentos — como critério objectivo para aquilatar quer da imparcialidade quer da credibilidade científica do perito e, em consequência, da credibilidade probatória da própria perícia.

Neste campo será caso de apenas olhar para e analisar a emissão de um juízo científico, como parece sugerir o parcimonioso n.º 1 do artigo 157.º do Código de Processo Penal, cuja exigência de fundamentação parece ser ignorada ou menosprezada?

Quer-nos parecer que não, não obstante muitas vezes se aceitar, como se de uma credence no “espírito científico” de tratasse, as perícias pelas suas conclusões independentemente dos fundamentos.

E quer-nos parecer que não por uma razão essencial: o “perito” deve (tem que...) percorrer um caminho para chegar à sua conclusão “científica”.

Nesse caminho debruçar-se-á, inicialmente, sobre os factos que estarão na base daquele juízo final. Não há ciência sem factos, pelo menos ao nível que tratamos.

Depois, terá que racionalizar a conclusão com conhecimentos e métodos científicos.

São, pois, três as etapas essenciais no caminho a percorrer pelo emitente de um juízo científico: os factos; a razão científica ou, se se preferir, a metodologia científica, e suas relações com a conclusão, o juízo científico emitido.

Portanto, uma base factual irrepreensível será condição essencial do acerto do “juízo científico” e da sua aceitabilidade judicial.

A exposição pública e compreensível da metodologia utilizada é outro requisito essencial.

Mas, indubitavelmente, ao julgador será não apenas possível, também imposto, que controle, para além dos factos que determinam a emissão de um

“juízo científico” e a própria metodologia do “juízo científico” emitido, o “nexo lógico entre as premissas de facto dessas perícias e as suas conclusões”<sup>31</sup>.

Determinante nesta análise será, pois, a relação lógica, científica, que se estabelece entre os fundamentos factuais e metodológicos e as conclusões do relatório.

De facto, não faria qualquer sentido a aceitação de um juízo científico assente na ilogicidade ou na incerteza das conclusões ou dos seus fundamentos de facto ou metodológicos.

Pior, na inexistência dos fundamentos que permitam a conclusão. São os fundamentos fácticos e metodológicos que conduzem à conclusão que permitirão ao tribunal o referido controle entre as premissas e as suas conclusões.

E, convém recordar, esses fundamentos de facto, “os dados de facto que servem de base ao parecer estão sujeitos à livre apreciação do juiz”<sup>32</sup>.

Só com esses fundamentos será possível ao tribunal verificar e, caso se justifique, aceitar, aquela relação lógica, científica, que se estabelece entre os fundamentos e as conclusões do relatório, sem cair numa mera adesão acrítica de uma qualquer crença numa subjectiva cientificidade ou numa perniciosa aritmética de opiniões.

## 8 — O LABOR JURISPRUDENCIAL E NORMATIVO ANGLO-SAXÓNICO

Neste particular ponto é de suma importância constatar que a jurisprudência portuguesa se começa a aproximar, em termos conceptuais e de resguardo perante juízos científicos, das conclusões da jurisprudência americana que labora nesta matéria desde 1923, com a prolação do seu acórdão Frye (*Frye v. US*, 293 F. 1013, DC Circuit Court of Appeals, 1923) e suas sequelas.

Estas, as decisões nos casos *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, inc.* (509 u.s. 579, 1993), *General Electric Co. et al. v. Joiner* (000 u.s. 96-188, 1997) e *Kumho Tire Co., Ltd., et al. v. Carmichael et al.* (000 u.s. 97-1709, 1999), vieram definir as linhas de orientação para a admissão de pareceres científicos (“*scientific expert testimony*”), nos seguintes termos: o juiz de julgamento é o garante de que a prova apresentada provém, realmente, de conhecimento científico; o juiz de julgamento deve garantir que o parecer científico é relevante e que assenta em fundamentos fiáveis; o conhecimento científico é produto de “metodologia científica” pela utilização de método científico; a metodologia científica é o processo de formulação de hipóteses e de posteriores experiências que provam, ou não, a hipótese. Deve ser

<sup>31</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares de, in “Da inimputabilidade por anomalia psíquica; aspectos processuais e substantivos” — Comunicação apresentada ao CEJ em 5 de Julho de 2000 — Brochura do CEJ — “O portador de anomalia psíquica na jurisdição Penal”.

