

ESTUDOS DE DIREITO, CIÊNCIA E PROVA

Escola de Direito da Universidade do Minho
2019

ESTUDOS DE DIREITO, CIÊNCIA E PROVA

Escola de Direito da Universidade do Minho
2019

FICHA TÉCNICA

TÍTULO DA PUBLICAÇÃO

Estudos de Direito, Ciência e Prova

COMISSÃO CIENTÍFICA

Maria Clara Calheiros

Grupo de Investigação Laboratório da Justiça (JusLab) do Centro de Investigação em
Justiça e Governação(JusGov)

REVISÃO E ORGANIZAÇÃO DE TEXTOS

Maria João Lourenço

DATA DE PUBLICAÇÃO

Novembro de 2019

EDIÇÃO

Escola de Direito da Universidade do Minho
Centro de Investigação em Justiça e Governação

FOTO ORIGINAL NA CAPA

Photo by Hans Reniers on Unsplash

PAGINAÇÃO E DESIGN

Pedro Rito

ISBN

978-989-54587-0-7

ÍNDICE

APRESENTAÇÃO - ESTUDOS DE DIREITO, CIÊNCIA E PROVA

Maria Clara Calheiros

1

O ESTUDO ANTROPOLÓGICO EM DEMARCAÇÕES DE TERRAS INDÍGENAS

Alexandre Gonçalves Lippel

9

POR UMA CRITERIOLOGIA DOS FUNDAMENTOS DE FATO NO JUÍZO DE COGNIÇÃO EXHAURIENTE

Marcílio Barenco Corrêa de Mello

29

ENTRE DIREITO, PSIQUIATRIA E PSICOLOGIA: INTERDISCIPLINARIDADE DA INIMPUTABILIDADE

Maria João Lourenço

49

LA PRUEBA INFORMÁTICA EN EL DELITO DE SABOTAJE INFORMÁTICO CAUSADO POR MALWARE

Rina Pazos

79

A IMPORTÂNCIA DA PROVA PERICIAL NA CONSTATAÇÃO DA INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL, PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE INFANTICÍDIO

Éllen Cardoso

103

APRESENTAÇÃO

Estudos de Direito, Ciência e Prova

O conjunto de textos que compõem esta obra colectiva resultam do trabalho de investigação desenvolvido por estudantes de doutoramento do Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas da Escola de Direito da Universidade do Minho no âmbito de disciplina por mim leccionada com a designação “Direito, Ciência e Prova”.

O desafio lançado aos estudantes, então, era o de encontrarem perguntas de investigação que se colocassem na intersecção destas três realidades: o Direito; a Ciência; e a Prova (esta percebida na sua dimensão processual, enquanto via para a descoberta da verdade). Como o leitor terá ocasião de verificar, os textos colocam-nos perante uma diversidade de problemas actuais e complexos na sua análise, partilhando apenas o ponto de partida estabelecido, no momento inicial, por mim.

Um dos aspectos mais meritórios dos trabalhos desenvolvidos é o seu foco interdisciplinar, o qual vem a constituir-se, em boa verdade, como inevitabilidade, sempre que estamos a discutir assuntos relacionados com a temática da prova. De resto, tive já ocasião, em outra sede, de explicar as razões porque entendo que este é o território por excelência da interdisciplinaridade. Infelizmente, no estudos jurídicos, sejam eles de primeiro, segundo ou terceiro ciclo, de modo indistinto, a análise interdisciplinar da temática da prova é rara, abundando, pelo contrário, as análises centradas no direito da prova. Ora, sucede que, a meu ver, os estudos do direito da prova, desligados da devida consideração da dimensão interdisciplinar que aquela convoca, são debates estéreis, situados no céu dos conceitos e arredados da complexidade irreduzível da vida que entra pelas portas dentro dos Tribunais todos os dias.

Na Escola de Direito da Universidade do Minho existe já uma tradição de “remar contra a maré”. Para isso foi essencial o contributo do Mestrado em Direito Judiciário em cujo plano de estudos se incluiu de modo inovador, ao lado de disciplinas processuais, o estudo de matérias como a comunicação na justiça, a teoria da jurisdição ou a teoria da prova.

Tratar, no contexto da prova, o diálogo a que o Direito (aqui como Direito aplicado, convocado como critério de resolução de conflitos) e as Ciências estão condenados pareceu-nos particularmente necessário, numa momento em que a evolução do conhecimento científico, agora convertido em técnica, parece finalmente levar-nos à “terra prometida” mas nunca alcançada de uma verdade objectiva, alicerce seguro da certeza e da segurança jurídica. Ora, um olhar mais atento para o modo como este contributo tem vindo a efectuar-se, no âmbito da prova, parece contradizer o optimismo de partida e revelar-nos que este é, eventualmente, demasiadas vezes, um “diálogo de surdos”.

Na verdade, como já tivemos ocasião de afirmar, em outros lugares, parece-nos que os juristas estão presos ainda a um conjunto de equívocos no que respeita ao modo como entendem a ciência e o contributo que esta pode dar ao direito. Para compreendermos as suas verdadeiras razões é necessário voltarmos o nosso olhar para o passado e reconstituir o modo como as sociedades humanas viveram a evolução das Ciências. A sua compreensão demanda que se faça referência à concepção positivista de ciência, tal como se configura no século XIX, e ao contributo de COMTE (1798–1857).

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

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

como modelo das ciências. O jovem COMTE¹ defende a tese de que a epistemologia das ciências positivas deveria, doravante, substituir-se à filosofia dominada pela antiga metafísica².

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

Se tomarmos, neste aspecto, por guia, a reinterpretação que HABERMAS levará a cabo das teorias daqueles dois autores, concluiremos que através dos conceitos de “racionalização da sociedade” (MAX WEBER) e de “conteúdo político da razão” (MARCUSE) ambos se referem ao facto de a forma racional da ciência e da técnica se constituir como forma de vida³.

A tese que atravessa a obra de WEBER é a da racionalização como processo a que estaria submetida a humanidade e que, abrangendo todas as áreas de saber e criação humana, significaria a tendência histórica para dominar, pelo cálculo, todos os fenómenos. Este conceito, central mas ambíguo, tem sofrido várias interpretações. Na opinião de HABERMAS, ele significa um meio de apreensão das repercussões do progresso técnico-científico no enquadramento institucional da sociedade⁴. O conceito de racionalização está também associado a próprio sistema de dominação. Através da ciência, da tecnologia, da instituição dos mercados, impõe-se em todos os campos da vida humana (cultura, saúde, família). A racionalização opera por meio da institucionalização do modo de produção capitalista, mas também pela secularização que significou o abandono das anteriores concepções explicativas do mundo.

Cabrá, anos mais tarde, a MARCUSE, em vista de uma nova fase histórica de evolução das sociedades humanas (um tardo-capitalismo, já distinto do capitalismo liberal), realizar uma tentativa de demonstração da funçõesão legitimadora da dominação exercida contemporaneamente pela ciência e pela técnica. O uso da tecnologia, que é levado a cabo, tem uma base ideológica, estando necessariamente dependente do modo de produção e das relações de produção presentes nas sociedades capitalistas. Não é este o espaço e o tempo para aprofundar a análise das ideias de WEBER e MARCUSE. Para o nosso tópico interessa em especial salientar o modo como se altera a relação entre o Homem

¹ As obras a reter aqui são, sobretudo, as do seu primeiro período de escrita, em especial o *Curso de Filosofia Positiva*, na sua publicação inicial.

² GUSDORF, *De l'histoire des sciences à l'histoire de la pensée*, op. cit., pp. 95, 96.

³ Cf. HABERMAS, *Ciência e Técnica como Ideologia*, op. cit., p. 55.

⁴ *Ibidem*.

e a Ciência, até ao ponto de esta poder constituir-se como forma de vida. Quebram-se as mistificações de uma pretendida neutralidade, assepticidade da própria técnica.

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

Em termos académicos, também o século XX será um tempo para repensar a ciência. Não cabe nestas breves linhas o resumo de todo o caminho percorrido e a importância das distintas Escolas de pensamento e autores para o repensar da ciência e dos seus cânones. Ainda assim, pela importância que terá no contexto específico da prova científica, farei uma alusão sumária a Karl POPPER (1902-1994). Caber-lhe-á colocar em especial evidência as insuficiências do inductivismo que subjaz às teorias do Círculo de Viena.

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

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

Vale a pena aprofundar aqui, um pouco mais, a exposição das suas ideias. A partir da obra *Lógica da Descoberta Científica*, é-nos apresentada a tese po-

popperiana a respeito da assimetria dos enunciados universais, segundo a qual nenhum número finito de observações positivas permite validar definitivamente um enunciado universal, enquanto uma só observação negativa é suficiente para o invalidar. O exemplo de escola citado habitualmente é o de que, por mais cisnes brancos que encontremos, nunca poderemos ter a certeza de que todos os cisnes são brancos, mas basta encontrar um negro para demonstrar a falsidade do enunciado “todos os cisnes são brancos”⁵.

A visão de POPPER sobre a ciência, que na sua perspectiva evolui por uma série de tentativas e erros sucessivos, contribuiu para criar uma imagem dessacralizada daquela, em que cada etapa vencida, cada teste ultrapassado vitoriosamente, o é apenas de modo provisório, até futura prova contrária. De resto, no seu primeiro prefácio à obra *Conjecturas e Refutações*, o filósofo quis resumir todo o seu livro numa única tese que enunciou assim: “podemos aprender com os nossos erros”. O que o salva do cepticismo é a defesa de que a ciência evolui, progride, cresce, num processo de cúmulos históricos⁶.

Em consonância com o que fica dito, POPPER propôs que a testabilidade, refutabilidade ou falsificabilidade fosse aceite como critério do carácter científico dos sistemas teóricos, ou seja, como “critério de demarcação entre ciência empírica, por um lado, e matemática pura, lógica, metafísica, e pseudociência, por outro.”⁷

Estes questionamentos de POPPER devem ainda ser completados, obviamente, pela análise dos contributos de KUHN e FEYERABEND, se quisermos compreender por que é que, no final do século XX e no começo do século XXI, já existe, na comunidade científica e académica, um enorme distanciamento face àquela visão da ciência que tem as suas primeiras raízes na época de Galileu e que o iluminismo primeiro, e o positivismo depois, ajudaram a cristalizar.

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

O modelo de raciocínio de que estas teorias se servem é o racionalista, tendo por pressuposto a aceitação da existência objectiva da realidade do mun-

⁵ Seguimos aqui a exposição introdutória que João Carlos ESPADA faz do pensamento popperiano, em POPPER, K., *Conjecturas e refutações*, trad. Portuguesa, Coimbra: Almedina, 2003, p. I e II

⁶ Na minha perspectiva, as propostas popperianas colocam-nos simultaneamente distantes do autoritarismo da tradição mas também dos insuportáveis nihilismos relativistas. Não se sustenta que alguém possa presumir ter atingido a verdade, mas apesar disso consegue atribuir um sentido e um propósito (uma finalidade) às nossas sucessivas tentativas e erros.

⁷ POPPER, K., *O Realismo e o objectivo da Ciência*, trad. portuguesa, Lisboa: D. Quixote, 1987, p. 191.

do físico, do qual podemos ter conhecimento através dos nossos sentidos.⁸ De um modo geral, ainda que com exceções, os juristas parecem ter permanecido indiferentes à discussão anteriormente relatada sobre a ciência.

Há até que reconhecer que proceder de outro modo teria sempre por consequência o abalar das fundações de muitas das nossas construções jurídicas herdadas da modernidade. Um caso paradigmático, bem exposto por FERRAJOLI, diz respeito ao domínio penal. Como seria possível, fora de um modelo correspondentista de verdade, manter intacta a estrutura garantística do processo penal? Há, pois, nesta prevalência da adesão a um modelo de verdade *no* direito inspirado na teoria clássica da correspondência, razões subjacentes de ordem epistemológica e ético-políticas⁹.

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

Com efeito, muitas (demasiadas) vezes a imagem que os juristas possuem da ciência é uma representação herdada do movimento racionalista e iluminista, com as vestes que o séc. XIX lhe emprestou¹⁰. Trata-se da evidente cristalização de uma ideia, que se conservou indiferente ao movimento e evolução das ciências em si mesmas, perdurando no mundo jurídico bem para lá do tempo que

⁸ DENNIS, *The law of evidence*, 2nd ed, London, Sweet and Maxwell, 200?, P. 98. Também no mesmo sentido, Marina GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, op. Cit., p. 54, salienta a existência de dois pressupostos nesta posição: um metafísico, de reconhecimento da existência de um mundo real; e um gnoseológico, de aceitação da possibilidade de conhecer, ainda que imperfeitamente, esse mundo.

⁹ Razões essas que envolvem aspectos associados ao já mencionado sistema de garantias, mas também à própria defesa do Estado de Direito democrático assente sobre a divisão de poderes. Seguimos aqui a opinião expressa por PINTORE, Anna, *El Derecho sin verdad*, op. cit., p. XVIII e XIX.

¹⁰ Também subscrevendo opinião idêntica vd. TARUFFO, M. *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria*, op.cit., p. 4.

se manteve dominante no próprio universo daquelas¹¹, como acabamos de ter ocasião de demonstrar em tudo quanto dissemos anteriormente sobre o repensar crítico da cientificidade.

Possivelmente este fenómeno explicará por que os juristas são, genericamente, detentores de uma fé (usando aqui a palavra em sentido próprio e não figurativo¹²), um tanto ou quanto ingénua, no progresso científico e nos frutos de “novas” ciências, que muitas vezes não o são verdadeiramente, mas que parecem conduzi-lo pelas veredas da certeza e da objectividade. Só isto justifica, a meu ver, o sucesso no meio jurídico de saberes ainda não solidamente estabelecidos nas respectivas comunidades científicas de referência, como a grafologia ou a detecção de mentiras¹³, etc.

Há que dizer, aliás, que o mundo jurídico já parece esquecido das lições que a história a este respeito lhe poderia dar. Afinal, a quem não suscita sequer um sorriso a recordação da seriedade com que foram tratadas pseudo-ciências do passado, como a frenologia, tão bem subtilmente caricaturada por Mário

¹¹ Veja-se, por exemplo, o caso da matemática, habitualmente tida como o paradigma das verdades indiscutíveis. A este respeito salienta Ludovigo GEYMONAT (*Elementos de Filosofia da ciência*, Lisboa: Gradiva, s/d, pp.92 e 93): “Todavia, basta reflectir sobre a estrutura da matemática para notar que as coisas não são bem assim. [...] Por exemplo, o conhecido teorema segundo o qual a soma dos ângulos internos de um triângulo é 180° é verdadeiro na geometria euclidiana, mas não o é na geometria de N.I. Lobatchevski nem na de B. Riemann. [...] Conclui-se daqui que a dita verdade matemática é um conceito fundamentalmente convencional, porquanto está directamente ligado às convenções que se escolherem – de forma explícita ou implícita – para base de teoria no interior da qual se insere a proposição de que se afirma a verdade. E o mesmo deve dizer-se relativamente a todas as teorias axiomatizadas, sejam matemáticas, físicas ou biológicas: ainda em relação a estas, uma proposição pode considerar-se verdadeira se, e só se, é dedutível dos seus axiomas, e, como os axiomas têm um carácter convencional, o mesmo carácter aplica-se às proposições que deles se deduzem.”

¹² A Academia das Ciências de Lisboa registou como um dos significados da palavra “fé” a “adesão firme do espírito a uma doutrina ou a uma ideologia”. É disso que se fala aqui: da convicção quasi-inabalável do jurista na credibilidade de todo o saber que se apresente “científico”. *Dicionário da língua portuguesa contemporânea*, Lisboa: Verbo, 2001.

¹³ Neste sentido, TARUFFO, *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria, op.cit.*, p. 5. De modo eloquente, veja-se como uma handwriting identification acabou por se erigir em “ciência”, vd. MNOOKIN, Jennifer, *Scripting expertise: the history of handwriting identification evidence and the judicial construction of reliability*, in “Virginia Law Review”, vol. 87, 2001, p. 1723-1845.

VARGAS LLOSA na sua obra “A guerra do fim do mundo”? E, no entanto, tiveram o seu dia de sucesso e fama no seio dos juristas...¹⁴

Eis, portanto, caro leitor, as razões pelas quais acreditamos que é importante que se faça uma permanente revisão crítica do contributo da ciência para o Direito, em particular no domínio da prova, no qual aquele é particularmente relevante.

Esperamos que estes estudos possam estimular essa análise e o debate.

Boas leituras!

Maria Clara Calheiros

Professora Catedrática da Escola de Direito da Universidade do Minho
Coordenadora/Investigadora Principal do grupo JusLab – Laboratório da Justiça

¹⁴ Uma recolha interessante destas “ciências” e do seu impacto no mundo jurídico pode encontrar-se, por exemplo, em FAIGMAN, “Anedoctal forensics, Phrenology and other Abject Lessons from Science History”, in *Hastings Law Journal*, n.º 59, 2007-2008, pp. 979-1000. Note-se que não têm faltado até autores que têm apontado similitudes preocupantes entre os factores em que assenta a credibilidade científica de muitas das chamadas “ciências forenses” e algumas técnicas e saberes do passado, como a frenologia, hoje totalmente desacreditados. Tal é o caso, por exemplo de técnicas de identificação baseadas em impressões digitais latentes, ou em grafologia, ou análise de marcas de dentição. Mas até as técnicas mais fiáveis, como o recurso às análises do ADN podem estar na base de decisões erradas. Neste sentido, é paradigmático o caso de Josiah Sutton que foi libertado em 2003, nos EUA, depois de se determinar que não tinha cometido pelo qual fora condenado e cumpria pena há 4 anos. O que é curioso é que a prova condenatória e exculpatória foi uma análise de ADN. Cfr. MORIARTY, Jane Campbell, ““Misconvictions”, Science and Ministers of Justice”, in *Nebraska Law Review*, vol. 86, 2007-2008, pp. 1- 42. A autora faz uma crítica lapidar às ciências forenses, em particular àquelas que têm servido de base a identificações erróneas e condenações injustas, comparando-as à frenologia: “Yet, phrenology shares an important trait with forensic individualization evidence: conclusions are not based upon independent testing but upon “scientific observations of countless samples.” Both are experience-based conclusions that rest on the foundation that: (1) the science is valid because of extensive observations; (2) those skilled in the science can do it properly; and (3) the underlying theory is valid because of the care used by the practitioners.”

O ESTUDO ANTROPOLÓGICO EM DEMARCAÇÕES DE TERRAS INDÍGENAS

Alexandre Gonçalves Lippel¹

Sumário. 1. Introdução. 2. Objeto do estudo. 3. Regramento constitucional: identidade, diferença cultural e terras indígenas. 3.1. Procedimentos administrativo e judicial de demarcação de terras indígenas. 4. Pressupostos para o reconhecimento de terra indígena. 4.1. Originariedade. 4.2. Tradicionalidade. 4.3. Ocupação permanente. 5. Direito e Antropologia. 6. Problemas metodológicos e éticos da prova antropológica. 7. Conclusão.

Resumo: O reconhecimento constitucional da organização social indígena e da essencialidade da terra para a sua sobrevivência física e cultural tornou o estudo antropológico elemento probatório central nos procedimentos administrativo e judicial envolvendo demarcações de terras indígenas, exigindo rigor no controle de aspectos metodológicos e éticos na produção dessa prova enquanto meio de conhecimento da verdade sobre fatos juridicamente relevantes.

1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, reconheceu aos índios sua organização social, costumes,

¹ Doutorando em Ciências Jurídicas Gerais pela Escola de Direito da Universidade do Minho. Trabalho submetido à avaliação na Unidade Curricular Direito, Ciência e Prova.

línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Proclamou a essencialidade dessas terras para a sobrevivência física e cultural dos índios, e atribuiu à União a competência para demarcá-las.

Destarte, admitiu que os povos indígenas têm direito a ser um grupo diferenciado na sociedade nacional, preservando uma organização social diferente da estruturada pela sociedade majoritária dominante, baseada no vínculo peculiar dos povos indígenas com a terra².

A minuciosa disciplina constitucional das terras indígenas justifica-se pela finalidade específica de servirem como base física e cultural das comunidades que nelas habitam. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios de modo permanente, além de serem utilizadas para atividades produtivas necessárias à subsistência e bem-estar, são essenciais para a preservação da cultura e da organização social dos povos indígenas.

Consequentemente, a demarcação é tema central no tocante aos direitos dos povos indígenas, e tanto sua realização na esfera administrativa quanto o controle de sua legalidade em eventual processo judicial posterior, requerem seja considerada a cultura da população indígena envolvida de modo a apurar-se a existência e a natureza do seu vínculo com determinada área.

A tradução de organizações sociais e culturas minoritárias é tarefa da Antropologia, ramo do conhecimento plenamente capacitado para a apreensão da realidade dos povos indígenas por havê-los escolhido como seu objeto por excelência, desde que se constituiu como disciplina³.

O estudo antropológico torna-se necessário quando os fatos sociais, por sua complexidade, para serem compreendidos requerem um conhecimento especializado, consubstanciado em estudo que evidencie um fazer antropológico, relatando os achados de um modo que espelhe o mundo social do grupo pesquisado, na perspectiva do grupo, com registros de sua cosmovisão, suas crenças, seus costumes, seus hábitos, suas práticas, seus valores, sua interação com o meio ambiente, suas interações sociais recíprocas, suas ordens internas, sua organização grupal. É o antropólogo quem traduz para o processo administrativo ou judicial o vínculo de uma determinada população indígena com a área cujo reconhecimento pleiteia.

² FILHO, Carlos Frederico Marés de Sousa - O direito de ser povo. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.) - *Igualdade, diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. pp. 569-604, p. 487.

³ SILVA, Aracy Lopes da - Há antropologia nos laudos antropológicos? In SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lídia; HELM, Cecília Maria (org.) - *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: ABA, 1994. pp. 56-62, p. 64.

À complexidade da matéria acrescenta-se o caráter sensível do tema, envolvendo distintas visões de mundo e diferentes concepções sobre a finalidade e o valor da terra. Tais fatores têm gerado dúvidas sobre a admissibilidade dos estudos antropológicos nas searas administrativa e judicial. Questiona-se não apenas a qualidade dos laudos como também a própria capacidade e isenção dos profissionais antropólogos.

O presente ensaio propõe-se a, sem esgotar o tema, analisar os obstáculos e dificuldades do estudo antropológico como meio para o ingresso e conhecimento de fatos nos processos administrativos e judiciais envolvendo demarcações de terras indígenas.

Após a delimitação do objeto de estudo, apresenta-se o regramento constitucional relativo a terras indígenas. A seguir, procede-se a breve exposição sobre as fases administrativa e judicial da atividade demarcatória. Após, identificam-se os fatos a serem provados, tecem-se considerações sobre a interdisciplinaridade e as relações entre Direito e Antropologia e apontam-se problemas que podem afetar a admissibilidade do estudo antropológico, sugerindo-se soluções. Arremata-se o trabalho com conclusões sobre o tema.

2. Objeto do estudo

O presente ensaio não versará sobre aspectos procedimentais da prova, atinentes às regras processuais sobre produção e análise da prova compilada. Esses aspectos são objeto do Direito probatório, historicamente objeto de maior estudo e reflexão. Pretende-se refletir sobre a produção e admissibilidade da prova antropológica em processos envolvendo a demarcação de áreas indígenas sob o prisma da probática, ou seja, a ciência ou teoria da prova enquanto meio de conhecimento da verdade sobre fatos juridicamente relevantes em discussão⁴. Objetiva-se ir além do horizonte normativo, com o fito de compreender as dificuldades e entraves para o ingresso e o conhecimento dos fatos nos processos.

As regras de direito da prova constituem uma referência dentro da qual circunscrevem-se a prova e o conhecimento dos fatos, e somente sob esse prisma serão aqui abordadas.

Sob outra perspectiva, a prova é meio para persuadir o espírito da verdade dos fatos alegados em juízo e, em última instância, do acerto e justiça de uma decisão.

Não se ignora as reservas quanto à percepção da verdade como fim processual. Esse ceticismo, contudo, não deve contaminar a visão sobre a finalidade

⁴ CALHEIROS, Maria Clara - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 15.

processual a ponto de transformá-lo em mera fórmula ritualizada, desprovida do objetivo de alcançar um processo justo e, como tal, uma decisão justa⁵.

A verdade judicial, é certo, resulta de um debate condicionado, e por isso é aproximativa, mas deve ser convincentemente substantiva e não um empobrecido corolário da atividade das partes, perante a apatia de quem julga⁶.

Abdicar do ideal de verdade, ou, pelo menos, de verossimilhança, no processo de realização judicial do direito tornaria sem sentido a idéia de realização da justiça⁷.

A relação entre prova e verdade torna-se mais tormentosa quando envolve não apenas a prova dita tangível, palpável, cujo exemplo típico é a prova documental, como também a prova testemunhal, sujeita a perda de exatidão e acuidade à medida que o tempo passa e a memória esvai-se.

Na determinação da tradicionalidade e permanência da ocupação indígenas, a própria coleta da prova é difícil, pois amiúde refere-se a usos e tradições passíveis de demonstração apenas a partir de relatos intergeracionais, ante a ausência de registros escritos. Nessa perspectiva, o estudo antropológico capta o intangível e o concretiza em um laudo. A concretização da prova em si é problemática, pois envolve um grau de subjetividade do perito na abordagem do objeto de estudo, desafiado a extremar descrição e relato de reconstrução e (re) criação, com o fito de traduzir para o processo modos de vida e visões de mundo diferentes das praticadas pela sociedade dominante.

Para dimensionar-se o tema, o primeiro enfoque é normativo. Cuida-se de identificar na Constituição Federal os fundamentos da proteção identitária e da diferença, e como tais princípios articulam-se com o reconhecimento de terras indígenas.

⁵ Sobre o tema, Maria Clara Calheiros, para além de enunciar as várias correntes de pensamento que vêm questionando o papel da verdade no processo judicial, partilha, com Taruffo, a possibilidade de encontrar uma verdade, certamente que relativa, mas ordenada a tornar possível *um processo visto como meio de obter uma decisão legal, justa e não arbitrária, e realizável na prática, segundo as concretas regras de produção da prova existentes em cada ordenamento* (CALHEIROS, Maria Clara - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 148.)

⁶ MATOS, José Igreja - *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Combra: Coimbra Editora, 2010, p. 148.

⁷ - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 124.

3. Regramento constitucional: identidade, diferença cultural e terras indígenas

À luz do texto constitucional⁸, pode-se afirmar que o direito indigenista brasileiro rege-se por alguns princípios, quais sejam: a) princípio do reconhecimento e proteção do Estado à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios originários e existentes no território nacional; b) princípio do reconhecimento dos direitos originários dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam e proteção de sua posse permanente em usufruto exclusivo para os índios; c) princípio da igualdade de direitos e da igual proteção legal; d) princípio da proteção da identidade⁹.

O princípio da igualdade de direitos e de igual proteção legal e nada mais do que um consectário do princípio geral da igualdade, no sentido de que os índios estão sob o pálio de todos os princípios e direitos constitucionais comuns aos demais brasileiros.

Ao princípio da proteção identitária corresponde o direito à alteridade, ou o direito à diferença. A Constituição Federal estimula o respeito à diversidade cultural brasileira, assegurando aos índios o direito a serem e permanecerem diferentes, e de não sofrerem qualquer forma de discriminação por suas escolhas.

⁸ Na história constitucional brasileira, a Carta Magna vigente foi a que mais se ocupou dos temas relativos aos índios e seus direitos: a) manteve as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios sob o domínio da União (art.20, XI), bem como sua competência para legislar sobre populações indígenas (art. 22, XIV); b) atribuiu ao Congresso Nacional competência exclusiva para autorizar a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras indígenas (art. 49, XVI); c) definiu a competência da Justiça Federal para processar e julgar disputas sobre direitos indígenas (art. 109, XI); d) conferiu ao Ministério Público a função de defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V); e) subordinou a pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica à observância de condições específicas legalmente previstas quando tais atividades se desenvolverem em terras indígenas (art. 176, § 1º); f) assegurou às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem, inclusive no ensino fundamental regular (art. 210, § 2º); g) determinou que o Estado protegerá as manifestações culturais indígenas (art. 215, § 1º); h) consagrou a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas (art. 231, 'caput'); i) reconheceu aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231, 'caput'); j) incumbiu a União de proteger e fazer respeitar os índios, seus bens e terras (art. 231, 'caput'); j) conceituou as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e conformou seu regime jurídico (art. 231, §§ 1º a 7º); k) atribuiu à União a competência para demarcação das terras indígenas, fixando o prazo máximo de cinco anos para demarcá-las (art. arts. 231, 'caput', e 67 do ADCT); l) outorgou legitimidade às comunidades indígenas e organizações indígenas para ingressarem em juízo na defesa de seus direitos e interesses, impondo a intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo (art. 232).

⁹ FILHO, Robério Nunes dos Anjos - Breve balanço dos direitos das comunidades indígenas: alguns avanços e obstáculos desde a Constituição de 1988. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.) - *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. pp. 569-604.

Por força desse princípio, não se admite qualquer exegese jurídica que acarrete a afirmação direta ou indireta de superioridade cultural da sociedade envolvente em relação aos grupos indígenas.

O princípio da proteção da identidade articula-se com o princípio do reconhecimento e proteção do Estado à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios originários e existentes no território nacional. Com efeito, o último decorre do primeiro, pois consubstancia o dever do Estado de respeitar, proteger e valorizar o estilo de vida dos índios, o exercício dos seus direitos culturais, e as manifestações de sua cultura.

Por sua vez, as normas constitucionais que protegem a cultura indígena conduzem ao reconhecimento dos seus direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e à proteção estatal de sua posse permanente em usufruto exclusivo para os índios, a partir da constatação da essencialidade do vínculo dos povos indígenas com suas terras para a manutenção de sua identidade cultural.

Ao articular esses princípios, a Constituição Federal reconhece a correlação e interdependência entre a organização social, costumes, línguas e tradições indígenas, e as terras por eles ocupadas.

Os direitos territoriais correspondem ao regime jurídico próprio das terras indígenas, estruturado a partir do reconhecimento de sua importância para a preservação da organização social e cultura indígenas. O prestígio conferido pela Constituição à cultura indígena envolve o reconhecimento de sua organização social, fundada em usos, costumes e tradições próprios.

E, no caso dos índios, cultura e organização social relacionam-se também com as terras que tradicionalmente ocupam.

É peculiar o vínculo entre a cultura, a organização social e as terras indígenas. Para os índios, a terra tem um valor de sobrevivência física e cultural e o legislador constituinte, consciente dessa realidade, concebeu a terra indígena como patrimônio da União vinculado a uma finalidade específica.

Em sua conformação constitucional, a situação jurídica das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios configura uma modalidade de propriedade especial coletiva¹⁰, que não se enquadra nem no figurino do Código Civil, nem no típico regime administrativo dos bens públicos. Consubstancia um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito

¹⁰ PILATI, José Isaac - Conceito e classificação da propriedade na pós- modernidade: a era das propriedades especiais. *Revista Sequência*. Florianópolis, v. 30, n. 59. Dezembro de 2009. pp. 89-119.

Civil¹¹. Constitui propriedade diferenciada, fundada no reconhecimento de uma territorialidade, histórica e antropológicamente construída, e justificando-se pela preservação de uma identidade cultural. Possui regime jurídico especial, com formas específicas de exercício e tutela de direito.

Nos termos do artigo 231 da Constituição Federal¹², a terra indígena caracteriza-se pela originariedade, tradicionalidade e ocupação permanente. Sobre as terras que tradicionalmente ocupam os índios possuem direito à posse permanente e ao usufruto exclusivo, sendo vedada sua remoção, salvo na forma e nas condições constitucionalmente previstas. Dada a relevância do fim a que se destinam, as terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas são imprescritíveis.

¹¹ FILHO, Robério Nunes dos Anjos - O Supremo Tribunal Federal e os direitos dos povos indígenas. In SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo (coord.) - *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 475-498, pp. 911-954.

¹² “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, “ad referendum” do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 2011).

3.1. Procedimentos administrativo e judicial de demarcação de terras indígenas

Inicialmente, a demarcação de terra indígena constitui atividade administrativa atribuída ao Poder Executivo Federal, regulamentada no Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996¹³.

Segundo esse diploma, cumpre ao órgão de federal de assistência ao índio desencadear o processo de demarcação, fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação. O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação, assegurada a participação da população indígena envolvida em todas as fases do procedimento.

Concluído o levantamento e aprovado o respectivo relatório de determinação da área, os estados, os municípios e quaisquer outros interessados poderão impugnar, fundamentadamente, seu conteúdo.

Afastadas as impugnações ao relatório, a demarcação é homologada por Decreto do Presidente da República, por força do disposto nos artigos 20, inciso XI, e 84, inciso IV, da Constituição Federal.

Em decorrência da garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal), a quem discorde da demarcação assiste a possibilidade de arguir sua inconstitucionalidade ou ilegalidade em processo judicial, cujo procedimento é regido pelo Código de Processo Civil brasileiro, o CPC (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)¹⁴.

Sob o prisma processual, o estudo antropológico realizado judicialmente constitui prova pericial, produzida na forma dos artigos 464 a 480 por um perito, o qual em sua atividade vinculada ao processo é tido como um dos auxiliares da justiça, a teor dos artigos 149 e 156 a 158 do CPC. A exemplo das demais modalidades de prova, sua valoração no processo é balizada pelas disposições gerais elencadas nos artigos 369 a 380, do CPC.

¹³ BRASIL. Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996. Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/demarcacao/decreto_1775.pdf. [20.01.2018].

¹⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. [20.01.2018].

4. Pressupostos para o reconhecimento de terra indígena

A presença simultânea dos pressupostos de originariedade, tradicionalidade e permanência qualifica um espaço determinado como terra indígena, e atribui aos índios que nela vivem os direitos de posse permanente e usufruto exclusivo. Todavia, para os fins desse trabalho, cumpre examinar somente os requisitos da originariedade, tradicionalidade e ocupação permanente.

4.1. Originariedade

A Constituição Federal reconhece os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, mantendo em nível constitucional o instituto do indigenato. O indigenato é uma forma congênita de legitimação do domínio. Não se confunde com o direito adquirido, pois é congênito, primeiro. Não é a ocupação que legitima a posse pelo índio, e sim a apropriação congênita¹⁵.

É um direito impregnado de laços culturais e históricos, justamente por sua originalidade, pois seu fundamento precede a própria ordem jurídica. Não se trata de uma mera modalidade aquisitiva de propriedade, disciplinada pelo ordenamento vigente, e não se confunde com a ocupação ou com a simples posse, pois independe de legitimação.

Tal direito é mais antigo do que qualquer outro, preponderando sobre pretensos direitos adquiridos, ainda que registrados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios, os quais consubstanciam atos nulos e extintos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Petição nº 3388/2009, fixou bem o conceito e alcance do indigenato, ao proclamar que os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram objeto de reconhecimento constitucional, e não de outorga, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. A demarcação é um ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. O direito dos índios sobre suas terras é mais antigo do que qualquer outro, preponderando sobre pretensos direitos adquiridos, ainda que materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios, atos que a própria Constituição declarou como nulos e extintos¹⁶.

¹⁵ NETO, Fernando da Costa Tourinho - *Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas*. Brasília: Tribunal Regional Federal da Primeira Região, 1993, p. 6.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.388. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 19 de março de 2009. *STF*. Brasília, 2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>. [24.01.2018].

O direito congênito dos índios às suas terras vincula-se aos requisitos constitucionais da ocupação tradicional e do caráter de permanência da ocupação.

4.2. Tradicionalidade

A tradicionalidade relaciona-se com o valor da terra para a comunidade indígena, conforme suas especificidades e hábitos. Tais valores são aferidos em face das atividades produtivas exercidas, da necessidade de preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e de sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

As atividades produtivas variam conforme os usos, costumes e tradições da comunidade indígena, sua organização social e recursos disponíveis, e são eleitas segundo as necessidades e conveniências de cada comunidade. As terras utilizadas para as atividades produtivas indígenas podem ser, por exemplo, as destinadas à caça, à coleta, à pesca ou outras atividades tradicionais, cumprindo sinalar que as tradições não são estáticas, pois alteram-se de acordo com o tempo, lugar e contato com outras culturas.

As terras imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem estar podem compreender, por exemplo, áreas de nascentes de rios que suprem as necessidades de água potável ou as de reprodução de espécies de animais que os índios caçam. As terras necessárias à reprodução física e cultural abarcam aquelas necessárias à transmissão da cultura própria às gerações vindouras, incluindo, a título exemplificativo, locais sagrados ou cemitérios.

Importante destacar que a tradicionalidade não pode ser medida por parâmetros da sociedade envolvente. É a terra utilizada conforme a visão de mundo da própria cultura indígena, seus códigos e padrões, crenças, instituições, formas de produção, reprodução e valores espirituais¹⁷. Não existe homogeneidade nessa seara, e o reconhecimento da tradicionalidade de uma gleba para efeito de ser considerada terra indígena dá-se caso a caso, a partir de estudo antropológico específico.

Além da tradicionalidade, o conceito constitucional de terras indígenas pressupõe a ocupação em caráter permanente.

¹⁷ MONTANARI JR, Isaias - Terra Indígena e a Constituição Federal: pressupostos constitucionais para a caracterização das terras indígenas. In AAVV - Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI [em linha]. Manaus, 2006. [20.01.2018]. Disponível em:http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_isaias_montanari_jr.pdf, p. 14.

4.3. Ocupação permanente

A ocupação permanente não deve ser entendida como moradia permanente, pois deve ser levada em consideração o nomadismo de algumas das comunidades indígenas que vivem em moradias sazonais ou perambulam. Ademais, cemitérios ou locais sagrados, mesmo que distantes dos locais destinados à moradia propriamente dita, devem ser considerados locais habitados pelos índios de maneira permanente. Do contrário, uma compreensão estreita do que seja moradia, calcada em um sentido estrito de habitação que vinculasse ocupação permanente a aldeamento, poderia ir de encontro a características culturais dos índios que povoassem a área.

A ocupação em caráter permanente, assim como a tradicionalidade, remetem à idéia de temporariedade. No entanto, a tradicionalidade vincula-se ao valor cultural da terra, à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. A permanência relaciona-se com a necessidade de garantia para o futuro, no sentido de que as terras destinem-se definitivamente ao habitat indígena. Enquanto a tradicionalidade refere-se ao passado, a ocupação mira o futuro, com o objetivo de fundamentar a preservação das terras indígenas como espaço necessário à reprodução e desenvolvimento do estilo de vida das comunidades indígenas segundo sua cultura e tradições, com atividade produtiva e preservação de recursos ambientais¹⁸.

5. Direito e Antropologia

A complexidade dos fatos a serem provados mediante estudo antropológico impõe refletir-se sobre as relações entre Antropologia e Direito.

O apelo à Antropologia evoca a interdisciplinariedade, ou seja, um modo de investigação que integra informações, dados, técnicas, instrumentos, perspectivas conceitos e (ou) teorias de duas ou mais disciplinas ou especialidades para avançar a compreensão ou resolver problemas cujas soluções estão além do

¹⁸ MONTANARI JR, Isaias - Terra Indígena e a Constituição Federal: pressupostos constitucionais para a caracterização das terras indígenas. In AAVV - Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI [em linha]. Manaus, 2006. [20.01.2 s018]. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_isaias_montanari_jr.pdf, p. 12.

escopo de uma disciplina ou área de pesquisa e conhecimento¹⁹. A interdisciplinariedade proporciona a abordagem de uma questão sob diferentes perspectivas de forma a obter-se um quadro mais complexo.

A antropologia é a ciência que estuda o homem em seu sentido lato, o gênero humano. Objetiva estudar o ser humano e suas realizações tangíveis e intangíveis no espaço histórico e no eixo do tempo, focada em seus feitos sociais e culturais. Compreende o estudo do homem enquanto elemento integrante de grupos organizados, organizações e formas coletivas de ação social; como um ser histórico, com suas crenças, usos e costumes, filosofia, linguagem e representações; e o estudo do conhecimento psicossomático do homem e sua evolução²⁰.

A Antropologia é o estudo do homem como ser biológico, social e cultural²¹. Dada a generalidade do conceito, melhor compreendê-la como uma maneira de se situar na fronteira de vários mundos sociais e culturais, abrindo janelas entre eles, através das quais pode-se ampliar nossas possibilidades de sentir, agir e refletir sobre o que nos torna seres singulares, humanos²².

Foge ao objetivo do estudo narrar com minúcias a evolução histórica da Antropologia e as transformações de sua relação com o Direito ao longo do tempo. No entanto, cumpre referir que a Antropologia em geral e a Antropologia Jurídica evoluíram da observação e hierarquização das culturas dos povos descobertos pelo colonizador segundo os parâmetros civilizatórios deste para a compreensão do valor intrínseco de cada cultura.

Não obstante, Antropologia e Direito possuem perspectivas diversas a respeito da vida em sociedade. Além de diferenças no campo conceitual e de nomenclatura, o diálogo é dificultado pela diversidade de métodos de abordagem do objeto de estudo. Enquanto a Antropologia produz conhecimento com base em pesquisa empírica e preocupa-se em apreender o ponto de vista dos sujeitos da pesquisa, o Direito é uma disciplina normativa que analisa fatos e se preocupa com o dever ser e a referência a direitos predefinidos. Os processos

¹⁹ A definição de interdisciplinariedade corresponde a uma tradução livre de texto escrito originalmente em língua inglesa: “*Interdisciplinary research (IDR) is a mode of research by teams or individuals that integrates information, data, techniques, tools, perspectives, concepts, and/or theories from two or more disciplines or bodies of specialized knowledge to advance fundamental understanding or to solve problems whose solutions are beyond the scope of a single discipline or área of research practice.*” O texto original está disponível em http://www.nordp.org/assets/resources-docs/facilitating_interdisc_research.pdf [20.01.2018].