<sup>32</sup> DIAS, Prof. Figueiredo, in “Direito Processual Penal”, Coimbra Editora, 2004, pag. 209.

sujeita a testes empíricos; deve ser conhecida a sua *ratio* de erro; sujeita a “*peer review*” (revisão paritária ou revisão pelos pares) e publicação; deve ser ponderado o seu grau de aceitação pela comunidade científica.

Estas linhas de orientação jurisprudenciais foram complementadas pelas recentes alterações às “Federal Rules of Evidence” que consagraram na *rule 702* (já com as alterações introduzidas em 2000) os passos essenciais na análise da cientificidade das conclusões dos peritos científicos.

É este o teor da *Rule 702* (Testimony by Experts):

*“If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise, if (1) the testimony is based upon sufficient facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case”.*

Temos, assim, que os passos reconhecidos como essenciais pelas *rules of evidence* para a aceitação de um juízo científico são três:

Saber se o parecer assenta em factos e dados suficientes;

Se foram utilizados princípios e métodos (científicos ou técnicos) de confiança;

Se esses princípios e métodos foram devidamente aplicados aos factos do caso a ser julgado.

Apesar de a *Rule of Evidence 702* ter sido pensada para um sistema adversarial puro de apresentação de juízos científicos contraditórios pelas partes (mesmo privados), isso não invalida o seu acerto metodológico mesmo num sistema diverso, pois que expõe boa metodologia de apreciação e de racionalização das perícias técnicas ou científicas apresentadas ao tribunal e que se torna independente do sistema de perícias utilizado.

Por outro lado, as críticas à jurisprudência norte-americana de grande rigidez na aceitação de avanços técnicos e científicos não invalidam o acerto dos três citados passos metodológicos inseridos nas *Federal Rules of Evidence*<sup>33</sup>.

Aliás, as recentes “*Criminal Procedure Rules*” do direito inglês e galês vão no mesmo sentido, com uma exigência de discriminação pormenorizada e substancial do teor do relatório pericial, com pendor muito mais exigente.

Ambas as ordens jurídicas fazem ressaltar a essencialidade — no que nos interessa — de uma exposição pormenorizada dos factos e da metodologia que sustentam a conclusão, para além de colocarem exigências acrescidas na explanação das qualificações dos peritos.

<sup>33</sup> V. g. “*Advisory Committee Notes*”, in “*Notes of Advisory Committee (2000 Amendment)*” da *Rule 701*.

É este o teor parcial do artigo 33.2 das “*Criminal Procedure Rules*”:

*Content of expert’s report*

33.3. — (1) *An expert’s report must —*

- (a) *give details of the expert’s qualifications, relevant experience and accreditation;*
- (b) *give details of any literature or other information which the expert has relied on in making the report;*
- (c) *contain a statement setting out the substance of all facts given to the expert which are material to the opinions expressed in the report, or upon which those opinions are based;*
- (d) *make clear which of the facts stated in the report are within the expert’s own knowledge;*
- (e) *say who carried out any examination, measurement, test or experiment which the expert has used for the report and*
  - (i) *give the qualifications, relevant experience and accreditation of that person,*
  - (ii) *say whether or not the examination, measurement, test or experiment was carried out under the expert’s supervision, and*
  - (iii) *summarise the findings on which the expert relies;*
- (f) *where there is a range of opinion on the matters dealt with in the report —*
  - (i) *summarise the range of opinion, and*
  - (ii) *give reasons for his own opinion;*
- (g) *if the expert is not able to give his opinion without qualification, state the qualification;*
- (h) *contain a summary of the conclusions reached;*
- (i) *contain a statement that the expert understands his duty to the court, and has complied and will continue to comply with that duty; and*
- (j) *contain the same declaration of truth as a witness statement.*

O apurar da credibilidade dos peritos é de suma importância no direito anglo-saxónico — o que se compreende dada a sua inoficialidade — e daí a previsão das alíneas a) e e) supra. E nada obsta a que idêntico rigor seja exigível no ordenamento jurídico português, mesmo tratando-se de instituições oficiais, já que estas não estão isentas de demonstrarem a sua credibilidade e imparcialidade.

O que este preceito realça é a necessidade de a imparcialidade e a credibilidade científica do perito dever ser escrutinada e esclarecida no próprio relatório pericial.

Significa, pois, que esse escrutínio deve ser indirecto, via relatório pericial.



Nesta senda de exigência metodológica têm seguido alguns recentes acórdãos do STJ.