²⁰ XAVIER, Juarez Tadeu de Paula - *Teorias Antropológicas*. Curitiba: IESDE Brasil, 2009, p. 9.

²¹ COLAÇO, Thais Luzia - O despertar da Antropologia Jurídica. In LUZIA Thais (org.) - *Elementos de Antropologia Jurídica*. São Paulo: Editorial Conceito, 2011. pp. 13-44, p. 14.

²² OLIVEIRA, Roberto Cardoso de - *Sobre o pensamento antropológico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998, p. 10.

jurídicos são vistos pelos antropólogos como herméticos e opacos, enquanto o conhecimento produzido pelos antropólogos tampouco parece claro para os juristas, pois sua apreensão demanda abertura a parâmetros interpretativos de grande diversidade²³.

A forma como as duas ciências articulam o particular com o geral tampouco facilita o diálogo. O jurista privilegia o exame de princípios gerais para avaliar quais melhor esclarecem a controvérsia a ser dirimida de modo a viabilizar-se uma solução imparcial e não arbitrária. Já o antropólogo procura esmiuçar os sentidos das práticas e saberes locais, indagando se a singularidade da situação pesquisada tem algo a dizer sobre o universal, em favor de uma interpretação que não seja etnocêntrica, logo que não seja arbitrária. O jurista parte do geral para o particular; o antropólogo parte do particular para o geral. O jurista preocupa-se em evitar arbitrariedades no plano da decisão; o antropólogo não admite arbitrariedades no plano da compreensão²⁴.

Apesar das dificuldades, o diálogo entre a Antropologia e o Direito vem sendo realizado de diversas formas, conforme os referenciais teóricos e os objetivos de pesquisa, consubstanciando um esforço de aporte de significados, de tradução cultural, estabelecendo uma relação de complementaridade que permite à Antropologia esclarecer o que o Direito obscurece e vice-versa²⁵.

Para os objetivos do presente ensaio, importa referir que a relação entre Antropologia e Direito ocorre mediante estudo antropológico, no âmbito de processos administrativos e judiciais.

A produção de estudo antropológico nas controvérsias envolvendo demarcação de terras indígenas suscita questões de cunho metodológico e ético peculiares.

6. Problemas metodológicos e éticos da prova antropológica

A atividade pericial em antropologia tem por finalidade subsidiar, por meio da produção de conhecimento especializado, a formação da convicção dos responsáveis pela garantia do cumprimento da lei, seja no âmbito judicial, seja no administrativo. A importância desse trabalho está na sua capacidade de reve-

²³ GROSSI, Miriam Pillar; OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de; RIBEIRO, Gustavo Lins - Apresentação. In AAVV - *Antropologia e Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2012, p. 12.

²⁴ GROSSI, Miriam Pillar; OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de; RIBEIRO, Gustavo Lins - Apresentação. In AAVV - *Antropologia e Direito: temas antropológicos para estudos jurídico*. pp. 11-16, p. 12.

²⁵ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de - Introdução. In AAVV - *Antropologia e Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2012, p. 19.

lar, por meio da etnografia, os fundamentos necessários à consolidação de direitos coletivos sociais, culturais e étnicos.

A pesquisa em antropologia insere-se num campo interdisciplinar e é constituída pelo diálogo entre saberes distintos (a exemplo da antropologia e do direito), emoldurado pelo marco da legalidade constitucional. Por sua forma de inserção na realidade fenomênica, o discurso antropológico detém características peculiares, consolidando-se como um gênero narrativo *sui generis*²⁶. Ele é distinto do discurso antropológico de molde estritamente acadêmico no que diz respeito ao contexto e às condições de produção²⁷, mas, ao mesmo tempo, é visceralmente ligado a esse discurso quanto aos fundamentos e preceitos da disciplina.

Os laudos periciais constituem uma atividade e um gênero narrativo textual distinto dos presentes na pesquisa acadêmica, como monografias, dissertações, teses, artigos e ensaios. Constituem relatórios de pesquisa antropológica produzidos para subsidiar processos jurídicos e administrativos, solicitados em contextos específicos, amiúde em situações de conflito. São dirigidos a juízes, procuradores, advogados ou administradores para a tomada de decisões concretas. Por isso, quem solicita um laudo pericial espera um documento com elevado grau de exatidão técnica e científica. Os laudos são, portanto, documentos produzidos com finalidades previamente estabelecidas, dirigidos a um público específico, pautados por parâmetros estabelecidos pelas instâncias onde irão tramitar e submetidos a análises e avaliações bastante específicas.

Todas essas particularidades ensejam questões de fundo metodológico e ético.

A objetividade exigida na produção do laudo antropológico deve ser ponderada com a variabilidade do estudo etnográfico. A etnografia possui uma variedade de características especiais e uma delas, é que dois estudos de grupos similares podem diferir entre si, o que conduz ao problema da comparação entre relatos etnográficos diferentes que versam sobre o mesmo objeto²⁸. Na Antropologia, a epistemologia deve esperar e dar conta das diferenças entre as etnografias, em vez de defini-las como anomalia²⁹.

²⁶ BAKHTIN, Mikhail - El problema de los géneros discursivos. In BAKHTIN, Mikhail - *Estética de la creación verbal*. México: Siglo Veintiuno, 1985, pp. 248-293.

²⁷ LEITE, Ilka Boaventura - Os laudos periciais: um novo cenário na prática antropológica. In LEITE, Ilka Boaventura (org.) - *Laudos periciais antropológicos em debate*. Florianópolis: Nuer, 2005. pp. 13-28, p. 25.

²⁸ AGAR, M. - Hacia un lenguaje etnográfico. In GEERTZ, C.; CLIFFORD, J. (Org.) - *El surgimiento de la antropología posmoderna*. Barcelona: Gedisa, 1992, p. 118.

²⁹ *Idem*, p. 120.

As etnografias de grupos socioculturais similares, ou sobre temas similares, tendem a variar em função da trajetória pessoal e profissional do próprio antropólogo, ou em decorrência de mudanças no próprio grupo estudado, resultantes do transcurso do tempo ou de alterações ocorridas em seu entorno social ou, ainda, em razão do público a que se dirigem os relatos etnográficos, cujas necessidades e expectativas demandam diferentes respostas das pesquisas etnográficas.

A variabilidade de estudos etnográficos em relação ao mesmo objeto de estudo é uma característica que sempre existiu, mas que tendeu a manter-se invisibilizada pelo fato de até há pouco tempo a audiência dos relatos etnográficos ser composta apenas por antropólogos e etnógrafos. Com isso, as diferenças, quando percebidas, não geravam maior controvérsia, pois tendiam acomodar-se nas certezas tácitas compartilhadas por membros de uma mesma comunidade profissional.

Com o crescimento da demanda por estudos antropológicos fora do ambiente acadêmico, a questão veio à tona. O público ao qual se destina o produto do trabalho desenvolvido pela antropologia no campo pericial compõe-se mormente por profissionais da área jurídica e/ou da administração pública, bem como pelos próprios interessados, ou seja, populações indígenas, para os fins desse trabalho, e aqueles que se opõem aos seus direitos.

Por outro lado, a objetividade exigida pelo público e as restrições temporais decorrentes dos procedimentos administrativos e judiciais impõem investigações breves, na maior parte das vezes realizadas dentro de semanas ou meses, e não de anos. Ademais, tais circunstâncias exigem acuidade no recorte do objeto de pesquisa, de modo a permitir maior objetividade na sua abordagem e maior celeridade na sua execução.

A má percepção da especificidade do discurso antropológico no campo pericial gera, na prática, inconsistências argumentativas e mesmo desvios éticos.

No campo ético, identificam-se três aspectos: a) o conhecimento antropológico deve estar embasado em pesquisa empírica; b) o sujeito pesquisado deve ser respeitado, no sentido de que suas informações não podem ser descontextualizadas, adulteradas, e ele deve ter acesso ao conhecimento e à avaliação dos resultados da pesquisa, e não pode ser exposto a riscos; c) o antropólogo tem um compromisso com a sociedade, logo, o resultado do seu trabalho deve ser aberto e transparente³⁰.

Exige-se ainda, o balizamento da atividade, no sentido de desanuviar a desconfiança e o descrédito quanto ao tipo de conhecimento que pode ser ofere-

³⁰ LÉVINAS, E. - *Totalidade e infinito*. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 152.

cido pela antropologia, e construir um norte para o controle externo da atividade pelo público a que se destina³¹.

No trabalho acadêmico – teses, artigos e relatórios de pesquisa –, as regras são claras, assim como o controle exercido pelos comitês de ética presentes nas universidades ou nos órgãos de fomento. O controle sobre a qualidade científica e pertinência do trabalho é mais rigoroso. Já o juiz ou qualquer das partes do processo, mesmo quando percebe a falta de adequação e coerência de um trabalho, não pode avaliá-lo nem fazer sua crítica, mas apenas acatá-lo ou não.

Em um contexto de maior liberdade profissional, qualquer um pode sentir-se apto a fazer uma perícia, quando, na verdade, não é assim. Nem toda pessoa autointitulada antropóloga está habilitada para tanto, além da possibilidade de existência de oportunistas, ou indivíduos mal formados que só contribuem para fragilizar e pôr ainda mais em risco a credibilidade do antropólogo³².

Portanto, o fortalecimento da credibilidade da pesquisa antropológica no campo pericial passa pela fundamentação ética na sua elaboração. Por isso, o desenvolvimento da pesquisa deve observar alguns cuidados.

É fundamental que os atores ou sujeitos envolvidos na pesquisa antropológica sejam prévia e devidamente esclarecidos dos objetivos, da metodologia, das possíveis consequências e dos possíveis resultados da mesma³³.

Em segundo lugar, a conduta do perito passa pelo reconhecimento de que o outro, em sua incomensurabilidade, jamais poderá ser totalmente apreendido pelo olhar do pesquisador³⁴. Isso significa que somente depois de enxergar o grupo e a questão a ser periciada em seu contexto é que se torna possível empreender qualquer exercício analítico, e o perito deve esforçar-se por superar preconceitos e ideologias, de forma a visualizar, compreender o outro e torná-lo compreensível em seus próprios termos ao destinatário da perícia, ou seja, na diversidade e especificidade cultural que lhe são próprias.

Em relação ao objeto de análise, enquanto na investigação acadêmica o pesquisador tem total liberdade no processo de desenho da pesquisa e do recorte do objeto de estudo, podendo explorar qualquer linha de raciocínio que lhe pareça interessante ou atrativa, na perícia é a interpretação antropológica da

³¹ CARREIRA, Eliane de Amorim - O lugar da Antropologia no campo multidisciplinar do laudo pericial. In LEITE, Ilka Boaventura (org.) - *Laudos antropológicos em debate*. Florianópolis: Nuer, 2005. pp. 239-248, p. 246.

³² ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA - *Laudos antropológicos: condições para o exercício de um trabalho científico*. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Antropologia, 2015, p. 18.

³³ CARREIRA, Eliane de Amorim - O lugar da Antropologia no campo multidisciplinar do laudo pericial. In LEITE, Ilka Boaventura (org.) - *Laudos antropológicos em debate*. pp. 239-248, p. 245.

³⁴ LÉVINAS, E. - *Totalidade e infinito*. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 183.

demanda jurídica que define o recorte mais adequado. Daí ser necessário que a demanda seja devidamente compreendida e esclarecida, o que pressupõe a existência concreta e efetiva de um diálogo equilibrado entre os antropólogos peritos, os operadores que solicitam as perícias e os sujeitos pesquisados³⁵.

Pela mesma razão, o trabalho pericial tem de ser enxuto, direto e conclusivo. Descrições densas e conexões teóricas sofisticadas não terão valor se o objeto da demanda pericial for abordado de forma tangencial e, sobretudo, se não houver uma conclusão consistente e coerente com o caminho percorrido pela pesquisa³⁶.

Do mesmo modo, peças ativistas, previamente engajadas, sintonizadas mais com uma concepção de ética política do antropólogo que com a realidade sociocultural e histórica do grupo estudado, não constitui trabalho pericial. Fazer perícia não significa referendar incondicionalmente a fala nativa. É, sim, trabalhar no sentido de revelar a outros, de modo inteligível, códigos culturais de comunidades diferenciadas³⁷.

7. Conclusão

O reconhecimento constitucional da organização social indígena e da essencialidade da terra para a sua sobrevivência física e cultural tornou o estudo antropológico elemento probatório central nos procedimentos administrativo e judicial envolvendo demarcações de terras indígenas.

A demarcação de terra é tema central no tocante aos direitos dos povos indígenas, e tanto sua realização na esfera administrativa quanto o controle judicial de sua legalidade requerem seja considerada a cultura da população indígena envolvida de modo a apurar-se a existência e a natureza do seu vínculo com determinada área.

A Antropologia, por compreender o estudo do homem enquanto elemento integrante de grupos organizados, organizações e formas coletivas de ação social, auxilia o Direito na compreensão de modos de vida e visões de mundo diferentes da sociedade majoritária.

³⁵ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA - *Laudo antropológico: condições para o exercício de um trabalho científico*. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Antropologia, 2015, p. 27.

³⁶ SILVA, Alexandra Barbosa da - Antropologia e laudos: de ética, de imparcialidade e a etnografia como um processo prático. In OLIVEIRA, João Pacheco de; MURA, Fabio; SILVA, Alexandra Barbosa da - *Laudos antropológicos em perspectiva*. Brasília: Associação Brasileira de Antropologia, 2015. pp. 56-62, p. 151.

³⁷ CASTRO, Eduardo. V. - *No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é*. [em linha] 2006 [10.01.2018] Disponível em http://pib.socioambiental.org/org/files/file/PIB_institucional/No_Brasil_todo_mundo%C3%A9_%C3%ADndio.pdf

Ante a importância assumida pelos laudos antropológicos na resolução de controvérsias envolvendo demarcação de terras indígenas, impõe-se a reflexão sobre os limites e condicionantes envolvidos na produção de meio de prova tão especializado com o intuito de garantir sua qualidade como meio de prova de fatos relevantes em procedimentos administrativos e judiciais, conferindo-lhe credibilidade.

REFERÊNCIAS

AGAR, M. - Hacia un lenguaje etnográfico. In: GEERTZ, C.; CLIFFORD, J. (Org.) - *El surgimiento de la antropología posmoderna*. Barcelona: Gedisa, 1992.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA - *Laudos antropológicos: condições para o exercício de um trabalho científico*. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Antropologia, 2015. ISBN 978-85-87942-38-8.

BAKHTIN, Mikhail - El problema de los géneros discursivos. In BAKHTIN, Mikhail - *Estética de la creación verbal*. México: Siglo Veintiuno, 1985.

CALHEIROS, Maria Clara - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. ISBN 978-989-96672-5-9.

CARREIRA, Eliane de Amorim - O lugar da Antropologia no campo multidisciplinar do laudo pericial. In LEITE, Ilka Boaventura (org.) - *Laudos periciais antropológicos em debate*. Florianópolis: Nuer, ABA, 2005. ISBN 85-7682-045-5. pp. 239-248.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de - Introdução. In AAVV - *Antropologia e Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2012. ISBN 978-85-7740-126-0.

CASTRO, Eduardo V. - *No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é*. 2006. [em linha] [19.01.2018] Disponível em: http://pib.socioambiental.org/org/files/file/PIB_institucional/No_Brasil_todo_mundo%C3%A9_%C3%ADndio.pdf.

COLAÇO, Thais Luzia - O despertar da Antropologia Jurídica. In COLAÇO, Thais Luzia (org.) - *Elementos de antropologia jurídica*. São Paulo: Editorial Conceito, 2011. ISBN 978-85-7879-187-7. pp. 13-44.

GROSSI, Miriam Pillar; OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de; RIBEIRO, Gustavo Lins - Apresentação. In AAVV - *Antropologia e Direito: temas antropológicos*.

lógicos para estudos jurídicos. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2012. ISBN 978-85-7740-126-0. pp. 11-16.

FILHO, Robério Nunes dos Anjos - Breve balanço dos direitos das comunidades indígenas: alguns avanços e obstáculos desde a Constituição de 1988. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.) - *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. ISBN 978-85-375-0424-6. pp. 569-604.

FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza - O direito de ser povo. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.) - *Igualdade, diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. ISBN 978-85-375-0281-5. pp. 475-498.

LEITE, Ilka Boaventura - Os laudos periciais: um novo cenário na prática antropológica. In LEITE, Ilka Boaventura (org.) - *Laudos periciais antropológicos em debate*. Florianópolis: Nuer, ABA, 2005. ISBN 85-7682-045-5. pp. 13-28.

LÉVINAS, E. - *Totalidade e infinito*. Lisboa: Edições 70, 2000. ISBN 972-44-1374-8.

MATOS, José Igreja - *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 972-32-1813-5.

MONTANARI JR, Isaias - Terra Indígena e a Constituição Federal: pressupostos constitucionais para a caracterização das terras indígenas. In AAVV - *Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI* [em linha]. Manaus, 2006. [20.01.2018]. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_isaias_montanari_jr.pdf.

NETO, Fernando da Costa Tourinho - *Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas*. Brasília: Tribunal Regional Federal da Primeira Região, 1993.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de - *Sobre o pensamento antropológico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998.

PILATI, José Isaac - Conceito e classificação da propriedade na pós-modernidade: a era das propriedades especiais. *Revista Sequência*. Florianópolis. ISSN 2177-7055. Vol. 30, n.º 59 (dez 2009), pp. 89-119.

SILVA, Aracy Lopes da - Há antropologia nos laudos antropológicos? In SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lídia; HELM, Cecília Maria (org.) - *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: ABA, 1994. pp. 56-62.

XAVIER, Juarez Tadeu de Paula - *Teorias Antropológicas*. Curitiba: IES-DE Brasil, 2009. ISBN 978-85-7638-815-9.

POR UMA CRITERIOLOGIA DOS FUNDAMENTOS DE FATO NO JUÍZO DE COGNIÇÃO EXAURIENTE

Marcílio Barenco Corrêa de Mello¹

1. Introdução

O objeto do presente escrito consiste trazer luz as regras metodológicas a serem demonstradas pelo julgador no momento de lançar mão dos fundamentos de fato e de direito, indispensáveis nas sentenças judiciais de mérito. Tais regras metodológicas de cunho jurídico, além de resguardar o próprio julgador na possibilidade de erros - falível como todo ser humano é -, previnem o cidadão do jugo das arbitrariedades estatais, de modo que diante de um lastro mínimo de provas num determinado sentido, não decorra divergências significativas no que tange à formação do convencimento motivado do juiz, no contexto da livre apreciação da prova. Tal tarefa não é fácil, considerando o subjetivismo com que o livre convencimento pode ser formado, levando em conta as experiências antecedentes e a formação histórica do próprio julgador a quem a causa posta se submete.

Decorrerá do presente artigo, no primeiro ponto, breve análise do contributo da ciência para o direito, nomeadamente para busca da verdade dos fatos

¹ Doutorando em Ciências Jurídicas Públicas pela Universidade do Minho/Portugal, com área de concentração em Direito Administrativo, Mestrado e Licenciatura em Fundamentos dos Direitos Constitucionais pela Universidade Federal de Alagoas/Brasil, Especialista em Direito Processual pela Faculdade de Direito de Maceió-AL/Brasil, Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis-RJ/Brasil, Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais/Brasil.

(real), cujos critérios e métodos aplicados analogicamente ao direito, podem ser especiais elementos formadores do conjunto de evidências que levarão à prova, importante instituto precursor de reconstrução da verdade histórica (processual). Filósofos, teólogos e cientistas deixaram seu contributo ao direito, cuja importância desaguou na construção do grau de credibilidade com a qual a verdade aproximada apresenta-se no processo.

A propósito, trataremos da epistemologia jurídica – explícita e implícita – para análise de caso concreto.

Por fim, numa correlação direta à formulação da livre apreciação da prova pelo julgador, desde que fundamentada sua convicção no aspecto de fatos provados e não provados, chegaremos à conclusão do modelo garantista aproximado de segurança jurídica mínima que um Estado de Direito deve contemplar, a fim de manter credíveis os direitos fundamentais imanentes à dignidade da pessoa humana, especialmente mantendo o arbítrio do julgador, sem lhe permitir a prática de arbitrariedades. Nesse contexto, a fixação de parâmetros objetivos de sindicabilidade para revisão dos julgados será baseada na fundamentação da cognição exauriente nas sentenças definitivas de mérito, servindo como verdadeiros mecanismos de credibilidade racional no meio social em que se apliquem.

2. Do contributo da ciência para o direito

Desde o século XVI, a ciência tem servido de utilidade ao homem e aos poderes constituídos. Antes de tudo, serviu aos dogmas, mas numa visão contemporânea, buscou-se a ciência de mecanismo de pesquisa por meio do método de suscitação de dúvida e constante atualização, travestindo-se como verdadeiro mecanismo em favor da humanidade².

Destaque na teoria de Descartes, no discurso do método, primeiro pensador moderno a instituir a dúvida como elemento essencial na busca da verdade científica, onde a existência de algo exige prova por meio dos seguintes critérios: verificação, análise, síntese e enumeração³.

Assim, a ciência nos coloca na condição de dúvida, e não mais na verdade dogmática que advinha do epicentro dos poderes constituídos, a julgar de uma nova ciência que parte do princípio de que a terra, não sendo centro do universo e sim parte do cosmos, agrega a ideia da construção do homem como pedra de toque de um novo modelo central.

² BRECHT, Bertolt - *Vida de Galileu*. Lisboa: Portugalia Editora, 1970, pp. 3-4.

³ DESCARTES, René - *Teoria do conhecimento* [em linha]. Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora [18.01.2017]. Disponível em: <http://teoriadoconhecimentoii.blogspot.com.br/2010/04/rene-descartes-e-o-discurso-do-metodo.html>.

Difundiou Popper, numa visão mais atual de que “podemos aprender com nossos próprios erros”, tratando-se de um critério científico de verificação da validade das teorias ou critério da falseabilidade⁴. Há aqui um contínuo movimento de formulação de hipóteses que é a base de possibilidade de criação de uma nova ciência. Vemos a existência de um critério de infirmação de tese, sem verdades absolutas, com conceito de verossimilhança em sua obra designada “Lógica de Descoberta Científica”, validando-se um enunciado universal por meio do qual o critério de infirmação e não confirmação é o aplicável (teoria dos cisnes brancos)⁵.

Para Feyerabend prega-se a ideia que não há um exclusivo modelo de ciência, mas sim várias ciências, num modelo de contra-método⁶.

Em breves e concisas palavras, apontamos aqui um pouco da influência e os contributos da ciência ao direito, e por consequência nos processos judiciais, que tem por escopo a busca de uma verdade (processual) a ser reconstruída.

Mas que verdade é esta que se busca no direito? A verdade como correspondência dos fatos. Nós adotamos nos processos judiciais uma visão racionalista, herdeira dos processos históricos do iluminismo, onde o mundo físico é uma realidade objetiva conhecida através da correspondência de nossas representações da realidade processual: como a verdade é – presente -, como a verdade foi – passado -, ou como a verdade será construída - futuro.

Assim a tipologia objetiva das normas jurídicas são extremamente garantistas nesse mundo do domínio do processo (demonstração de forças), em que segundo Luhmann, se utiliza da gestão do conflito de forma institucionalizada, representado na prova a verdade por correspondência⁷.

Temos aqui, a ascensão do conhecimento dos fatos no âmbito do processo, com especial relevância dos fatos provados e não provados. É porque a correta apuração da fatualidade relevante para o deslinde da causa influenciará diretamente no enquadramento jurídico para uma boa decisão judicial, pois nunca a aplicação do direito a um conjunto de fatos incorretamente determinados, poderá conduzir a uma decisão jurídica acertada.

⁴ SCHMIDT, Paulo; SANTOS, José Luiz - *O pensamento epistemológico de Karl Popper* [em linha]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul [18.01.2017]. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/ConTexto/article/viewFile/11236/6639>.

⁵ *Ibidem*.

⁶ REGNER, Anna C. K. P. - *Episteme: filosofia e história das ciências em revista*. Porto Alegre: Universidade do Rio Grande do Sul, 1996, pp. 61-62.

⁷ SAAD-DINIZ, Eduardo - *Economia e direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann* [em linha]. Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo [18.01.2017]. Disponível em: http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2014/11/artigo_eduardo_saad_diniz.pdf.

Nesse sentir, aqui reside o contributo da ciência para o direito, onde os métodos experimentados pela ciência na construção da verdade dos fatos no decorrer dos séculos, poderão, por analogia, servir ao direito como criteriologia mínima para reconstrução da verdade histórica processual a ser demonstrada na fundamentação de fato da cognição exauriente pelo julgador. O modelo cartesiano, por exemplo, traz elementos elucidativos e que podem perfeitamente ser utilizados na fundamentação de fato pelo órgão de decisão quanto à valoração da prova (evidência), quais sejam: constatação (verificabilidade), análise (desconstrução), síntese (reconstrução) e conclusão (decisão de mérito)⁸.

Dentre os vários critérios metodológicos, traremos a seguir, a epistemologia jurídica, como elemento da formação da convicção na busca da fatualidade relevante para o processo.

3. Uma visão da epistemologia jurídica no processo

A epistemologia como teoria que estuda a origem, a estrutura, os métodos e a validade do conhecimento, relacionando-se com a metafísica, a lógica e a filosofia da ciência, tem-se por objetivo a demonstração de graus de certeza, afirmando-se que as normas legais de prova são melhores entendidas como normas de credibilidade racional⁹.

Bertrand Russel¹⁰ defende que o “grau de credibilidade” é aplicável muito mais amplamente como sistema de aceitação de uma comunidade, do que por exemplo a probabilidade matemática, que seria menos transparente e com pouco ponto de luz.

De fato, a compreensão dos meios de prova na lei passa pelo ramo da epistemologia, distanciando-se da tese de que os graus legais da prova devam ser identificados como probabilidades de caráter geral (provas tarifadas) ou por meio tão somente estatísticos e de cálculos matemáticos. Nesse sentido, as normas legais de prova são melhores entendidas como mandados¹¹.

⁸ DESCARTES, René - *Teoria do conhecimento* [em linha]. Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora [18.01.2017]. Disponível em: <http://teoriadoconhecimentoii.blogspot.com.br/2010/04/rene-descartes-e-o-discurso-do-metodo.html>

⁹ RUSSEL, Bertrand - *Human Knowledge, Its Scope and Limits*, New York: Simon and Schuster, 1948, p.381 *apud* HAACK, Susan - Legal probabilism: an epistemological dissent. In *Evidence matters: science, proof, and truth in the Law*. New York: Cambridge University Press, 2014. Pp. 47-77, p. 47.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Cf. HAACK, Susan - Legal probabilism: an epistemological dissent. In *Evidence matters: science, proof, and truth in the Law*. New York: Cambridge University Press, 2014. Pp. 47-77, p. 47.

Volvidos nos *standarts* de padrão de prova da legislação anglo-americana da modernidade, temos duas vertentes de análise: a estadualizada e a federalizada.

Em ambas, destacamos a concentração do ônus da prova dividida em duas premissas significativas: a “carga de produção” e o “ônus da persuasão”. Fato é que o padrão de prova no caso criminal, necessita do elemento objetivo “além de uma dúvida razoável”; nos processos cíveis, temos a presença da “preponderância da evidência” como elemento de reivindicação; em casos especiais, exige-se “evidências claras e convincentes”; e, por fim, para a deflagração de uma investigação, presente deverá restar uma “suspeita razoável” ou “causa provável” de ato ou fato de relevância jurídica a ser perscrutado¹².

Assim, a exigência da submissão do réu a pena de morte no Estado do Texas deverá prescindir ao júri a demonstração inequívoca de evidências “além de uma dúvida razoável”; além disso, considerando a exigência de atribuição de encargos (“carga de produção” e “ônus da persuasão”) de forma explícita ou implícita, deverá ser demonstrado que o réu manterá seu *status* de periculosidade para o futuro, como garantia de que um resultado delitogêno possa ser alcançado¹³.

No Estado da Flórida os padrões de prova equivalem sob a ótica da epistemologia explícita¹⁴, como:

- 1 Grau de confiança (credibilidade) nos padrões da sociedade local, com conclusões fatuais corretas para aplicação em determinado caso em concreto;
- 2 A evidência que se exprime das provas produzidas é o instrumento pelo qual a mente do julgador é influenciada;
- 3 O “ônus da persuasão” de caráter psicológico é indutor de um grau de subjetivismo do julgador, dotado dos elementos objetivos de transparência (clareza) e ausência de dúvida (ser convincente).

Assim, a dúvida razoável pode surgir a partir da evidência demonstrada nos autos do conflito de provas ou falta delas. O critério objetivo de evidência clara e convincente denota o espírito de precisão, transparência, ausência de dú-

¹² *Idem*, pp. 51-52.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Idem*, pp. 53-54.

vida e sem hesitação ou contradição; tal peso extrai a ideia de uma crença firme e precisa para o julgador e para a sociedade.

No âmbito de aplicação da legislação federal dos Estados Unidos da América, temos questões de epistemologia implícita¹⁵, cujas formulações de padrão de prova penal devem ser observadas, *prima facie*, na ideia de que para “além de uma dúvida razoável” é muito diverso “para além de uma dúvida possível”¹⁶. Nesse sentir, podemos traçar algumas formulações acerca do tema, no seguinte sentido:

- 1 Além de uma dúvida razoável deve ser a evidência de prova clara e convincente de tal modo que uma pessoa razoável não hesite em agir pelo grau de confiabilidade aplicável à espécie;
- 2 A dúvida razoável só pode surgir a partir das provas produzidas;
- 3 A dúvida deve ser razoável e não dúvida possível ou imaginária, baseada no critério de justeza, razão e senso comum;
- 4 O surgimento da dúvida precisa se dar por meio de uma evidência ou a falta de provas;
- 5 A presunção de inocência só pode ser superada pela acusação estatal, presente para “além de uma dúvida razoável, a integração do elemento do tipo objetivo do ilícito penal, verdadeiro garantidor do cidadão de que “não há crime sem lei anterior que o defina, e nem pena sem prévia cominação legal (princípio da anterioridade da lei penal);
- 6 O veredicto poderá surgir de uma consideração cuidadosa e imparcial de todas as provas, em emersão de “preponderância da evidência”, tudo sob efeito do “ônus da persuasão” e para “além de uma dúvida razoável”.

Longe de tais elementos serem totalmente transparentes, sobretudo pela carga subjetiva que exprimem quando submetidos ao jugo do magistrado e os seus graus de crença intrínsecos, a influência direta das questões epistemológicas explícitas e implícitas sobrelevam um novo grau de crença agora justificado pela evidência das provas, que se corretamente demonstrados serão credíveis de correção.

¹⁵ *Idem*, p. 55.

¹⁶ Como nas condenações do júri em que os réus presos entram algemados e incutem uma ideia de periculosidade nos jurados.

Uma ideia fortemente epistemológica dos graus de prova é mais fiel a linguagem das instruções e fundamental aos padrões de prova que são exigidos nos processos judiciais, sendo determinantes para um julgamento de acordo da verdade reproduzida pelo convencimento motivado por uma criteriologia mínima. Um veredicto é substantivamente justo se a determinação judicial é factualmente correta, onde o réu será condenado pelo crime que realmente cometeu.

O ônus da prova de quem acusa no sistema penal, está lastrado em considerações de política criminal muito além da demonstração inequívoca de superação de uma dúvida razoável.

Por todo o exposto, se exige o entendimento dos padrões de prova pelo pesquisador, para torná-lo credível ao grau de confiabilidade defendido por Bertrand Russel¹⁷, ou ainda, na visão epistemológica da Susan Haack, onde as evidências apresentadas devem justificar a apresentação da questão ao grau.

Uma formulação “clara e convincente” é altamente provável especialmente para o direito. Nesse sentir, vemos o quão razoável é uma reivindicação de um resultado provável, à luz das evidências transparentes e credíveis para o homem.

Para Susan Haack, a justificativa de uma reivindicação de um resultado provável, dependerá da análise da qualidade da evidência, sob aspecto experimental e racional¹⁸. Assim a evidência se demonstrará melhor ou pior em relação à reivindicação do resultado, se:

- 1 quão favorável for a evidência para alcance do resultado;
- 2 quão abrangente é a evidência, sob aspecto de relevância;
- 3 quão seguras são às razões, independente do crédito que são atribuídas a si próprias.

Nesse sentir, a evidência poderá apoiar-se numa reivindicação, prejudicá-la ou nada influir, sendo que uma prova se torna relevante para uma conclusão, se ela afeta o grau de evidências em geral, de modo, que a adição ou subtração contribui ou não para a integração explicativa da evidência na conclusão em si, que pode inclusive depender de fatos sobre o mundo.

¹⁷ Cf. RUSSEL, Bertrand - *No que acredito*. Porto Alegre: L&PM, 2013.

¹⁸ Cf. HAACK, Susan - Legal probabilism: an epistemological dissent. In *Evidence matters: science, proof, and truth in the Law*. New York: Cambridge University Press, 2014. Pp. 47-77, pp. 60-61.

A combinação de evidências levará ao grau de credibilidade da conclusão, apenas se for mais favorável a conclusão em si ou melhorar a segurança do resultado independentemente dos componentes da prova¹⁹.

Por fim, considerando a edificação da fundamentação de fato como mecanismo imprescindível a demonstração transparente da formação da cognição exauriente pelo julgador no processo, nos debruçaremos à indicação dos fatos relevantes para a sentença de mérito.

4. A indicação da fatualidade relevante no processo

Para fins teóricos, em que pese à visão moderna de que a dicotomia dos fatos provados e não provados não se sustente na atualidade pela indissociabilidade da análise do fato à análise do direito em si, passaremos à busca da fatualidade relevante para fins de fundamentação da decisão judicial.

A obrigação de fundamentar as sentenças judiciais e a demonstração da persuasão racional como critérios objetivos do *iter* processual, advém desde os julgadores romanos, ainda que não tivessem obrigação de fazê-lo como nos dias atuais.

¹⁹ Trazemos estudo de caso (Execução Penal n. 0093027-28.2008.8.02.0001 – Vara do 2º Ofício de Coruripe – Alagoas – Brasil - Autor: Justiça Pública do Estado *versus* Réu: Jesse James Viana. Disponível para consulta em www.tjal.jus.br), em que o acusado era policial civil e vereador municipal local, sendo correligionário e segurança de um Deputado Estadual, havendo presenciado a negociação de joias de grande monta a este, no dia 19 de agosto de 2003, no Município de Coruripe, sendo vítimas logo após José Cerqueira e Majelo da Silva de roubo seguido de morte (latrocínio) e ocultação de cadáver, pela prática de crime hediondo. O crime foi praticado em local ermo e desconhecido. Os objetos não foram recuperados. Não houve testemunhas oculares. Os cadáveres foram ocultados e achados meses após em uma mata na zona rural, na Fazenda Limão de propriedade do Prefeito local – irmão do Deputado Estadual investigado. O juiz da causa se arguiu suspeito, após negar pedido de prisão temporária do acusado. Uma testemunha referida fora assassinada no curso da investigação. Outras testemunhas foram coagidas a não falar o que sabiam e a desdizer os depoimentos prestados em sede policial, sob alegação de pressão psicológica. Houve ameaça ao Delegado de Polícia no curso da investigação. O ilícito praticado foi envolvido de forte comoção na sociedade e cobrança pelos meios de imprensa, considerando parlamentares investigados. As evidências que levaram a condenação pelo juízo singular foram: o réu foi a última pessoa a ser vista em contato verbal com as vítimas, devolvendo um objeto. Uma testemunha ouvir dizer que a testemunha assassinada (que trabalha para o acusado) havia relatado ter enterrado dois indivíduos, bem como outra testemunha – que sofrera três tentativas de homicídio – dizer que limpou sangue no chão da casa em construção do acusado, após ouvir tiros, sem precisar a data. Com tais evidências e dificuldades e obstruções nas investigações, não foram identificados os autores materiais. O Réu foi condenado por autoria intelectual, a 76 anos de reclusão em regime fechado em primeira instância, sendo a pena reduzida a 33 anos de reclusão em grau de recurso, mantida a condenação. Após ser demitido da Polícia Judiciária, perder a verança e cumprir parte da pena com direito à progressão de regime, fora solto e assassinado no ano de 2013. Aqui o conjunto de evidências que geraram uma apenas uma dúvida razoável, foram possíveis justificar a condenação.

Hoje o Novo Código de Processo Civil Português quando trata da sentença²⁰, determina ao juiz que iniciada a fundamentação da decisão, deverá entrar na parte da fundamentação de fato da decisão, fixando-a e indicando-a quanto aos fatos provados e não provados, volvendo-se logo após a análise crítica das provas produzidas no processo.

O convencimento motivado deve ser racional e alcançado mediante os esforços do intelecto - não dos impulsos pessoais do julgador -, afastando a ideia de liberdade absoluta, sendo imperioso considerar as circunstâncias que conferem credibilidade a um meio de prova, bem como seu grau de persuasão, alinhado ao princípio da imparcialidade do julgador²¹.

Não estamos a falar em ausência de arbítrio do julgador (livre apreciação da prova), mas sim de possíveis arbitrariedades em face de uma falaciosa liberdade absoluta na apreciação das provas como lhe aprofovessem ou não.

Nesse sentido reside o juízo de provas enquanto *decisum* de mérito que julga a relevância de fatos provados, não provados, controvertidos ou lacunosos, pelo arbítrio da análise crítica (fato e de direito) dos meios probatórios apresentados pelas partes ou oficiosamente pelo julgador²², desde que baseados na conjugação de critérios objetivos de liberdade, racionalidade, persuasão e imparcialidade para formação da cognição exauriente.

O julgamento de fato é a complexa operação de interpretar a realidade (reconstruída) que as partes trouxeram aos autos, permitindo-as fazer prova do que alegaram em consonância ao princípio do contraditório. Deve guardar respeito ao ônus da prova, com o fim de serem julgados provados e não provados, demarcando-se o objeto do litígio (*thema decidendum*)²³.

Mas na busca da demarcação dos fatos provados e não provados, pode e deve o julgador tomar conhecimento não só dos fatos aduzidos pelas partes, mas também outros que contribuam mais satisfatoriamente para o resultado da sentença. Deve agir também em relação à matéria alegada e que não corresponda uma fatualidade, ou ainda que não detenha relevância.

As versões das partes trazidas ao juízo devem ser perscrutadas, de modo que o julgador deverá pronunciar-se sobre todos os fatos específicos que integram as versões das partes, dando como provado o fato positivo.

²⁰ Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, artigo 607º, n.º 4 e 5, Novo Código de Processo Civil Português.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel - *Instituições de direito processual civil*. 6.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Vol. 3, pp. 104-105.

²² DIAS, Marta João - A fundamentação do juízo probatório: breves considerações. *Julgar* [em linha]. N.º 13 (2011). Pp. 175-199 [19.01.2017]. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/175-199-Fundamentação-ju%C3%ADzo-probatório.pdf>

²³ *Ibidem*.

Assim formar-se-á um rol de fatualidades relevantes que o órgão julgador poderá ou deverá tomar conhecimento para formação do “livre convencimento” motivado na decisão.

Nesse sentido, trazemos à luz o Novo Código de Processo Civil Português²⁴, que dispõe em seu artigo 5º, números 1 e 2, alíneas a), b) e c) acerca dos fatos essenciais, instrumentais, complementares e notórios.

Os fatos essenciais exprimem-se naqueles articulados pelas partes, tanto constituídos pela causa de pedir e trazidos pelo autor (inicial)²⁵, como naqueles referidos na defesa ou exceções e suscitadas pelo réu (oposição)²⁶; há ainda os atos processuais supervenientes (réplica ou outro meio cabível/possível) em sede de manifestação pelo autor e réu.

Nesse sentir, aqui reside uma regra geral de vinculação do julgador em se manifestar acerca dos fatos deduzidos pelas partes nos estritos limites das alegações²⁷, desde que convergentes a causa de pedir ou matéria de defesa e exceções - causas impeditivas, modificativas ou extintivas do direito do autor -, tudo como decorrência do princípio do dispositivo.

Ainda assim, o juiz não está sujeito a apreciação das alegações das partes que digam respeito à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito.

Podemos concluir que nem todos os fatos articulados pelas partes têm natureza de essencialidade, onde devem guardar correspondência à causa de pedir ou matéria de defesa/exceção, sob pena de orbitarem além do necessário a uma boa decisão da causa²⁸.

Outrossim, a causa de fatos supervenientes objetivos (fatos novos) ou subjetivos (antigos, mas desconhecidos no momento da manifestação da parte), também impõe o dever de fundamentação pelo julgador, gozando da natureza jurídica de essencialidade.

O momento em que os fatos supervenientes (ocorridos ou não conhecidos na época da manifestação) serão suscitados, variará de acordo com o estado que o processo se encontra, podendo se dar na contestação, réplica, novo

²⁴ Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, Novo Código de Processo Civil Português.

²⁵ Artigo 552º, n.º 1, alínea d), da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, Novo Código de Processo Civil Português.