É ver o acórdão do STJ de 20-12-2006: (sendo relator o Exm.º Cons. Sousa Fonte, proc. 06P3505) <sup>34</sup>, ou o acórdão do STJ de 11-07-2007 (sendo relator o Exm.º Cons. Armindo Monteiro, proc. 07P1416) <sup>35</sup>.

Ora, que deve conter o relatório pericial para que se entenda cumprido o dever de fundamentação exigido pelo artigo 157.º, n.º 1, do CPP?

Mais! Que deve conter o relatório pericial para que o tribunal se convença da sua imparcialidade e credibilidade científica ou técnica?

Apenas nos parece ser de aceitar um relatório pericial que seja completo e compreensível nos seguintes termos:

O relatório assenta em factos e dados suficientes e judicialmente aceites; foram utilizados princípios e métodos (científicos ou técnicos) de confiança; esses princípios e métodos foram devidamente aplicados aos factos do caso a ser julgado, isto é, revela-se existente uma relação lógica, científica ou técnica, que se estabelece entre os fundamentos factuais e metodológicos e as conclusões do relatório.

É aconselhável que a estes três elementos essenciais se juntem os seguintes:

O relatório contém as qualificações de todos os técnicos que, directa ou indirectamente, nele participaram; o relatório contém as referências essenciais de literatura ou “*guide lines*” da matéria objecto da perícia.

---

<sup>34</sup> “XIII — A adesão às conclusões do perito, neste particular, não tem em si ou só por si, nada de ilícito ou de processualmente incorrecto, já se vê. Mas não poderá deixar de ser criticada se tiver aceitado essas conclusões quando o relatório pericial não fornece os factos indispensáveis à sua compreensão ou quando os fornecidos não apontam nesse sentido. Nessas circunstâncias, impõe-se que o juiz, sem necessidade de qualquer sugestão das partes ou mesmo contra a sua passividade, exercite aquele poder/dever de investigação oficiosa. Não o actuando, a matéria de facto em que assentam as conclusões poderá não constituir base suficiente para a decisão de direito ou mesmo inviabilizar essa decisão, caso em que o STJ terá o dever de, também ele, accionar os seus poderes de declaração oficiosa desses vícios, como impõem os arts. 410.º, n.º 2, e 434.º do CPP, e 729.º, n.º 3, do CPC, e o Acórdão de fixação de jurisprudência de 19-10-1995 (in DR, Série I-A, de 28-12-1995)”.

<sup>35</sup> XX — A prova pericial é valorada pelo julgador a três níveis: quanto à sua validade (respeitante à sua regularidade formal), quanto à matéria de facto em que se baseia a conclusão e quanto à própria conclusão.

XXI — No que concerne à validade, deve aferir-se se a prova foi produzida de acordo com a lei ou se não foi produzida contra proibições legais — v. g., se as partes foram notificadas do despacho que ordenou a prova (n.º 2 do art. 154.º) ou se os peritos prestaram o devido compromisso (n.º 1 do art. 156.º). Também fica a cargo do julgador examinar se o procedimento da perícia está de acordo com normas da técnica ou da prática corrente.

XXII — No que respeita à matéria de facto em que se baseia a conclusão pericial, é lícito ao julgador divergir dela, sem que haja necessidade de fundamentação científica, dado que não foi posto em causa o juízo de carácter técnico-científico expandido pelos peritos, aos quais escapa o poder de fixação daquela matéria.

XXIII — Quando os peritos não conseguirem alcançar um parecer livre de dúvidas, quando nas conclusões do relatório pericial se conclui por um juízo de mera probabilidade ou opinativo, incumbe ao tribunal tomar posição, julgar e remover, se for caso disso, a dúvida, fixando os necessários factos.

As qualificações do perito são elemento essencial da própria credibilidade “científica” do relatório pericial. Não faz qualquer sentido aceitar como perito pessoa cujas qualificações científicas se desconhecem.

Mais! Essas qualificações podem ser elemento determinante na própria valoração do relatório pericial, quer na apreciação da credibilidade de um relatório pericial (designadamente os que não provenham de entidades públicas reconhecidas e mesmo as que destas provenham e se limitem a qualificar o perito pela sua categoria administrativa de “técnico superior”), quer na contraposição de opiniões periciais divergentes, quer, por fim, na possibilidade de exercício do pleno contraditório.