²⁶ Artigo 572º, alínea c), da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, Novo Código de Processo Civil Português.

²⁷ Por exemplo, se o réu alega em matéria de defesa que pagou \$ 100 EUROS da dívida de \$ 1.000 EUROS devida ao autor, não pode o juiz reconhecer que ele pagou \$ 900 EUROS, ainda que da prova produzida nos autos se extraia tal valor.

²⁸ CABRITA, Helena - *A fundamentação de facto e de direito da decisão cível*. Coimbra: Editora Coimbra, 2015, p. 87-88.

articulado próprio até a audiência preliminar ou, quando não houver, nos 10 dias posteriores à notificação da data da audiência de instrução e julgamento; por fim, até o encerramento desta, se os fatos ocorreram durante ou a parte teve conhecimento após às hipóteses elencadas anteriormente.

Sendo os fatos supervenientes úteis à decisão judicial, com vistas à resolução do litígio, deverão ser considerados no tempo e espaço acima descritos sob pena de preclusão, limite temporal estabilizador do princípio da proteção da confiança, da boa-fé objetiva e da colaboração das partes para com o juízo.

Ultrapassado tal limiar com o encerramento da instrução, não poderão ser suscitados fatos novos naquele processo, restando às hipóteses rescisórias ou de embargos do executado/impugnação. Contudo, pragmaticamente nada impede as partes em comunicar fato superveniente em qualquer momento do processo, para que seja considerado antes da prolação da sentença²⁹ do juízo, desde que mais favorável ao deslinde do feito.

Destacamos que a articulação de fatos supervenientes deve estar dotada de relevância e guardar relação aos fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito³⁰, ou que segundo o direito substantivo aplicável tenha influência útil na resolução da relação jurídica controvertida posta³¹; nesse sentido não há correlação à superveniência de outros meios de prova.

Têm-se ainda a necessidade de observância dos fatos instrumentais que resultam da instrução da prova, representados por aqueles que, imbricados com os fatos essenciais, servem-lhe de meio de demonstração dos mesmos³², e não representam essência do direito invocado³³.

Por tais circunstâncias, a fundamentação de fato da sentença pode guardar correspondência com a análise crítica dos fatos instrumentais, desde que não se exija deles a declaração essencial da análise relação jurídica controvertida; nesta última hipótese deverá fazer parte da fundamentação de fato, ao assumir

²⁹ Nas hipóteses de acordo, cumprimento da obrigação ou pagamento de forma espontânea pelo réu, por exemplo.

³⁰ Artigo 588º, n.º 1, da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, Novo Código de Processo Civil Português.

³¹ Artigo 611º, n. 2º, da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, Novo Código de Processo Civil Português.

³² Por exemplo, em acidentes de trânsito a quantidade de copos de bebida consumida para caracterização de embriaguez ao volante, marca da extensão da frenagem para demonstração de excesso de velocidade, quantidade de metros percorridos na contramão para caracterização de direção perigosa, todos volvidos à prova dos fatos essenciais de caracterização do dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia).

³³ MARQUES, J. P. Remédio - *Ação declarativa à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra Editores, 2007, p. 162.

maior relevo diante do cerne do litígio³⁴, servindo de elemento de demonstração da formação de convencimento motivado na decisão judicial.

Sendo mecanismos de justificação da razão para considerar fatos essenciais provados e não provados, os fatos instrumentais podem ou devem (a depender do caso) ser objeto de pronúncia sob relevo de ponderação nos casos concretos, visando demonstração dos parâmetros mínimos de formação do livre convencimento motivado da cognição exauriente, possibilitando a sindicabilidade do julgado.

É de se destacar que, utilizando-se de critérios epistemológicos objetivos e subjetivos na análise dos fatos instrumentais, estes devem guardar correspondência as evidências extraídas dos autos para um estabelecimento correto do critério de reivindicação (criteriologia mínima), podendo emergir a qualquer tempo antes do *decisum* sem efeitos preclusivos; não há necessidade sequer que tenham sido alegados (ausência do ônus da alegação) ou provados pelas partes³⁵, podendo o julgador demonstrá-los *ex officio*.

Daí surge a ideia da existência de fatos que sejam complemento ou concretização dos fatos essenciais que as partes tenham alegado em seus artigos e resulte instrução do feito, mas que diversamente dos instrumentais, as partes devam ter tido oportunidade de se manifestar sobre eles³⁶, representando assim, o poder inquisitório conferido ao julgador.

Característica importante é que os fatos complementares ou de concretização de fatos essenciais só podem ser objeto de apreciação se não alcançados pela omissão das partes em apontá-los em momento oportuno (inicial, defesa e articulados). Correspondem a fatos essenciais complementados ou de concretização da própria causa de pedir ou das exceções, face sua natureza aglutinativa e integrativa de fatos minimamente alegados (deficientes, imprecisos ou inconclusivos)³⁷.

³⁴ Por exemplo, ausência de contas de fornecimento de luz, água e gás, ausência de pernoite ou ausência de correspondências regulares, nas hipóteses de despejo por falta de uso do imóvel pelo locatário.

³⁵ CABRITA, Helena - *A fundamentação de facto e de direito da decisão cível*. Coimbra: Editora Coimbra, 2015, p. 95.

³⁶ Artigo 5º, n. 2.º, alínea b), da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, Novo Código de Processo Civil Português.

³⁷ Na ação de divórcio litigioso o incumprimento dos deveres inerentes ao casamento (coabitação, assistência mútua, fidelidade recíproca, etc ...), na ação petítória, a demonstração da posse indireta na qualidade de proprietário do bem imóvel, etc...), na ação de denúncia para reaver imóvel para uso próprio, a demonstração de que o proprietário não é titular de casa própria ou arrendada a terceiros, por exemplos.

Em que pese à exigência da alegação prévia das partes no momento oportuno, também deverá advir exclusivamente da instrução produzida nos autos, não sendo passível de submissão ao limite temporal de preclusão, desde que a parte tenha sido oportunizada se pronunciar sobre o crivo do contraditório e, seu aproveitamento (complementador ou concretizador), independerá da vontade da parte, desde que não encerrada a discussão. Encerrada a instrução e julgamento não há mais espaço para ação integradora permitida legalmente.

Por fim, trazemos à baila os fatos notórios e àqueles que o julgador tem ciência em razão do exercício de suas funções³⁸.

A notoriedade de um fato se dá entre cidadãos médios e de informação ordinária, ocorridos num mesmo espaço geográfico, de tal modo que não haja razão para duvidar da sua ocorrência³⁹.

Temos ainda, os fatos pelos quais o julgador (órgão) tenha conhecimento em razões de suas funções, que não se contaminam com os fatos da vida privada do juiz, que tenha tido conhecimento como parte ou decisor noutro tribunal, mas somente onde exerce as atribuições naquele processo⁴⁰, devendo se fazer prova cabal nos autos por via própria a ser determinada *ex officio* (preferencialmente documental).

Assim, estamos diante dos fatos relevantes em que o juízo pode ou deve se pronunciar na fundamentação de fato da sentença de mérito (cognição exauriente), como reunião de elementos a justificar a formação de seu livre convencimento motivado (criteriologia mínima), passível de sindicabilidade pelos tribunais *ad quem*.

Ainda assim, restam fatos outros articulados pelas partes e que merecem destaque na busca da fatualidade relevante para o *decisum* a que nos propomos: os fatos conclusivos, os fatos irrelevantes e os fatos de direito⁴¹.

Os fatos conclusivos são aqueles que podem ser percebidos por determinado indivíduo, encerrando um juízo ou conclusão como um determinado fato

³⁸ Artigo 5º, n.º2, alínea c), c/c art. 412º, ambos da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, Novo Código de Processo Civil Português.

³⁹ Os fatos notórios são datas comemorativas (natal, ano novo, páscoa, independência de um país), a moeda corrente, sua língua oficial; que um ferimento causa dor, que a exposição demorada ao sol e ao frio produz queimaduras na pele, por exemplos. Cf. Helena Cabrita, a notoriedade do fato terá sempre que abranger as partes e o juiz da causa, pois senão nem de conhecimento geral se prestará, quiçá notoriedade. (*op. cit.*, p. 103).

⁴⁰ O óbito da parte noticiado noutro processo, condenação penal transitada em julgado na ação de reparação *ex delicto*, litispendência, coisa julgada ou causa prejudicial.

⁴¹ Cf. CABRITA, Helena - *A fundamentação de facto e de direito da decisão cível*. Coimbra: Editora Coimbra, 2015, p. 106.

provado ou não provado em si mesmo⁴², não sendo os únicos que importavam em provar no processo, sob pena de se misturarem com os fatos essenciais.

Por outra banda, temos os fatos alegados de natureza irrelevante, isto é, que não influenciam a relação jurídica de direito material controvertida posta em juízo, portanto desnecessários enquanto não produzem qualquer efeito.

Por fim, temos os fatos de direito, ou seja, os conceitos estritamente jurídicos apontados pelas partes para aplicação jurídica pelo órgão julgador, reportando-nos a método de indução ou conclusão jurídica de acordo com a interpretação ou aplicação da lei⁴³.

As expressões de fato de direito, podem relevar-se acaso o objeto de disputa ou controvérsia (causa de pedir) dependa da resolução de questões jurídicas, constituindo-se objeto da própria decisão judicial⁴⁴.

Acerca deste último rol de fatorialidade deverá o juiz pronunciar-se na fundamentação de fato da sentença, apontando tais como relevantes ou não para o deslinde do caso concreto e, assim, decorrendo a livre apreciação da prova ao elevá-los à conclusão de fatos provados ou não provados; não há como ignorá-los ou omiti-los, sobretudo para fins de transparência, formação do conformismo das partes ou para que permita a sindicabilidade de sua decisão por meio de parâmetros claros e convincentes.

O exaurimento das matérias de fato devem ser objeto de parâmetro de fundamentação nas sentenças de mérito, tudo pois, a ausência de suas demonstrações pelo julgador poderá acarretar o retorno dos autos em grau de recurso, a fim de que não haja supressão de instâncias na cognição de fato relevante não considerado na decisão judicial *a quo*.

5. Conclusão

A reunião de desideratos probabilísticos, criteriológicos, metodológicos e epistemológicos para reconstrução de fatos juridicamente relevantes no processo judicial, tem por escopo a criação de mecanismos de verificabilidade dos fundamentos que levaram à formação do “livre” convencimento motivado do julgador quando da prolação da sentença judicial. Verdade é que a ideia de liberdade

⁴² Expressões “Velocidade além do permitido”, “não frequência noturna no lar do casal”, “ausência de assistência material”, “não pagamento da dívida no prazo avençado”, por exemplo, que não trazem presunção de certeza quanto ao fato essencial em si.

⁴³ MARQUES, J. P. Remédio - *Ação declarativa à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra Editores, 2007, p. 355.

⁴⁴ O possuidor nas ações possessórias, o proprietário nas ações petitorias, o pai nas ações de reconhecimento de paternidade c/c alimentos, boa-fé ou má-fé, adultério ou fidelidade, culpa ou dolo, por exemplo.

para formação de seu convencimento sobre os fatos e evidências é colocada em xeque, portanto, relativizada, porquanto estejam presentes elementos objetivos e subjetivos de racionalidade (criteriologia mínima). Mas não é só.

A legitimidade das decisões judiciais na conjuntura moderna dos Estados de Direito – democráticos –, exigem que os *standarts* que erigem as decisões de direito sobre questões litigiosas de fato e de direito, sejam postas sob apreciação e decisão definitiva a cargo do Poder Judiciário, desde dotadas de credibilidade racional suficiente para que sejam reconhecidas como instrumentos definitivos de solução de controvérsia.

A justificativa do julgador para formação de seu convencimento motivado com livre apreciação da prova, além de transparentes, precisam ser claras e convincentes, para lá de dúvidas razoáveis postas a decisão, de modo que por preponderância de provas produzidas no teatro do devido processo legal – o processo –, possa se estabelecer a reconstrução da verdade por correspondência, de forma mais aproximada possível da realidade, por critério de justaposição do direito ao caso concreto em sede de cognição exauriente.

O complexo estabelecimento de regras (metodologia) nada mais é uma tentativa de estabelecer critérios mínimos de sindicabilidade às possíveis arbitrariedades estatais pelo julgador, afastando condutas de exceção não mais admitidas num contexto de valoração do homem e do estabelecimento de direitos e garantias reunidos na teoria moderna da dignidade da pessoa humana.

A propósito, a elevação do homem ao grau mais máximo de proteção nos Estados de Direito, exigem a conformação de regras predeterminadas como um conjunto mínimo de direitos (grau elevado de proteção), para em sede de exceção à regra, retem afastadas liberdades públicas fundamentais (vida, igualdade, liberdade, propriedade e segurança).

A teoria do direito e sua ciência, embasadas na formulação de dúvidas, hipóteses e com a extração de evidências que colmatam determinada reivindicação, formularam por meio de métodos jurídicos a reunião de princípios mínimos inderrogáveis (ampla defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição, dentre outros) a realização do corolário universal do devido processo legal substantivo.

Sem prejuízo, o devido processo legal adjetivo busca cada vez mais mecanismos de aplicação dos direitos materiais. A uma, pois representa uma garantia da sociedade em face das arbitrariedades do estado ou práticas espúrias em seu desfavor. A duas, pois foi estatuído como grau de credibilidade da comunidade em que é aplicado, para solução de suas controvérsias. A três, pois as premissas legais predeterminadas e expressas em ritos próprios afastam a surpresa em atentados a dignidade do próprio homem. A quatro, pois a paridade de armas disponíveis às partes coloca os litigantes em posição de igualdade processual. A cinco, pois pressupõe a solução do litígio por organismo dotado de imparciali-

dade. A seis, pois deve fixar critérios de formação do convencimento do julgador (criteriologia mínima), com livre apreciação das provas produzidas, de modo a conduzir o conformismo das partes como meio de pacificação social das controvérsias. A sete, pois pode ser revista, por inconformismo de uma ou das partes litigantes, em instância revisora, também obrigada a observâncias das regras intrínsecas e extrínsecas do devido processo legal material.

Assim, sobreleva-se a ideia de que para haver sindicabilidade dos atos e decisões praticadas pelo julgador, deve a decisão judicial que aprecia e põe a termo o litígio entre as partes (cognição exauriente), vir dotada de critérios mínimos para demonstração de todas as circunstâncias que levaram a procedência ou improcedência dos pedidos, podendo ser extraídos por analogia das ciências em geral (criteriologia mínima).

A fundamentação de fato surge como indispensável método de demonstração do convencimento motivado do julgador, sem tolhê-lo do árbitro (liberdade de apreciação das provas), mas suplantando a ideia de soberania absoluta da vontade dos magistrados dotado de alta carga de subjetividade enquanto tal (*Del Rey*), passível de erros e acertos e pondo em risco à segurança que se espera das lides forenses.

Desta feita, a dissecação de tais elementos fatuais é suficientemente capaz de criar um ambiente de conformação do cidadão em relação ao julgado opinável ou não contra si, bem como a possibilidade de revisão noutras instâncias superiores, reafirmando e sobrelevando o devido processo legal como garantia de todo cidadão.

REFERÊNCIAS

BAUMGARTEN, Maíra - *Habermas e a emancipação rumo à democracia discursiva?* [em linha]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul [18.01. 2017] Disponível em: <http://www.ufrgs.br/cedcis/habermas.pdf>

BRECHT, Bertolt - *Vida de Galileu*. Lisboa: Portugalia Editora, 1970.

CABRITA, Helena - *A fundamentação de facto e de direito da decisão cível*. Coimbra: Editora Coimbra, 2015. ISBN 978-972-32-2311-8.

CALHEIROS, Clara - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. ISBN 978-989-96672-5-9.

CORTÊS, António - *Jurisprudência dos princípios*. Coimbra: Universidade Católica Editora, 2010. ISBN 9789725402559.

COZIC, M. - Confirmation et induction. In BARBEROUSSE, Anouk *et al* - *Précis de philosophie des sciences*. Paris: Vuibert, 2011. ISBN 978-2711720705. Pp. 62-99.

DESCARTES, René - *Teoria do conhecimento* [em linha]. Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora [18.01.2017]. Disponível em: <http://teoriadoconhecimentoii.blogspot.com.br/2010/04/rene-descartes-e-o-discurso-do-metodo.html>

DIAS, Marta João - A fundamentação do juízo probatório: breves considerações. *Julgar* [em linha]. N.º 13 (2011). Pp. 175-199 [19.01.2017]. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/175-199-Fundamentação-ju%C3%ADzo-probatório.pdf>

DINAMARCO, Cândido Rangel - *Instituições de direito processual civil*. 6.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009. ISBN 9788539203758. Vol. 3.

FERREIRA, Adelino - *Kant e a revolução copernicana do conhecimento: uma introdução* [em linha]. São João Del Rei: Universidade Federal de São João Del Rei [18.01.2017]. Disponível em: http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/existenciaearte/Kant_e_a_Revolucao_Copernicana_do_Conhecimento_-_uma_Introducao.pdf

FERRER, Jordi - *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. ISBN 9788497684996.

HAACK, Susan - Legal probabilism: an epistemological dissent. In *Evidence matters: science, proof, and truth in the Law*. New York: Cambridge University Press, 2014. ISBN 978-1-107-69834-5. Pp. 47-77.

HABERMAS, Jürgen - *Técnica e ciência como "ideologia"*. Lisboa: Edições 70, 1993. ISBN 9789724413358.

HACKING, Ian - *The emergence of probability*. Cambridge: Cambridge University, 1975. ISBN 0521685575.

HESPANHA, António - *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997. ISBN 5601072580244.

KELSEN, Hans - *Teoria pura do direito*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 9789724078281.

LARENZ, Karl - *Metodologia da ciência jurídica*. 3.^a ed. reimp. Lisboa: Edições Gulbenkian, 2009. ISBN 972-31-0770-8.

LLAMOSAS, Esteban F. - *Un teólogo al servicio de la corona: las ideas de Daniel Concina em la Córdoba, del siglo XVIII* [em linha]. Logroño: Universidad de La Rioja [18.01.2017]. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2388788.pdf>

LINHARES, J. M. Aroso - Regras de experiência e liberdade objectiva do juízo de prova. *Boletim da FDUC*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0303-9773. Sup. 31 (1988).

LOPES, José Mouraz - *A fundamentação da sentença no sistema penal português*. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 9789724046617.

MARQUES, J. P. Remédio - *Acção declarativa à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra Editores, 2007. ISBN 9789723219043.

NIETO, Alejandro - *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000. ISBN 9788434416468.

PEDRO HABA, Enrique - *Metodologia jurídica irreverente*. Madrid: Dykinson, 2006. ISBN 84-9772-926-9.

PHILLIPS, Denis Charles - *Philosophy, science and social inquiry: Contemporary methodological controversies in social science and related applied fields of research* [em linha]. Pergamon Press: 1987 [18.01.2017]. Disponível em: http://commons.ln.edu.hk/cgi/viewcontent.cgi?article=3687&context=sw_master&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com.br%2Fscholar%3Fq%3Dkuhn%2Bvs%2Bpopper%26hl%3DptBR%26as_sdt%3D0%26as_vis%3D1%26oi%3Dscholar%26sa%3DX%26ved%3D0ahUKEwj-fgcXujYHSAhVCFpAKHQnlBqEQgQMIGDAA#search=%22kuhn%20vs%20popper%22

POPPER, K. - *Conjecturas e refutações*. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 9789724420189.

REGNER, Anna C. K. P. - *Epistême: filosofia e história das ciências em revista*. Porto Alegre: Universidade do Rio Grande do Sul, 1996.

SAAD-DINIZ, Eduardo - *Economia e direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann* [em linha]. Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo [18.01.2017]. Disponível em: http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2014/11/artigo_eduardo_saad_diniz.pdf

SANTOS, Boaventura Souza - *Um discurso sobre as ciências*. 15ª ed. Lisboa: Afrontamento, 2007. ISBN 978-85-249-0952-8.

SCHMIDT, Paulo; SANTOS, José Luiz - *O pensamento epistemológico de Karl Popper* [em linha]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul [18.01.2017]. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/ConTexto/article/viewFile/11236/6639>

ENTRE DIREITO, PSIQUIATRIA E PSICOLOGIA: INTERDISCIPLINARIDADE DA INIMPUTABILIDADE

Maria João Lourenço¹

1. Notas introdutórias

Não há dúvida alguma que desde as últimas décadas do séc. XX temos assistido a uma crescente participação da Psicologia e Psiquiatria nos domínios da justiça, documentada em diversos estudos de reflexão teórica e investigações empíricas, em larga medida justificada pelo reconhecimento da necessária atuação interdisciplinar decorrente da exigente interlocução efetiva entre o Direito e as demais áreas do conhecimento.

Diversas alterações ao Códigos Penal e ao Código de Processo Penal potenciaram esta aproximação, realçando um apelo aos conhecimentos destas duas áreas do saber.