As qualificações dos restantes intervenientes no relatório (técnicos intervenientes nos trabalhos preparatórios da perícia, por exemplo, por mensuração ou trabalho laboratorial) e as referências científicas ou indicação de “*guide lines*”, são igualmente relevantes.

Essas práticas, hoje pouco comuns, devem, já hoje, ser encaradas como a melhor prática.

## 9 — O VÍCIO INERENTE À PERÍCIA TÉCNICA OU CIENTÍFICA

Se a própria metodologia de busca da verdade material aconselha que sejam reconhecidos passos metodológicos essenciais para a aceitação de um juízo científico, os três primeiros elementos (factos, metodologia, conclusão), já se devem entender consagrados no actual ordenamento jurídico processual penal português na exigência de fundamentação contida no n.º 1 do artigo 157.º do Código Penal.

Numa leitura que não seja meramente literal do artigo 163.º do Código de Processo Penal (principalmente uma leitura que não olvide as exigências de fundamentação do relatório), já a inexistência de fundamentação de um relatório pericial deve arrastar consequências ao nível da validade da perícia artística, técnica ou científica.

No entanto, algum conservadorismo positivista tem potenciado, de forma inadequada e com consequências perniciosas, a leitura da perícia como um meio de prova em que a aparência de “científico” se sobrepõe à intrínseca necessidade de fundamentação completa, racional e objectiva desse meio de prova.

Que um relatório pericial onde a fundamentação seja insuficiente ou inexistente é um meio de prova inválido, dúvidas não restam.

Que essa invalidade se restrinja à sua afirmação como irregularidade de conhecimento oficioso nos termos do artigo 123.º, n.º 2, do Código de Processo Penal temos como indubitável.

Duvidamos é que essa solução — que sempre pode conduzir à realização de segunda perícia — seja a única.

Sendo evidente que a inexistência dos pressupostos fundamentadores da perícia deve acarretar uma invalidade, parece-nos sobremaneira inade-

quando que o não cumprimento daqueles pontos acarrete, unicamente, uma nulidade processual à imagem do sistema consagrado no artigo 118.º a 119.º do Código de Processo Penal.

Referimo-nos a um vício intrínseco à perícia, à existência de uma invalidade típica do meio de prova “perícia”.

Sendo uma nulidade relativa à prova e exclusiva de um meio de prova muito específico, a sanção para o incumprimento da devida fundamentação deve afectar esse mesmo meio de prova — e apenas — em termos de lhe retirar a credibilidade que o legislador lhe pretendeu atribuir em atenção à sua natureza: o qualificativo de juízo técnico ou científico inatacável.

Assim, a consequência pela inexistência ou clara insuficiência de fundamentação deverá limitar-se a retirar-lhe o qualificativo dúbio e algo ingénuo (numa era pós Karl Popper) de “juízo científico” e sujeitar o meio de prova à livre apreciação do tribunal, sem prejuízo de — caso tal ainda seja possível — o tribunal exercitar o seu poder-dever de investigação e determinar a realização de nova perícia.

Em nosso entender a perícia que não cumpra os passos metodológicos apontados (factos judicialmente aceites, metodologia e conclusões logicamente enquadradas) não pode ser aceite como um juízo científico, mesmo que provenha de entidade a quem se reconheça tal qualidade.

As necessidades empíricas de fundamentação e a exigência legal de fundamentação contida no artigo 157.º, n.º 1, do Código de Processo Penal tornam esta um pressuposto essencial de um verdadeiro juízo científico. Inexistente a fundamentação inexiste juízo científico.

Se o artigo 163.º do Código de Processo Penal não consagra uma presunção mas sim uma regra de apreciação da prova <sup>36</sup>, a imposição de uma regra de valoração qualificada da prova, a peça pericial a que falte aquele requisito perde a natureza de juízo científico e deve ser apreciada livremente, não beneficiando daquela qualificada apreciação.

## 10 — AS LEGES ARTIS

Parte substancial das perícias médicas emitidas em casos de negligência médica faz apelo às “*leges artis*” da medicina <sup>37</sup>.

<sup>36</sup> SILVA, Prof. Germano Marques da, “Curso de Processo Penal”, Verbo, 2008, vol. II, pags. 217-218

<sup>37</sup> Não se pretende aqui discutir os vários tipos penais em presença, para o que se remete para a leitura de ANDRADE, Manuel da Costa, in “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, Tomo I, anotação ao artigo 150.º, Coimbra Editora, 1999, pags. 302 e segs.; BRITO, Teresa Quintela de, “Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores”, in “Direito Penal — Parte Especial: Lições Estudos e Casos”, Teresa Quintela de Brito et al., Coimbra Editora, 2007, pags. 541 e segs. e NEVES, João Curado, “Intervenções médicas em desrespeito das *leges artis*”, in “Direito Penal — Parte Especial: Lições Estudos e Casos”, Teresa Quintela de Brito et al., Coimbra Editora, 2007, pags. 519 e segs.