Esta relação tem assumido diferentes vertentes, das quais se destacam a análise da credibilidade do testemunho, o estudo da memória dos diferentes intervenientes processuais e das emoções no contexto judicial, a perceção dos fatores que influem na valoração das provas pelos magistrados e a determinação da (in)imputabilidade para efeitos penais.

¹ Assistente convidada da EDUM e Advogada. Investigadora júnior do JUSLAB e Doutoranda em Ciências Jurídicas na EDUM, na vertente de especialização em Ciências Jurídicas Gerais.

No presente estudo, restringimos o objeto da nossa análise à inimizabilidade em razão de anomalia psíquica, pois como facilmente se compreenderá, é o campo que, exigindo uma maior cooperação e colaboração entre todos os profissionais, levanta questões mais profundas, quer pela complexidade da matéria, quer pelas consequências jurídicas daqui decorrentes.

Não nos pretendendo debruçar sobre as possíveis patologias que poderão configurar, em teoria, uma situação de inimizabilidade, nem sequer sobre as consequências jurídico-penais dessa declaração, é nosso propósito tecer um olhar sobre as necessárias interseções entre a Psiquiatria e Psicologia na análise multidisciplinar da inimizabilidade e as dificuldades que, na prática, as mesmas suscitam no seio dos processos judiciais. Isto, de maneira a contribuir para uma maior compreensão e aproximação dos seus profissionais, de molde a evitar algumas incompreensões e receios recíprocos que ainda hoje pautam esta interdisciplinaridade.

Tendo em vista as preocupações presentes, começaremos por analisar a figura e conceito de inimizabilidade, pois só assim compreenderemos verdadeiramente a necessidade de esforços interdisciplinares nesta matéria. Depois, analisaremos os contributos da Psicologia e Psiquiatria na perceção da inimizabilidade nos processos judiciais de natureza penal. Num momento posterior, importará refletir sobre as fragilidades e dificuldades sentidas pelos profissionais na prática judiciária e, após, num último ensejo, refletir sobre os possíveis métodos para habilitar os intervenientes processuais a aplicarem ferramentas destas áreas do saber, de maneira melhor interpretarem e compreenderem os factos e, assim, garantir uma correta aplicação da lei e maior eficácia da justiça.

2. O regime da inimizabilidade

Partimos para a análise do tema que nos propusemos trabalhar convictos de que para poucas temáticas as construções de outras áreas das ciências humanas se revelam tão pertinentes e decisivas como nas questões da inimizabilidade: não só pela complexidade da matéria, como pelas consequências jurídicas que estes saberes podem implicar.

Igualmente estamos conscientes que a relação dialética que se estabeleceu entre as ciências do homem e o conceito de inimizabilidade tem sido pautada por algumas dificuldades, que por vezes parecem conduzir a um “divórcio entre juristas e cientistas do homem”², com inevitáveis consequências para a aplicação do Direito.

² Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo - Sobre a inimizabilidade jurídico-penal em razão de anomalia psíquica: a caminho de um novo paradigma? *Separata de Estudios penales y criminológicos XIII*. Universidade de Santiago de Compostela: 1990. pp. 127-151, p. 130.

Para compreensão desta dicotomia começaremos por analisar os modelos de inimputabilidade que vigoraram entre nós, passando depois para a reflexão sobre a extensão da conceção que atualmente cunha o nosso ordenamento jurídico-penal.

2.1. O complexo modelo de inimputabilidade

O conceito de inimputabilidade é um conceito puramente jurídico, definido pelo Direito e com relevância exclusiva para o Direito, ainda que a sua compreensão exija a procura de conhecimentos de outras áreas do saber. Sucede que, apesar de o conceito não ter expressão nem implicações nas demais áreas, é certo que tem vindo a ganhar novos contornos com a evolução científica, resultando cada vez mais complexo e de difícil apreensão.

Assim, facilmente se compreenderá que a própria conceção de inimputabilidade que hoje vigora entre nós é reflexo de um longo caminho que foi sendo traçado de mãos dadas com os conhecimentos que as ciências do homem foram capazes de fornecer aos juristas.

É precisamente neste enquadramento que a doutrina tem vindo a distinguir três modelos da conceção de inimputabilidade e que correspondem a três fases do relacionamento entre ciências naturais e as ciências do homem que marcaram diferentes momentos da nossa história³. Apresentamos, de seguida, os traços mais significativos de cada um.

2.1.1. Paradigma biopsicológico da imputabilidade

Numa primeira fase a partilha de conhecimentos entre psiquiatras, psicólogos e juristas, marcada por uma conceção de racionalidade que presidia à Psicologia e Psiquiatria, sob a égide das ciências naturais, apenas seria possível se a culpa na dogmática jurídico-penal fosse consagrada em torno de uma conceção lógica e racional, que pautava as ciências do homem. Nessa exata medida, adotou-se um conceito de culpa, para efeitos penais, que pressupunha a “com-

³ Leiam-se, a título exemplificativo, DIAS, Jorge de Figueiredo - Sobre a inimputabilidade jurídico-penal em razão de anomalia psíquica: a caminho de um novo paradigma? *Separata de Estudios penales y criminológicos XIII*. Universidade de Santiago de Compostela: 1990. pp. 127-151; ALMEIDA, Carlota Pizarro de - *Modelos de inimputabilidade: da teoria à prática*. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 37 e ss.; FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Lições de Direito penal: parte geral*. reimp. 4ª ed. de setembro 1992. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. I- II, pp. 271 e ss e FER-NANDES, Henrique Barahona - Imputabilidade penal dos doentes e anormais mentais. In AAVV - *Psiquiatria forense*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. pp. 5-33, pp. 7 e ss.

provação da subsistência de uma relação *psicológica* entre o agente e o seu comportamento”⁴, assente numa realidade biopsicologicamente comprovável.

Assistiu-se a uma verdadeira harmonia na divisão do trabalho entre juristas e cientistas: o juiz pretendia saber aquilo que o especialista estava em condições de apreciar (se existia alguma doença biopsicologicamente comprovável e se essa doença poderia afetar as capacidades de entendimento sobre os factos imputados). Como resultado na prática judiciária, admitia-se que a decisão sobre o juízo acerca da inimputabilidade recaísse apenas sobre o especialista, cuja opinião se sobrepunha à do juiz e seria por este insindicável.

Tendo como principal mérito a precisa separação de competências entre os juristas e os peritos, este *paradigma biopsicológico da imputabilidade* permitiu o desenvolvimento célere e significativo sobre os conhecimentos do homem e uma maior objetividade nas decisões sobre inimputabilidade, necessária à administração da justiça penal.

2.1.2. Paradigma normativo da imputabilidade

Contudo, esta harmonia ruiu com a percepção de que o Direito é uma ordem autónoma. Como resultado, observou-se uma clivagem entre os mundos do normativo e do empírico, que trouxe profundas sequelas à relação com as ciências.

Com efeito, resultou desta nova visão que uma conceção de matriz psicológica de culpa não seria suficiente para sustentar uma decisão de inimputabilidade: a culpa ganhou forma de pressuposto integrante e não autónomo para afirmação da capacidade do agente.

Deste modo, a apreciação casuística implicava em si um juízo de censura ético, exigindo-se que se questione se não se imporia ao agente um outro comportamento e se este, tendo capacidade para avaliar a ilicitude dos seus atos se teria, ainda assim, conformado com essa atuação.

Uma das maiores dificuldades neste modelo resultou precisamente do facto de remeter o juiz para o velho problema do livre arbítrio, questão essa ainda hoje sem uma resposta unívoca, por ser indemonstrável e inverificável.

Por outro lado, o substrato biopsicológico tornou-se mais alargado, abrangendo a inimputabilidade não só as “doenças mentais”, mas também qualquer “anomalia psíquica”, como as psicoses, psicopatias, perturbações de consciência e personalidades com reações anómalas.

⁴ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo - Sobre a inimputabilidade jurídico-penal em razão de anomalia psíquica: a caminho de um novo paradigma? *Separata de Estudios penales y criminológicos XIII*. Universidade de Santiago de Compostela: 1990. pp. 127-151, p. 134.

Em simultâneo, atribuiu-se uma maior atenção aos fatores normativos do que biopsicológicos, pois que estes elementos seriam apenas não autónomos no contexto global da capacidade do agente de motivação.

O resultado no seio dos processos judiciais deste novo paradigma da inimputabilidade manifestou-se no papel do perito, que já não assumia a função de juiz, mas apenas de um auxiliar deste. O parecer do perito deveria reconduzir-se à análise sobre os fundamentos biopsicológicos da inimputabilidade, cabendo ao juiz a tarefa de decidir sobre o fundamento normativo da inimputabilidade, designadamente no que se refere ao livre arbítrio e liberdade de vontade do arguido.

2.1.3. Paradigma compreensivo da imputabilidade

Atualmente, o modelo de inimputabilidade e a repartição de competências não estão plenamente definidos e nem sempre a relação entre o Direito, Psicologia e Psiquiatria é pacífica.

No atual Estado de Direito Democrático, a função do Direito penal consiste na proteção de bens jurídicos e no desenvolvimento da personalidade de cada um, rejeitando as finalidades da pena como retaliação e encarando-as como forma de reintegração do agente e proteção da estabilidade do ordenamento jurídico. A pena terá sempre como pressuposto a culpa do agente, partindo da conceção de que todos somos seres livres e todos teremos que responder pela personalidade ético-juridicamente censurável. No plano normativo, à luz de um *paradigma compreensivo da inimputabilidade*, o substrato biopsicológico ganha um novo sentido, pois entende-se que apenas a anomalia psíquica, sendo a única causa que pode impedir a compreensão pelo agente, justifica uma consideração de inimputabilidade, cabendo em exclusivo aos peritos traçar esse diagnóstico. Simultaneamente, não se esquece o elemento normativo, já que sempre será necessário apurar se aquela anomalia é grave ao ponto de tornar impossível um juízo de compreensão acerca da ilicitude.

De um outro ângulo, constatamos que do lado das ciências do homem há um abandono de uma conceção mecanicista e positivista, aceitando elementos de indeterminação e passando a olhar para o ser na sua globalidade. Tal significa que há uma aceitação generalizada da necessidade de um trabalho conjunto entre todas as ciências para uma compreensão do Homem.

Da integração dessas diferentes tentativas para uma definição de imputabilidade com aplicação jurídica ressalta a necessidade de se conjugar um critério de natureza psicopatológica (referida à existência de uma doença mental, que só pode ser determinada pela Psiquiatria clínica) com um critério de natureza

médico-legal (referida à dedução que relacione a afetação do funcionamento psíquico com os factos que deram lugar ao procedimento judicial)⁵.

2.2. O recorte legal da inimputabilidade: extensão do conceito de anomalia psíquica

Fruto de todo este enquadramento, o art. 20.º do Código Penal dispõe sobre a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica:

1 - É inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação.

2 - Pode ser declarado inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica grave, não acidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, tiver, no momento da prática do facto, a capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída.

Decorre deste quadro legal que o legislador faz depender a integração de um indivíduo num quadro de inimputabilidade da existência de uma anomalia psíquica, que seja grave o suficiente que torne o agente incapaz de aferir da ilicitude do seu ato, no momento da prática dos factos de que é acusado.

Valerá isto por dizer que o modelo atual de inimputabilidade exige uma compreensão e colaboração entre diferentes profissionais, uma vez que a decisão do juiz sempre depende da avaliação médica, ligada ao elemento biopsicológico, que a precede.

É precisamente nesta relação de cooperação e colaboração entre os profissionais que surgem os problemas que nos ocuparão nas próximas páginas.

Sempre será, contudo, de adiantar, que é urgente estabelecer os exatos termos em que deve ser equacionada esta relação, passando desde logo pela definição de um ponto essencial: qual a extensão do conceito de anomalia psíquica que deve ser adotado para avaliação da inimputabilidade?

Apesar de, à primeira vista, esta parecer uma questão básica, o certo é que a mesma comporta inúmeros e complexos problemas, desde logo porque esta “anomalia psíquica” não corresponde a qualquer termo com que os profissionais forenses estejam habituados a lidar.

Efetivamente, os conceitos de “inimputabilidade” e de “anomalia psíquica” são conceitos puramente jurídicos, sem qualquer reflexo no seio da Psiquia-

⁵ Cf. TEIXEIRA, João Marques - Inimputabilidade e imputabilidade diminuída: considerações sobre a aplicabilidade destas noções em psiquiatria forense. *Saúde mental: revista*. Vol. 8, nº 4 (2006), pp. 7-10, p. 8.

tria ou Psicologia. O termo “anomalia psíquica” vem substituir o termo “loucura” que figurava no Código Penal de 1982, e resulta de uma consciente ponderação do legislador, que entendeu que as situações de inimputabilidade não poderiam ficar circunscritas às situações de doenças mentais, a diagnosticar pelo perito médico. É que as discussões científicas que se traçaram sobre o tema centraram-se sobre se a inimputabilidade apenas poderia derivar de uma “doença mental”, ou se poderia fundar-se noutras patologias que não apenas às reconduzidas àquele termo médico. A adoção do termo genérico de “anomalia psíquica” resulta, em larga medida, do facto de o legislador entender não competir ao Direito tomar partido em questões puramente médicas, preferindo um critério puramente normativo.

Tal opção permite, por um lado, o afastamento de concepções e querelas teóricas e, por outro, uma maior consonância com as situações concretas. Além disso, uma noção ampla deste tipo sempre permitirá uma maior adequação aos progressos científicos a que se assiste, cabendo nele patologias que ultrapassem o conceito clínico de doença mental (são exemplos as perturbações mentais, perturbações profundas da consciência e alterações mentais graves). Assim, assegura-se que a inimputabilidade possa abranger todas as causas, mais ou menos patológicas, sejam duradouras ou transitórias, que tenham por efeito tal incapacidade. Reconhece-se, de qualquer modo, que o que se abrange é a perturbação psíquica ou emoção anormal, não na sua causa, mas nos seus efeitos, pois que equivale a qualquer motivo que prive o agente do exercício das suas faculdades intelectuais ou de autodeterminação no momento da prática dos factos.

De entre as críticas ao conceito lato de inimputabilidade, salientam-se os fundados receios de um maior perigo de subjetividade e instrumentalização, com possíveis implicações negativas no rigor, objetividade, segurança e certeza que se exige no Direito penal. A somar a este argumento, algumas posições, ainda que minoritárias, alertam para o facto de este conceito amplo se revelar perigoso, porque em teoria se poderá admitir a possibilidade de tratar como inimputáveis aqueles que não se enquadram nos padrões de comportamentos tolerados⁶.

Em resposta às objeções levantadas, sempre poderemos retorquir que, mesmo à luz de uma concepção mais restrita do conceito de inimputabilidade, não há um entendimento unívoco sobre se apenas se integrariam os casos extremos e inquestionáveis de doenças mentais que causam um divórcio entre o indivíduo e a realidade, de índole somática (como a esquizofrenia, paranoia, psicose maníaco-depressiva ou ciclotímica), ou se poderiam englobar, neste estado de

⁶ Sobre as críticas ao modelo lato de inimputabilidade, *vide* ALMEIDA, Carlota Pizarro de - *Modelos de inimputabilidade: da teoria à prática*. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 44 e ss.

incapacidade, outros distúrbios e patologias de índole sociológica e valorativa⁷. Quanto aos alegados riscos de subjetividade, parece-nos que os mesmos estarão comedidos pelo facto de o nosso modelo exigir a comprovação de um determinado estado biopsicológico, excluindo-se a inimputabilidade radicada em quaisquer anomalias de carácter ou comportamentos desviantes, sujeitando a decisão final à produção de um juízo médico.

Independentemente da discussão, teremos que concordar que, não correspondendo o termo a qualquer conceção ou ideologia médica, o mesmo é habitualmente pouco compreendido, seja pelos juristas e aplicadores do Direito, seja pelos próprios psiquiatras e psicólogos. Efetivamente, se os juristas o tratam como “conceito estritamente médico suficientemente genérico, de uso generalizado na prática médica, cobrindo um vasto leque de psicopatologias”⁸, os psiquiatras exclamam não saber sequer do que se trata, para além de que se reporta a um conceito “que foram buscar à linguagem jurídica do séc. XIX (...) não representando diagnóstico médico que faça parte dos Sistemas de Classificação, mas antes linguagem jurídica”⁹. Talvez por isso ainda hoje se discuta se a doença mental será um conceito normativo baseado em valores ou termos científicos despidos desses valores¹⁰.

Prova disso mesmo resulta da análise que juristas e os especialistas do foro psíquico fazem da própria conceção da diminuição da imputabilidade: para os primeiros, é tratada do lado da inimputabilidade e pelos segundos, do lado da imputabilidade¹¹.

O que pretendemos com isto significar é que os conceitos de gravidade de doença e de responsabilidade penal são de natureza distinta pelo que, no plano empírico não podem ser correlacionados, muito embora o possam ser no plano conceptual.

⁷ Leia-se ALMEIDA, Carlota Pizarro de - *Modelos de inimputabilidade: da teoria à prática*. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 41 e ss.

⁸ A. Albuquerque, Revista de Ordem dos Médicos, Agosto, 1997, *apud* VIEIRA, Fernando; BRIS-SOS, Sofia - Direito e Psiquiatria: um olhar sobre a cultura judiciária na sua intersecção com a psiquiatria. *Julgar*. Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses. N.º 3 (2007), pp. 45-60, p. 46.

⁹ Cf VIEIRA, Fernando; BRISSOS, Sofia - Direito e Psiquiatria: um olhar sobre a cultura judiciária na sua intersecção com a psiquiatria. *Julgar*. Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses. N.º 3 (2007), pp. 45-60p. 46.

¹⁰ A discussão é debatida em WAKEFIELD, Jerome C. - Para uma definição de doença mental: valores e factos. In FONSECA, António Castro (ed.) - *Psicologia e justiça*. Coimbra: Coimbra editora, 2008. pp. 99-121, pp. 99-121, p. 100.

¹¹ Cf. TEIXEIRA, João Marques - Inimputabilidade e imputabilidade diminuída: considerações sobre a aplicabilidade destas noções em psiquiatria forense. *Saúde mental: revista*. Vol. 8, nº 4 (2006), pp. 7-10, p. 9.

Não obstante, a incerteza dos conceitos não poderá justificar a desistência de encontrar uma referência objetiva o mais segura possível, mesmo numa área onde as certezas são poucas, para avaliação da capacidade penal.

A principal discussão que se impõe é a definição do conceito e extensão de doença mental ou anomalia psíquica que deve ser levado em conta para efeitos de avaliação da inimputabilidade, ou seja, quais os critérios que devem subsidiar a perícia do profissional que irá contribuir para o juízo acerca da (in) imputabilidade do agente.

Apesar de os critérios de diagnóstico das doenças mentais vigentes serem revistos regularmente, garantindo maior validade dos resultados dos diagnósticos, não asseguram a inexistência de “falsos positivos”, que podem determinar a não aplicação de uma pena a um arguido que não padece de qualquer doença¹². Ademais, as classificações que têm vindo a ser trabalhadas de modo a justificar, à luz dos quadros em vigor, a integração do arguido num daquelas classificações tornam difícil introduzir em audiência de julgamento um ponto de vista técnico¹³, sem esquecer que as mesmas se reconduzem a situações de “doenças mentais” e a “anomalia psíquica” abrange um sem número de situações aí não descritas.

Por outro lado, a não adoção de um modelo restrito de inimputabilidade reduzido às situações de doença mental, deixa ao juiz uma vasta margem de apreciação das situações concretas atendendo não só à causa, mas sobretudo aos efeitos produzidos sobre a capacidade de o arguido avaliar a ilicitude dos seus atos e de se autodeterminar e, em última instância, na prática judiciária, será sempre o técnico de saúde mental que determinará se determinado indivíduo é ou não portador de anomalia psíquica e qual a gravidade dessa patologia.

Daqui resulta uma das inúmeras dificuldades na convivência do Direito com a Psiquiatria e Psicologia e justifica-se pelo facto de os psicólogos e psiquiatras olharem para os juristas como seres “rígidos e onnipotentes, porque presos a um modelo reducionista e demasiado racional, que prejudica no seu entender o atingir do Ser Humano na sua essência ou sofrimento”¹⁴. Já os juristas não

¹² Sobre estas questões, em particular, WAKEFIELD, Jerome C. - Para uma definição de doença mental: valores e factos. In FONSECA, António Castro (ed.) - *Psicologia e justiça*. Coimbra: Coimbra editora, 2008. pp. 99-121, p. 101.

¹³ Atente-se na seguinte situação: se num exame pericial o arguido refere não estar contente e andar mais pensativo sobre a sua vida e relatar situações de choro e descontentamento, dificilmente os psiquiatras poderão fugir de um diagnóstico de depressão, marcado por um maior risco de suicídio. Na prática, tal poderá justificar a defesa da libertação de um recluso pelo especialista, o que não seria possível no nosso quadro legal. Leia-se este exemplo em VIEIRA, Fernando; BRISSOS, Sofia - *Direito e Psiquiatria: um olhar sobre a cultura judiciária na sua intersecção com a psiquiatria*. *Julgar*. Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses. N.º 3 (2007), pp. 45-60, p. 47.

¹⁴ *Idem*, pp. 45 e 46.

compreendem a dificuldade dos especialistas nestas matérias em determinarem, de forma rigorosa e objetiva, a gravidade de determinados quadros psicopatológicos, olhando-os, por vezes, como fontes de dúvidas, que apenas surgem nos processos para levantar dúvidas e incertezas, o que sempre contraria aquilo que seria espectável com a sua intervenção.

3. Interdisciplinaridade da inimputabilidade

3.1 Contributos da Psiquiatria e Psicologia forenses

Como vimos de dizer, este é um fenómeno complexo, que exige uma reflexão multidisciplinar, não podendo ficar refém de uma única ciência para a sua compreensão, antes exigindo a intervenção de várias áreas do saber.

Referimo-nos, em especial, à Psiquiatria para aferirmos um critério biológico, que nos permitirá determinar a existência de alguma doença mental; à Psicologia, com vista a, num plano psicológico, dar-nos condições de exercício da vontade e demais funções anímicas com implicações no ato; e, por fim, ao Direito, que estabelece, num plano normativo, os pressupostos objetivos e subjetivos da punição, determinando, especificamente no tema que nos importa, as situações de inimputabilidade.

Naturalmente, para avaliação da inimputabilidade dos arguidos, mais do que perceber a patologia que estará subjacente, será sobretudo essencial compreender o estado psicológico e a tradução comportamental no momento da prática do ilícito. Pretendemos com isto dizer que, não sendo de desprezar os relatórios e os estados psiquiátricos dos agentes, os juízes sempre terão que se preocupar igualmente com os aspetos psicológicos das capacidades pessoais e dos estados de ânimo e, apenas indiretamente, com as doenças psiquiátricas, enquanto evidência para a alteração daquelas capacidades: as doenças são um ponto de partida para a avaliação sobre possíveis doenças mentais e anomalias psíquicas, mas continuam a ser as alterações psicológicas consecutivas que sustentam a base legal para a inimputabilidade. Por isso, é necessário, ainda que comprovada a existência de qualquer patologia, que o perito evidencie e clarifique o impacto dessa doença sobre a capacidade de compreensão da ilicitude do ato do seu agente e/ou sobre a sua capacidade em se autodeterminar em função dessa compreensão¹⁵.

Tal discernimento envolve um conjunto de juízos, de natureza científica - como apreciação de uma doença mental -, mas também a análise sobre os motivos que levaram à prática dos factos e das suas consequências, a que acresce

¹⁵ De acordo com este entendimento, *idem*, pp. 49 e 50.

o inevitável apelo aos sentimentos éticos, morais e sociais do arguido. Só a análise de todos estes dados em conjunto permitirá uma conclusão mais próxima e consentânea com a realidade.

Para tal, o tribunal deverá determinar a realização de perícia psiquiátrica e psicológica e abrir o processo a especialistas nestas áreas. A finalidade da perícia psiquiátrica prende-se com a determinação do estado mental do indivíduo no momento da prática dos factos, explicando em que medida, perante as bases psicobiológicas da imputabilidade, tem o arguido a capacidade de compreender o facto ilícito e de se autodeterminar perante essa avaliação. Para a realização desses exames, é usual serem trabalhadas provas psicométricas, para medir várias funções cognitivas.

Contudo, será necessário que essa valoração seja ainda acompanhada de outros elementos valorativos, como alguns aspetos da personalidade, a experiência social e a formação de padrões éticos e de moral que o indivíduo adquiriu, independentemente do seu nível de QI¹⁶.

Daí que, por vezes, a Psiquiatria possa surgir como um primeiro contacto para avaliação psiquiátrica. Contudo, é frequente que sejam requeridos exames complementares, como de neuro imagem (quando há sinais de transtorno orgânico), ou uma avaliação psicológica porque esta pode fornecer dados importantes para uma conclusão diagnóstica mais acertada¹⁷.

Precisamente por tal motivo, exige-se um estudo complementar com a Psicologia, cuja participação contribui para o diagnóstico, p. ex., para confirmar, infirmar ou precisar uma intuição clínica do médico, como no caso da debilidade mental ligeira, da desarmonia cognitiva, da deterioração mental patológica, etc. De entre os métodos a que se socorrem os psicólogos, sempre serão de salientar a utilização das técnicas projetivas (como o teste de Rorschach e o teste de aperceção temática), técnicas que sem terem funções métricas visam a perceção da dinâmica da personalidade, concebida como uma totalidade constituída pelos seus diferentes elementos em interação (passando, p. ex., pela determinação do grau de socialização do agente, pela avaliação dos traços de personalidade e pela análise do processamento da informação cognitiva). Nos processos judiciais, ganham especial relevância como instrumento de avaliação psicológica a entrevista que é completada com demais informações obtidas através das entrevistas aos familiares, médicos de família ou outros técnicos que acompanhem o arguido.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ ABDALLA-FILHO, Elias - Os transtornos de personalidade em psiquiatria forense. In FONSECA, António Castro (ed.) - *Psicologia e justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. pp.177-198, p. 190.

3.2 Produção de prova pericial

No ordenamento jurídico português, a produção de prova pericial nos processos de natureza criminal tem lugar sempre que a perceção ou apreciação dos factos carreados para o processo exijam especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos.

Na matéria objeto de análise neste estudo, as perícias são realizadas para aferir se o arguido sofre de alguma patologia que possa condicionar o seu estado de imputabilidade ou para efeitos de avaliação da personalidade e da perigosidade do arguido, situação em que a perícia poderá versar sobre as características psíquicas independentes de causas patológicas, bem como sobre o seu grau de socialização.

A perícia é realizada em estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado ou, quando tal não for possível ou conveniente, por perito nomeado pelo tribunal, atenta a honorabilidade e reconhecida competência na matéria em causa. Em regra, é realizada por apenas um perito, mas caso se revele de especial complexidade ou exigir conhecimentos de matérias distintas, pode ela ser deferida a vários peritos funcionando em moldes colegiais ou interdisciplinares.

A perícia é ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho da autoridade judiciária, contendo a indicação do seu objeto e os quesitos a que os peritos devem responder, bem como a indicação da instituição, laboratório ou o nome dos peritos que realizarão a perícia, podendo a mesma ser assistida por um consultor técnico indicado pelas partes e que seja da sua confiança.

Finda a realização da prova pericial, é elaborado um relatório no qual o perito fundamenta as suas conclusões e apresenta as respostas aos quesitos, sendo possível que o tribunal ou qualquer das partes processuais solicite a prestação de esclarecimentos complementares. O resultado da perícia pode relevar, nomeadamente para a decisão sobre a revogação da prisão preventiva, a culpa do agente e a determinação da sanção, estando a mesma subtraída à livre apreciação da prova.

O perito aparece, assim, como um assistente neutro e imparcial do tribunal, «“um auxiliar do tribunal”, “instrumento de prova do juiz”, “funcionário do direito público” ou “companheiro do tribunal”»¹⁸, não estando sujeito às regras de inquirição de testemunhas, nem podendo decidir a causa ou substituir-se ao juiz, mas intervindo na apreciação dos factos.

Na verdade, por esta razão não é de admirar que várias vezes se tenham erigido sugerindo que já não estaremos na esfera dos meios de prova, mas antes perante a figura de um verdadeiro assessor, já que o seu papel é mais próximo de

¹⁸ Cf. VERKERK, Remme - Comparative aspects of expert evidence in civil litigation. *International journal of evidence & proof*. Vol. 1 (2009), pp. 167-197, p. 169. Aspas no original.

um assistente do juiz do que propriamente de uma testemunha. Com efeito, não será porventura arduo afirmar que o perito se aproxima, em certa medida, da posição de julgador, porque se espera que ele seja capaz de retirar conclusões dos factos disponíveis, sendo-lhe permitido requerer informação às partes, visitar locais, solicitar assistência de outros especialistas ou pedir informações a terceiros. Estamos, assim, perante um perito “todo poderoso”¹⁹.

Mais do que isso, a intervenção dos profissionais da Psiquiatria e Psicologia assume um papel importante de colaboração na realização da justiça já que a determinação da existência de uma doença mental pode significar a não imputação de sanções penais ao arguido ou a aplicação de uma medida de segurança²⁰.

Constatamos, assim, que os profissionais de saúde mental podem exercer uma sólida e importante influência na configuração do Direito, esperando que esta confluência entre saberes conduza a uma maior transparência e atenção no uso de conhecimentos psiquiátricos e, assim, a um aumento da qualidade da justiça²¹.

4. Interdisciplinaridade: debilidades na relação entre Direito, Psiquiatria e Psicologia

No desempenho das suas funções como profissionais, os psiquiatras, psicólogos e juristas têm vindo a relatar algumas dificuldades, cujas respostas culminam em apelos vários de salvaguarda da profissão e de uma postura ética e deontológica adequada.

Para refletir sobre algumas dessas situações, sempre será necessário notar que a Psicologia e Psiquiatria são áreas muito diferentes da Psicologia e Psiquiatria forenses e muitas vezes os profissionais estão mal preparados para auxiliar em processos judiciais, porque desconhecem os trâmites legais e as maiores exigências e responsabilidades associados à proteção dos direitos dos arguidos e das vítimas.

¹⁹ Recorrendo às palavras de Krammer, como lembra Remme Verkerk, *idem*, p. 180. Sobre esta matéria, leia-se, entre outros, CALHEIROS, Maria Clara - Para uma teoria da prova. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 138 e ss.

²⁰ Contudo, há autores que entendem haver um especial benefício deste sistema pelos autores de crimes de maior gravidade, uma vez que nos demais, por via de regra, não são ordenadas perícias psiquiátricas ou psicológicas. Sobre esta crítica, leia-se BOUCHARD, Jean-Pierre - Para uma reforma da perícia psiquiátrica e da perícia psicológica em França (e na União Europeia). In FONSECA, António Castro (ed.) - *Psicologia e justiça*. Coimbra: Coimbra editora, 2008, pp. 155-174, p. 157.

²¹ Neste sentido, JANUS, Eric S.; HACKETT, Maureen - Establishing a law and psychiatry clinic. *Journal of law & policy*. New York: Brooklyn Law School. Vol. 14 (2004), pp. 209-247, p. 209.

Não obstante, os juristas têm uma tendência, talvez ingénua, de idolatrar e venerar a ciência, porque acreditam ser capaz de oferecer certezas e previsões seguras²². Ora, tal pressuposto levanta muitas questões na prática judiciária, desde logo porque tal crença transparece, infundadamente, nas decisões judiciais. Veja-se, a título exemplificativo, a admiração que um médico psiquiatra expressa quando leu um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que, apelando às considerações constantes do seu relatório, as definiu como “juízos científicos de certeza, próprios das funções que lhes foram cometidas”²³.

Com efeito, alguns estudos alertam para o facto de muitas das decisões tomadas nos tribunais portugueses nos quais tenha sido apresentado um relatório pericial, exista uma concordância total entre conclusões emitidas na perícia e decisão judicial constante dos acórdãos²⁴.

Ora, se por um lado isso poderá significar a importância que é atribuída a estes especialistas, o certo é que tal poderá significar também que no plano jurídico o julgador não dispõe de qualquer conhecimento técnico ou científico que possa contribuir para a perceção e interpretação dos factos em discussão. Por isso mesmo, no seio destes profissionais tem sido reiterada a necessidade de averiguar em que medida o trabalho dos peritos forenses será relevante, necessário, devidamente qualificado e competente e se não lhes impenderá a obrigação de alertar para as limitações dos seus conhecimentos, desde logo porque estas ciências podem apenas apresentar “verdades probabilísticas e não absolutas”²⁵.

Do nosso ponto de vista, é louvável que os psiquiatras forenses reconheçam que

«se por um lado nos podemos regozijar com este reconhecimento devemos, por outro, interrogarmo-nos se estamos à altura das exigências que nos fazem. Isto é, se temos capacidade para dar uma resposta cientificamente válida para ajudar

²² No entanto, como bem expõe Clara Calheiros, esta ciência por vezes comporta algumas dificuldades na descoberta da verdade. Leia-se, da autora, *Verdades difíceis: intersecções entre direito e ciência. Julgar*. Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses. Número especial: prova difícil (2014), pp. 129-148, pp. 135-143.

²³ Cf. MOTA, Victor - *Quase responsáveis: vinte anos de psiquiatra forense*. Porto: Hospital de Magalhães Lemos, 2012, p. 125.

²⁴ Veja-se, p. ex., GONÇALVES, Rui Abrunhosa - *Psicologia forense em Portugal: uma história de responsabilidades e desafios. Análise psicológica*. Lisboa: Instituto Superior de Psicologia Aplicada. Vol. XXVIII (2010), pp. 107-115, pp. 109 e ss e FARIA, Ana Filipa Alves - *Perícias forenses de agressores conjugais: caracterização e impacto nas sentenças judiciais*. Braga: Universidade do Minho, 2011. Dissertação de mestrado, pp. 18 e ss.

²⁵ Cf. GONÇALVES, Rui Abrunhosa - *Psicologia forense em Portugal: uma história de responsabilidades e desafios. Análise psicológica*. Lisboa: Instituto Superior de Psicologia Aplicada. Vol. XXVIII (2010), pp. 107-115, p. 112.

ao esclarecimento dos factos e das questões que sobre eles pendem, nomeadamente, o “quem”, o “como”, o “quando” e o “porquê”»²⁶.

4.1 A diferente natureza do processo e das metodologias

É precisamente sobre esta questão, relacionada com as finalidades da intervenção e os métodos usados por cada uma destas ciências que nos ocuparemos nas próximas linhas, já que é aqui que começam a surgir os obstáculos no cruzamento dos saberes.

Sobre este aspeto, teremos que começar por esclarecer que as expectativas que os juristas depositam sobre os psiquiatras e psicólogos, esperando deles respostas concretas, objetivas e inabaláveis, se prende com o facto de as finalidades dos processos judiciais remetem para a procura de uma verdade, esquecendo que a Psiquiatria e a Psicologia admitem que uma determinada verdade (como p. ex. um diagnóstico) é apenas uma possibilidade de trabalho, que encaminha o técnico para a ação, mas que poderá e deverá ser revisto sempre que se considerar pertinente ao trabalho psicológico, reconhecendo que as suas conclusões e formas de trabalho podem reconduzir-se sobretudo a probabilidades.

De facto, espera-se que os peritos forenses apresentem uma opinião objetiva, científica, credível, que conduza a um facto verdadeiro e incontestável, pois só com certezas poderá lidar o processo e poderá ser tomada uma decisão final sobre a inimputabilidade do arguido.

Sucedem que “os cientistas não são o tipo de pessoas que têm o hábito de produzir certezas”²⁷, desde logo porque sempre terá que ser reconhecido que a Psicologia e até a Psiquiatria se desenvolvem sob modelos do tipo experimental, nos quais a investigação empírica será usada para testar hipóteses, com vista à minimização dos erros ou enviesamentos das conclusões.

²⁶ Cf. *Idem*, p. 113. No mesmo sentido, PAULINO, Mauro; CASIMIRO, Carlos - O psicólogo na justiça: notas preliminares sobre o perito, o seu depoimento e a perícia forense. In PAULINO, Mauro; ALMEIDA, Fátima (coord.) - *Psicologia, justiça & ciências forenses: perspetivas atuais*. Lisboa: PACTOR, 2014. pp. 57-81.

²⁷ Cf. KOPPEN, Peter J. van - O mau uso da psicologia em tribunal. In FONSECA, António Castro (ed.) - *Psicologia e justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. pp. 123-154, p. 124. Um exemplo paradigmático das dúvidas com que se deparam os profissionais na avaliação dos arguidos é apresentado por Victor Mota, médico psiquiatra, na análise que fez a um arguido, acusado de um crime de abuso sexual de menor, no qual assume que, perante as análises e dados recolhidos, poderia ter-se decidido pela inimputabilidade. Contudo, afirma não o ter feito, optando pela defesa da atenuação da imputabilidade, provavelmente pelo conjunto de consequências, de natureza diversa que se colocam nos internamentos de inimputáveis. MOTA, Victor - *Quase responsáveis: vinte anos de psiquiatria forense*. Porto: Hospital de Magalhães Lemos, 2012, pp. 107-109.

Curiosamente, uma das maiores dificuldades que tem sido sentida pelos peritos quando colaboram em processos judiciais, liga-se com o facto de os juristas encaram a inimizabilidade e a perigosidade como situações de “tudo ou nada”, o que gera alguns atritos com os psiquiatras e psicólogos, preferindo estes últimos enfatizar que, por um lado, ninguém tem risco zero e, por outro, não se pode afirmar com certeza que alguém venha a delinquir, tanto mais que a sua conclusão assentará em fatores estatísticos tidos pela literatura como relevantes²⁸.

Efetivamente, parece que os juristas se esquecem que a complexidade do comportamento humano sugere a impossibilidade de compreensão ou explicação científica ou técnica, remetendo para um plano já de interpretação, com os inevitáveis riscos de cair na subjetividade. E se normalmente não se levantam problemas de maior na utilização das chamadas “ciências duras”, não podemos dizer que mesmo não acontece como as ciências como a psicologia que integram «áreas do saber respeitantes a factos humanos e sociais que, tradicionalmente, e durante séculos, fizeram parte, simplesmente, do senso comum e não eram consideradas como ‘científicas’»²⁹.

De resto, aos peritos não cabe revelar a verdade dos factos, mas explicar a personalidade do agente, o tipo de patologia que possa sofrer e a forma como os factos se inscrevem no seu psiquismo. Nem sequer

“interessa estabelecer uma relação linear e simplista de causa a efeito, própria dos modelos físicos e experimentais, imprópria senão impossível nas ciências humanas e, particularmente, na clínica criminológica. Trata-se de descodificar um acto, situado num contexto sócio-cultural e civilizacional e numa história de vida”³⁰.

Acontece, porém, que os especialistas reconhecem e admitem a possibilidade de opiniões diferentes sobre o quadro patológico que possa configurar uma

²⁸ Sobre a problemática, vide VIEIRA, Fernando; BRISSOS, Sofia - Direito e Psiquiatria: um olhar sobre a cultura judiciária na sua intersecção com a psiquiatria. *Julgar*. Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses. N.º 3 (2007), pp. 45-60, pp. 50 e 51. Esta situação é tratada por Victor Mota, numa das suas experiências como perito num processo crime. Refere o médico psiquiatra que, quando questionados sobre as margens de erro dos seus relatórios, não deixa de ficar embaraço com as elevadas expectativas dos juristas quanto aos seus juízos científicos e a admiração daqueles com tamanha falta de fiabilidade quando, questionado sobre a margem de erro do diagnóstico, responde 5%. Cf. MOTA, Victor - *Quase responsáveis: vinte anos de psiquiatria forense*. Porto: Hospital de Magalhães Lemos, 2012, p. 125.

²⁹ Cf. TARUFFO, Michele - Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* [em linha], n.º 114 (set-dez 2005). [27.01.2017]. Disponível em <http://www.revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/view/10634/9962>, pp. 64 e 65.

³⁰ Cf. SILVA, José Pereira da - A propósito do exame psicológico no âmbito penal. *Análise psicológica*. Lisboa: Instituto Superior de Psicologia Aplicada. Vol. 1 (1993), pp. 29-36, p. 30.

situação de inimizabilidade e sobretudo se o ato foi ou não o produto da normalidade mental existente, mesmo no caso em concreto. Se tivermos ainda em consideração que o juízo sobre a inimizabilidade se deverá reportar ao estado psíquico do agente no momento da prática do facto, necessariamente passado e impossível de ser revivido nas mesmas condições, então rapidamente concluímos que o parecer sempre se apoiará numa aproximação ao estado mental, com maior ou menor grau de probabilidade³¹.

Daqui decorre, precisamente, um dos maiores problemas nesta interligação entre Direito e as ciências aqui em análise: é que para os juristas,

“as conclusões constantes dos relatórios periciais apresentam a certeza necessária que se exige para o convencimento do juiz, negando ou ignorando o carácter probabilístico dessas avaliações e que existem (...) poucas verdades científicas sobre doenças mentais”³².

Muitas vezes, reconhecem os peritos que, perante as exigências de certeza exigidas nos processos judiciais, estes se sentem pressionados a tomar como certos conceitos, observações ou ideias que apenas seriam prováveis e não raras vezes proferem afirmações mais definitivas do que aquelas que os dados recolhidos lhes poderiam fornecer, assegurando aparências de certeza no sistema judicial³³.