Em regra constatamos que os peritos e os médicos emitentes de pareceres médicos afirmam, sem sombra de justificação, que determinada actuação médica “*está de acordo com as leges artis*”.

Não há, pois, a mínima preocupação, por parte dos peritos ou emitentes de pareceres médicos (nem da parte dos tribunais) de esclarecer quais sejam essas “*leges artis*”, como se esse juízo de concordância entre o “*dever-ser*” e o concreto praticado fosse conhecimento “*esotérico*” próprio da classe médica e arredado do conhecimento “*vulgar*” dos operadores judiciais.

Prática muito a gosto de uma clara mentalidade corporativa e de defesa quanto ao apuramento do erro médico e também muito a gosto de uma certa judicatura que, em concreto, olvida o essencial do papel das *leges artis*.

Assim, é de afirmar que as *leges artis* devem ser cabalmente expostas e esclarecidas em qualquer procedimento judicial.

Neste particular ponto não basta afirmar que as condutas estão de acordo com as *leges artis*: é necessário dizer quais elas sejam (dá-las como provadas ou não provadas) para que o tribunal possa formular um juízo (o seu próprio juízo) de adequação das condutas dos arguidos ao seu dever de agir.

E, no caminho para esse juízo judicial, só a clara e completa explanação das *leges artis* permite a sua plena elucidação por todos os intervenientes processuais e um pleno exercício do contraditório.

Por outro lado, *leges artis* não são a prática diária constatada noutros hospitais, que podem ser práticas negligentes e que não servem de exemplo.

Como se afirma no acórdão da Relação de Évora de 8 de Abril de 2010 (Processo n.º 683/05.5 TAPTG.E1, sendo relator o Des. Correia Pinto):

«As *leges artis* são as “*regras da arte*”. Nos termos consignados na decisão recorrida, “*reconduzem-se a normas escritas (não jurídicas) de comportamento, fixadas ou aceites por certos círculos profissionais e análogos e destinadas a conformar as actividades respectivas dentro de padrões de qualidade, designadamente, a evitar o desenvolvimento de perigo ou a ocorrência de danos que tais ofícios são naturalmente hábeis a produzir*”.

O respeito pelas *leges artis*, no caso específico da medicina, impõe a execução dos cuidados médicos de acordo com a técnica mais apurada, segundo os processos e regras oferecidas pela ciência médica, quer quanto à técnica da intervenção ou do tratamento médico-cirúrgicos, quer quanto à sua oportunidade e conveniência no caso concreto e à idoneidade dos meios utilizados.

As *leges artis* constituem, em suma, “*um complexo de regras e princípios profissionais, acatados genericamente pela ciência médica, num determinado momento histórico, para casos semelhantes, ajustáveis, todavia, às concretas situações individuais. (...) Regras de índole não exclusivamente técnico-científica, mas também deontológicas ou de ética profissional, pois não se vislumbra qualquer razão, antes pelo contrário, para a exclusão destas da arte médica*” — Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, “*Responsabilidade Médica em Direito Penal*”, Almedina, página 54».

Na formulação da Sentença do Tribunal Supremo espanhol (STS 7801/2006 <sup>38</sup>) “*lex artis*”, é “*o criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico, en cuanto comporta no sólo el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias (STS 23 mayo 2006)*”, de forma a determinar qual a actuação médica correcta, independentemente do resultado produzido.

E *lex artis ad hoc* será a forma adequada de tratar um concreto episódio médico, a aplicação daquelas regras médicas a um caso concreto <sup>39</sup>.

Ou seja, as *leges artis* são *soft law (mollis lex)*, instrumentos normativos, por natureza não vinculativos, a que o direito constituído, o *hard law (dura lex)*, recorre para definir parâmetros de comportamento seguro, fiável ou desejável, dessa forma conformando aspectos relevantes do dever de agir. Apesar da discutibilidade dos conceitos e da não-aceitação da sua vigência e da própria contraposição conceptual *mollis lex/dura lex* em variadíssimos campos do direito <sup>40</sup>, certo é que outros ramos do direito não o dispensam, como o direito internacional ou o direito administrativo.

No caso do direito penal português é o próprio legislador, de forma expressa, a fazer apelo às *leges artis* no artigo 150.º do Código Penal e a conformar o tipo penal ao seu cumprimento. “*A produção dos resultados indesejáveis (morte, agravamento das doenças ou das lesões) só relevará como ofensa corporal típica, quando representar a consequência adequada da violação das leges artis*” <sup>41</sup>.

As *leges artis* são, pois, um dos elementos objectivos do tipo, mesmo que reduzidas ao momento executivo e antecedidas da *indicação médica* (diagnóstico e escolha da terapia) o outro elemento objectivo <sup>42</sup>.

E, em se tratando de crime negligente e impondo-se ao tribunal apurar se ocorreu uma violação de um dever objectivo de cuidado (apurar se os arguidos, em função da sua profissão, experiência e saber agiram com a diligência exigida segundo as circunstâncias para evitar o evento, segundo “o cuidado a que estavam obrigados”) e, em sede de culpa, se houve a violação

<sup>38</sup> De 18-12-2006, recurso n.º 59/2000.

<sup>39</sup> Na definição de NEVES, João Curado, “Intervenções médicas em desrespeito das *leges artis*”, in “*Direito Penal — Parte Especial: Lições Estudos e Casos*”, Teresa Quintela de Brito et al., Coimbra Editora, 2007, pag. 521, são “*o conjunto de normas, regulamentadas legalmente ou pela ordem profissional respectiva, ou resultantes da experiência, que indicam o modo mais adequado e os cuidados a ter ao proceder a intervenções daquela natureza*”.

<sup>40</sup> V. g. Resolução do Parlamento Europeu, de 4 de Setembro de 2007, sobre as implicações institucionais e jurídicas da utilização de instrumentos jurídicos não vinculativos (“*soft law*”) (2007/2028(INI))

<sup>41</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, in “*Comentário Conimbricense ao Código Penal*”, Tomo I, anotação ao artigo 150.º, Coimbra Editora, 1999, pag. 305, § 8.

<sup>42</sup> Idem, pag. 307, § 12, 311, § 24 e 312, § 25.



de um dever subjectivo de cuidado [saber se seria exigível aos arguidos que adoptassem um comportamento que evitaria a produção do resultado típico (censurabilidade), se houve uma atitude pessoal descuidada ou leviana face à violação do bem jurídico protegido, em suma, se os arguidos agiram com o cuidado de que eram capazes], esse conceito, o dever de cuidado, tem que ser informado pelas *leges artis* no concreto momento de execução.

Ou seja, estas conformam, de forma indirecta, o próprio tipo penal, mesmo que entendidas como um “*misto objectivo-normativo e objectivo-descriptivo*”<sup>43</sup>.

Sendo assim, como é, é tarefa do tribunal apurar qual seja essa *lex artis ad hoc* (a aplicável ao caso concreto), explaná-la de forma clara e compreensível e, após, formular o seu próprio juízo sobre o seu cumprimento ou incumprimento.

Porque esse juízo é determinante no apuramento da verificação da ilicitude e da culpa, tendo presente que a obrigação médica é uma obrigação de meios e de diligência e não uma obrigação de resultado.

E é, necessariamente, um juízo judicial. O juízo a emitir sobre o cumprimento das “*leges artis*” não é um juízo pericial, é claramente um juízo judicial. Assim, constatar que foram, ou não cumpridas as *leges artis* não é objecto da perícia, sem prejuízo de a perícia se poder pronunciar sobre o seu teor em contraposição com o comportamento verificado.

Assim como é, necessariamente e prima facie, uma questão de facto, não uma questão de direito ou de opinião<sup>44</sup>.

Logo, haverá que ouvir pessoas que as delimitem de forma clara e isenta e/ou juntar linhas de orientação ou *guidelines* de actuação no campo de actuação médica em análise, pois que só essa completa exposição permite uma clara assunção de existência ou inexistência de ilicitude e culpa do agir médico.

Por isso que, sendo inadmissível a condenação de um médico sem uma perfeita explanação das *leges artis*, é incompreensível a sua absolvição sem um juízo esclarecido sobre as mesmas.

Assim um parecer sobre o cumprimento das *leges artis* tem valor reduzido se emitido por entidade — médico — que não tem competência (a competência judicial) para as apreciar, para sobre elas emitir juízo sobre o dever-ser, sobre o dever de agir.

Não passa de uma opinião, que pode inclusive ser emitida por quem tem todo o interesse em não esclarecer o conteúdo dessas *leges artis*, uma porta aberta à “opinião” corporativa e desculpabilizante.

E é nesses momentos que devemos ter presente um aviso sério relativamente à ética profissional de quem emite tais opiniões, que não surge como

<sup>43</sup> Idem, pag. 312, § 25.

<sup>44</sup> No sentido da questão de facto, v. g. a STS espanhol n.º 938/2010, de 02-03-2010, recurso 5436/2005.

um aviso individualmente direccionado, mas de consideração global, a referência de Popper à ética antiga.

*“O antigo imperativo para os intelectuais, é: sê uma autoridade! Sabe tudo no teu domínio! Quando um dia a tua autoridade for reconhecida, será defendida pelos teus colegas e, naturalmente, terás de proteger também a autoridade dos teus colegas.*

*A antiga ética, que descrevi, proíbe que se cometam erros. O erro é absolutamente interdito. Assim, os erros não podem ser confessados. Não preciso de assinalar que a antiga ética é intolerante. E era também intelectualmente desonesta: leva ao encobrimento dos erros por amor da autoridade, e muito especialmente no campo da medicina”* <sup>45</sup>

Esta ética antiga, de que não estamos imunes enquanto sociedade e de que os processos analisados são basta prova, obriga o tribunal a uma análise profunda das causas e efeitos dos actos médicos, obrigando-o a mergulhar na análise precisa de todos os factos e a exigir, para todos eles, uma explanação e explicação exaustiva que fundamente o seu conhecimento de facto, arredando-o de uma simples operação de análise aritmética de opiniões médicas, o melhor caminho para a actuação da referida “ética antiga”.

## 11 — RAZÕES PARA O TEXTO

A motivação deste escrito assenta na casuística judiciária percebida pelo signatário, na análise da doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores e, por fim, na ausência de norte no requerer de junção de “pareceres médicos” nos processos que, bastas vezes, se ficam pela defesa corporativa e a todo o custo dos acusados numa prática que se vem tolerando.

O que se expôs, pouco na aparência, consiste, a nosso ver, no primeiro passo essencial para uma melhoria qualitativa das perícias e um necessário reforço do poder judicial na sua apreciação.

Primeiro passo que é, por outro lado, a primeira pedra do edifício da apreciação da prova e sua motivação.

Esta pretensão supõe a assunção da plenitude dos poderes do tribunal, que se não pode bastar com uma postura de mera adoração do “científico” e lhe exige um mergulhar nos pressupostos factuais e metodológicos de qualquer perícia afastando-se, pois, as habituais atitudes de mera aritmética de opiniões, bastas vezes mal fundamentadas.

Naturalmente que estamos a partir do princípio, confirmado pela nossa prática, de que qualquer conhecimento médico é passível de apreensão pelo

<sup>45</sup> POPPER, Karl, “Tolerância e responsabilidade intelectual”, in “Em busca de um mundo melhor”, Editorial Fragmentos, 1992, pag. 181.

juiz, desde que devidamente expostos os factos, a metodologia de análise a utilizar e os pressupostos essenciais a uma conclusão racionalmente aceite.

Campos haverá em que os conhecimentos do juiz lhe não permitirão uma tão fácil apreensão da importância dos factos, indispensabilidade da metodologia a utilizar e os parâmetros necessários de uma boa decisão.

No entanto, estamos em crer que a essencialidade dos pressupostos expostos — factos metodologia, conclusão — será compreensível na grande maioria das perícias apresentadas em tribunal.

Sendo, por outro lado, questões de índole geral e abarcando qualquer perícia técnica ou científica, ficar pelo geral e básico, ao invés de defeito, trata do essencial ainda não percebido por referência ao concreto judiciário.

Razões porque, sem isto, continuar a falar de “juízo científico” e a fazer uma análise cega do disposto no artigo 163.º do Código de Processo Penal, corresponde a uma conduta de demissão da judicatura, que “delega” em peritos, opinantes e emitentes de pareceres a sua função de funda apreciação dos fundamentos de um juízo que se pretenderia exigente.

Tais considerandos e seus desenvolvimentos são o palco por excelência de um labor jurisprudencial mais assertivo.

Évora, 25 de Agosto de 2011