Ora, tais situações, além de transporem os limites éticos da prática forense, podem resultar em interpretações que se desviam daquilo que é considerado legítimo para o perito.

Fora do campo deontológico, tal postura também poderá ter repercussões no seio dos processos judiciais, já que tomando o tribunal como certo um facto que não o é, abrem-se as portas para decisões indevidamente fundamentadas, com necessário prejuízo das finalidades da justiça.

4.2 Dificuldades de comunicação

Outro dos factores que concorre para algum afastamento entre os profissionais funda-se nas dificuldades de comunicação sentidas.

³¹ Leia-se, sobre a matéria, MCSHERRY, Bernadette - Defining what is a “disease of the mind”: the unitability of current legal interpretations. *Journal of law and medicine*. Vol. 1 (1993), pp. 76-90, pp. 76-90.

³² Cf. ABREU, José Luís Pio - *Como tornar-se doente mental*. 2ª ed. Coimbra: Quarteto editora, 2001, p. 13.

³³ Esta confidência é feita por MORDLLER, Sara; MCLACHLAN, Kaitlyn; GAGNON, Nathalie; ROESCH, Ronald - Questões éticas em psicologia forense. In FONSECA, António Castro (ed.) - *Psicologia e justiça*. Coimbra: Coimbra editora, 2008. pp. 475-50, p. 476 e também TELES, Isabel Maria Jesus - *Perícias psicológicas forenses: a percepção dos magistrados sobre a sua utilidade*. Braga: Universidade do Minho, 2013. Dissertação de Mestrado, p. 8.

A este respeito, questionam os peritos forenses

“como comunicar (...) ao tribunal as nossas conclusões, quer por escrito quer oralmente, sem, por ingenuidade, por falta de confiança em si próprio ou até mesmo pelo gosto exibicionista do espectáculo, profanar o sagrado, que o mesmo é dizer, a intimidade oferecida? Como repertoriar sem correr o risco de interpretações que possam desvirtuar o sentido do que é dito? Como dar a compreender, humildemente que, num acto, há infinitamente mais do que aquilo que escrevemos?”³⁴.

O problema reside no facto de, evitando o uso de linguagem técnica e científica para facilitar a compreensão, o perito acabar por dar mais relevância a outros aspetos, em detrimento do rigor da observação do arguido, já que sendo a linguagem natural polissémica comporta, em si mesma, ambiguidades.

Os problemas de comunicação ressaltam também à evidência quando os especialistas participam nos julgamentos, porque se espera que as respostas às questões levantadas sejam claras e não deixem qualquer margem de dúvida, ignorando os juristas que os conceitos com que trabalham os psiquiatras e psicólogos são também eles complexos e imponderáveis e não permitindo a margem de liberdade para que os peritos expressem todas as preocupações e esclarecimentos tidos por convenientes.

Desta forma, o exercício do contraditório nos moldes em que está concebido também se poderá revelar inadequado aos conhecimentos dos especialistas, desde logo porque trabalham numa área que lida com conceitos complexos e imponderáveis e nos seus pareceres vêm-se inibidos de fazer as perguntas que consideram pertinentes ou de expressar uma opinião completa. Tal poderá significar produzir uma imagem completamente distorcida do caso concreto, ou permitir que a sua opinião seja desvirtuada e reconduzida a respostas de “sim” ou “não”³⁵.

A inevitável consequência, com perdas para o sistema judicial, é alguma apreensão sentida pelos especialistas para colaborarem com os processos judiciais atentas as dificuldades com que se deparam, sentindo-se divididos perante a prestação de um serviço que satisfaça as necessidades de certeza dos tribunais sem ferir a fiabilidade da ciência³⁶.

³⁴ SILVA, José Pereira da - A propósito do exame psicológico no âmbito penal. *Análise psicológica*. Lisboa: Instituto Superior de Psicologia Aplicada. Vol. 1 (1993), pp. 29-36, pp. 35 e 36.

³⁵ Estas preocupações surgem especialmente no seio dos modelos adversariais de processo penal, como os de matriz da *commom law*. Sobre estas preocupações, deve ler-se GUTIMACHER, Manfred S. - The psychiatrist as an expert witness. *The University of Chicago law review*. Chicago: University of Chicago Law. Vol. 22 (1955), pp. 325-330, p. 327.

³⁶ *Ibidem*.

4.3 Dificuldades na repartição de competências

Na base de alguma divergência entre magistrados, advogados e peritos forenses está, como já dissemos, a falta de conhecimentos técnicos dos primeiros para garantir um efetivo controlo dos pareceres dos segundos.

O paradoxo reside no facto de, surgindo o perito no processo para auxiliar o juiz, que não tem conhecimentos técnicos para compreensão da matéria em discussão, se exigir deste uma avaliação do testemunho do perito, determinando se será forte o suficiente para suprir todas as dúvidas e configurar uma prova válida e credível ao ponto de suportar uma decisão judicial sobre a inimputabilidade do arguido.

Por outro lado, a tarefa do perito em contexto forense não consiste em estabelecer uma classificação que represente a aceitabilidade ou inaceitabilidade legal da conduta do sujeito ou do seu desempenho na avaliação psicológica, mas sim em “descrever, da forma mais clara e precisa possível, aquilo que o sujeito avaliado sabe, entende, acredita e pode fazer”³⁷, trabalhando como que um tradutor das características idiossincráticas do indivíduo para o discurso judicial.

No entanto, ao tentar relacionar os factos de que o arguido vem acusado com a sua personalidade e estado mental, é natural que o perito se sirva de revelações feitas num clima supostamente de confiança, arriscando-se a postular a culpa do agente sem que a mesma tenha sido sequer juridicamente estabelecida em face das provas carreadas para o processo. Será, por isso, necessário explicar qual o papel do perito, exclusivamente afeto às questões de facto relacionadas com o estado psíquico do arguido, já que “o juízo de inimputabilidade só poderá repousar sobre a constatação prévia de um determinado condicionalismo”³⁸.

A acrescer, parece ainda não estar clara para os intervenientes processuais a distinção entre a avaliação da perigosidade e da inimputabilidade, sendo por vezes confundidas as competências dos restantes profissionais³⁹. De facto, como já tivemos oportunidade de referir, no caso da avaliação do risco de violência na imputabilidade, não deve ser requerida uma perícia psiquiátrica, mas uma

³⁷ Cf. ROVINSKI, S. L. R. - *Fundamentos da perícia psicológica forense*. São Paulo: Vetor Editora, 2004, p. 77.

³⁸ Cf. ALMEIDA, Carlota Pizarro de - *Modelos de inimputabilidade: da teoria à prática*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 53. Sobre estas preocupações, leia-se FERNANDES, Henrique Barahona - Imputabilidade penal dos doentes e anormais mentais. In AAVV - *Psiquiatria forense*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. pp. 5-33, pp. 5-33, p. 9 e SILVA, José Pereira da - A propósito do exame psicológico no âmbito penal. *Análise psicológica*. Lisboa: Instituto Superior de Psicologia Aplicada. Vol. 1 (1993), pp. 29-36, p. 35.

³⁹ Pode ler-se VIEIRA, Fernando; GRAÇA, Olíndina - Perícias psicológicas versus perícias psiquiátricas: as minhas, as tuas e as nossas. Limites, confluências e exclusividades. In PAULINO, Mauro; ALMEIDA, Fátima (coord.) - *Psicologia, justiça & ciências forenses: perspetivas atuais*. Lisboa: PACTOR, 2014. pp. 11-27, pp. 11-27.

perícia que verse sobre a personalidade, a socialização e a perigosidade independente de causa (psico)patológica, que deverá, por isso, ser feita por um psicólogo, sobretudo quando estão presentes perturbações de personalidade, que não configurando situações de doença mental, relevam mais para a perigosidade do que para a consciência da ilicitude.

De um outro prisma, a perícia psiquiátrica prevista no art. 159.º CPP visa a avaliação dos pressupostos médico-legais de inimizabilidade. Com recurso a exames complementares psicológicos, de neuro imagem, neurofisiológicos e outros, o conteúdo do relatório é sobretudo médico e inclui uma história clínica completa.

Porém, as divergências quanto à repartição de competências não se ficam por aqui, sendo reclamada pelos psiquiatras e psicólogos a exclusiva competência para decidir o tratamento mais adequado do inimputável após o processo judicial, não devendo recair tal decisão sobre o juiz, por não ter os conhecimentos necessários para tal⁴⁰.

Por fim, no tocante a este aspeto, é importante que o juiz não interfira na escolha da metodologia a ser adotada por cada um dos profissionais forenses. Esta deve ser da sua única e inteira responsabilidade, ainda que se exija uma comunicação entre os diferentes especialistas que estão a avaliar o estado mental do arguido, com o propósito de partilha de avaliações, possibilitando um diagnóstico mais completo e mais fiel à realidade psíquica do examinando⁴¹.

4.4 O desconforto da falta de confidencialidade

A par de todos estes obstáculos na colaboração entre os diferentes profissionais, os psiquiatras e psicólogos têm-se também mostrado desconfortáveis com o facto de não poderem garantir a confidencialidade que lhes seria exigida em relação aos seus clientes.

No contexto forense, os peritos não podem garantir a usual confidencialidade fornecida ao paciente na intervenção de carácter clínico, já que o seu objetivo final não é prestar-lhe um tratamento terapêutico, mas antes transmitir informação pertinente sobre o quadro psíquico ao tribunal, respondendo às questões que pelos diferentes intervenientes processuais lhe tenham sido colocadas.

Por outro lado, receando o arguido as conclusões do relatório pericial e vendo a perícia como uma intrusão na sua intimidade, a não sujeição ao dever

⁴⁰ A título exemplificativo, ASCHAFFENBURG, Gustav - Psychiatry and criminal law. *Journal of criminal law and criminology*. Vol. 32. (1942), pp. 3-14, p. 4.

⁴¹ A reivindicação é apresentada por ABDALLA-FILHO, Elias - Os transtornos de personalidade em psiquiatria forense. In FONSECA, António Castro (ed.) - *Psicologia e justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. pp.177-198, p. 190.

de confidencialidade torna alicientes e apelativas as alterações comportamentais de maneira a condicionar toda a perícia.

Como resultado, alguns aspetos de carácter clínico, como o diagnóstico ou a necessidade de intervenção psicológica, embora possam ser elementos importantes para a compreensão do caso, ficam em segundo plano em relação a outros aspetos de relevância legal, sendo muitas vezes silenciados ou ignorados⁴².

Por essa razão, entendemos que os relatórios dos peritos e as suas inquirições devem ser pensadas e estruturadas de outra forma, conferindo maior liberdade para expor todo o raciocínio lógico subjacente à consideração final sobre a possível inimputabilidade.

4.5 Descrença nos psiquiatras e psicólogos

Como resultado de todos os invenes que têm vindo a ser descritos, vários peritos têm manifestado a existência de uma desconfiança dos juristas acerca da validade dos diagnósticos de doença mental, por não poderem oferecer o grau de certeza, confiança e objetividade que se esperaria, reclamando maior objetividade e bases científicas sólidas para resolver os problemas que se colocam nos processos judiciais⁴³.

Tais aversões relativamente aos contributos da Psicologia e Psiquiatria podem fundar-se no receio do desenvolvimento de uma atividade de controlo social, através de uma linguagem ininteligível que possa colmatar numa “transferência directa de conhecimentos”⁴⁴ da psicologia ou psiquiatria para os processos judiciais.

Prova desse receio resulta da evolução histórica que nos mostra que há tendência destas ciências para uma maior responsabilização dos arguidos, já que temos vindo a assistir a uma hiperresponsabilização de arguidos que apresentam perturbações mentais, falando já a doutrina numa efetiva penalização da loucura⁴⁵.

⁴² Sobre estas preocupações, leia-se por todos, TELES, Isabel Maria Jesus - *Perícias psicológicas forenses: a perceção dos magistrados sobre a sua utilidade*. Braga: Universidade do Minho, 2013. Dissertação de Mestrado, pp. 7 e ss.

⁴³ Cfr. FONSECA, António; MATOS, C.; SIMÕES, A. - Psicologia e justiça: oportunidades e desafios. In FONSECA, António Castro (ed.) - *Psicologia e Justiça*. Coimbra: Coimbra editora, 2008. pp. 4-35, p. 5.

⁴⁴ *Idem*, p. 6.

⁴⁵ Cf. BOUCHARD, Jean-Pierre - Para uma reforma da perícia psiquiátrica e da perícia psicológica em França (e na União Europeia). In FONSECA, António Castro (ed.) - *Psicologia e justiça*. Coimbra: Coimbra editora, 2008. pp. 155-174, p. 157.

Por outro lado, os próprios psiquiatras têm vindo a alertar para a “falência da perícia”, advertindo que será inadmissível decidir a vida de alguém após uma única entrevista de alguns minutos, quando em causa estão não só questões de índole tão complexas e importantes, como valores tão supremos como a liberdade e a justiça⁴⁶.

Todos estes fatores podem concorrer para que as perícias psiquiátricas e psicológicas sejam vistas como «“uma das fontes de poluição importante da justiça”»⁴⁷, o que não deixa de ser contrário à finalidade da missão que foi confiada aos peritos.

5. Reforço da interdisciplinaridade

5.1 Consenso clínico e jurídico

Do que vem sendo dito, e conscientes do seu papel no Direito penal, os psiquiatras e psicólogos têm vindo a afirmar que os seus conhecimentos têm um «papel “legitimador” da Justiça»⁴⁸, já que se espera deles não só as respostas necessárias ao esclarecimento das dúvidas do juiz, mas será também sobre eles que se depositam as responsabilidades de um esclarecimento das motivações que levaram determinados indivíduos a cometer os crimes de que são acusadas.

Perante tais exigências e expectativas que o sistema judicial lhes confia, é natural que estes venham a reconhecer que o seu trabalho, particularmente nos processos judiciais, apresente vários riscos e outras tantas responsabilidades e por isso se exija uma maior responsabilidade profissional, pessoal, ética e social dos seus profissionais⁴⁹.

Por forma a solucionar alguns dos problemas com os quais todos os profissionais que atuam nestas áreas se têm vindo a deparar - e que, em larga medida já foram objeto da nossa análise - entendemos ser fundamental a colaboração interdisciplinar de maneira a alcançar um consenso clínico e jurídico em matérias que nos parecem essenciais.

Um ponto de partida para retirarmos frutos das relações que se querem próximas entre o Direito, Psicologia e Psiquiatria poderá passar por um encon-

⁴⁶ *Idem*, p. 162.

⁴⁷ *Idem*, p. 156.

⁴⁸ Cf. GONÇALVES, Rui Abrunhosa - Psicologia forense em Portugal: uma história de responsabilidades e desafios. *Análise psicológica*. Lisboa: Instituto Superior de Psicologia Aplicada. Vol. XXVIII (2010), pp. 107-115, p. 107.

⁴⁹ Sobre o papel que a Psicologia tem vindo a encarar nos seio dos processos judiciais, leia-se *idem*, pp. 107-115.

tro, na prática e não apenas no domínio conceptual, entre “o normativo e o especulativo de um lado, e o fático e o empírico do outro”⁵⁰. Cabendo ao legislador estabelecer políticas que permitam uma maior e profícua colaboração entre os juristas e os cientistas do homem na definição da responsabilidade penal, sem enfraquecer a proteção dos direitos, liberdades e garantias que sempre terá que ser assegurada aos arguidos. Mas, note-se, também esta proteção exige um diálogo mais consentâneo entre todas as áreas do conhecimento.

Além disso, seria pertinente a consagração de uma perícia colegial interdisciplinar que envolva psicólogos, psiquiatras, sociólogos e criminólogos para compreender o sujeito no seu todo e dar resposta às necessidades de compreensão da inimputabilidade, tão veementes nos processos judiciais⁵¹.

Igualmente seria importante um debate alargado tendente ao acordo quanto aos diferentes aspetos clínicos que deverão ser tidos em consideração nas perícias, aos tipos de perícias que serão mais adequadas a cada patologia e quais as metodologias a adotar na sua realização das perícias.

Contudo, no nosso ponto de vista, a discussão sempre deveria passar pela exigência de uma posição oficial, de base clínica e jurídica, sobre perturbações psíquicas poderiam estar enquadradas neste regime de inimputabilidade. Apesar de haver já alguns critérios publicados, e que têm vindo a ser consensuais e generalizados por todo o mundo (DSMIV), são critérios “confusos, demasiado empíricos e superficiais”⁵² e impercetíveis para os destinatários das provas periciais.

É claro que qualquer entendimento nestas matérias não poderia configurar um catálogo rígido e taxativo, mas apenas e tão só - ainda que muito relevante - um ponto de referência para apreciação do estado mental e preparação de avaliações e perícias e ponto de comparação entre situações importante para juízes e advogados e para exercício do contraditório.

5.2. Formação dos juristas, psicólogos e psiquiatras

De maneira a alcançarmos um verdadeiro diálogo com repercussões positivas, como reclamado, é necessária uma formação adequada e contínua de todos especialistas forenses.

⁵⁰ Acompanhamos o entendimento de DIAS, Jorge de Figueiredo - Sobre a inimputabilidade jurídico-penal em razão de anomalia psíquica: a caminho de um novo paradigma? *Separata de Estudios penales y criminológicos XIII*. Universidade de Santiago de Compostela: 1990. pp. 127-151, p. 131.

⁵¹ Esta sugestão é apresentada em *idem*, p. 150.

⁵² Cf. ABREU, José Luís Pio - *Como tornar-se doente mental*. 2ª ed. Coimbra: Quarteto editora, 2001, p. 15.

No que diz respeito aos especialistas em Psiquiatria e Psicologia, deve ser exigida uma formação e adaptação do seu trabalho às exigências do sistema judicial, pautado por especiais preocupações com a descoberta da verdade e a proteção de direitos fundamentais.

Assim, uma das maiores necessidades prende-se com a atenção que deverá estar presente na formação da capacidade de comunicação com os diversos atores processuais, impondo-se o uso de uma linguagem que seja clara, concisa e compreensível para os juristas, ainda que técnica e objetiva e com uma correta aplicação dos termos jurídicos. Neste particular, as atenções devem voltar-se para os relatórios forenses que, necessariamente, deverão ser diferentes dos que são realizados para fins terapêuticos, devendo expor com maior clareza, mas em linguagem clara, precisa e perceptível aos juristas, documentar objetivamente os dados, explicar os métodos usados, a credibilidade dos mesmos e respetivas margens de erro⁵³.

Por outro, apenas os especialistas com mais experiência e especializados em determinadas áreas deverão ter participação nos processos penais, devendo em qualquer caso o perito expor abertamente as fragilidades e alcances das suas competências. De facto, não podemos esquecer que o papel do especialista que trabalha no campo forense é diferente do que a prática habitual e a formação académica dos especialistas, tendencialmente mais vocacionada para fins terapêuticos.

Atentos os contributos dos profissionais, um maior número de peritos junto dos tribunais, com formação mais especializada e maior experiência profissional seria determinante para a equidade das decisões judiciais.

Também nas políticas legislativas será importante considerar a cooperação com especialistas. Não obstante, será especialmente importante que esta cooperação se faça na preparação dos julgamentos, desde logo admitindo a colaboração de peritos para elaboração dos quesitos que, muitas vezes por desconhecimento, são mal formulados, não permitindo o esclarecimento cabal da situação em apreço. O mesmo se dirá, naturalmente, com a falta de conhecimento evidenciada na inquirição dos peritos, como nos relatam alguns psicólogos que tiveram más experiências como intervenientes em processos judiciais em que e discutia a eventual inimputabilidade do arguido.

Sem prescindir, é nessa exata medida igualmente importante que aos juristas e, em especial, aos magistrados e juizes, seja assegurada uma formação

⁵³ Cf. MORDLLER, Sara; MCLACHLAN, Kaitlyn; GAGNON, Nathalie; ROESCH, Ronald - Questões éticas em psicologia forense. In FONSECA, António Castro (ed.) - *Psicologia e justiça*. Coimbra: Coimbra editora, 2008. pp. 475-50, pp. 477 e 478.

- que pode ser integrada na própria licenciatura⁵⁴- sobre os métodos utilizados para determinar o estado mental do arguido e para esclarecimento do grau de fiabilidade ou de erro dos diferentes procedimentos. Naturalmente, sem deixar de vista a desconstrução do mito que algumas vezes aparece ligado à prova científica de que esta é plena, criando a consciência, nos tribunais, que será impossível na prática verificar, casuisticamente, a validade dos relatórios, generalizando-se a ideia de que a participação da ciência nos processos apenas pode ser controlada formalmente, por desconhecimento das matérias em causa⁵⁵.

Para tanto, deve assegurar-se uma formação contínua, que pode ser concretizada através da participação dos juristas em conferências sobre temas relevantes das diferentes especialidades para a prática judiciária ou em debates entre especialistas que versem sobre casos práticos e concretos, devendo a formação ser revisitada em função dos avanços da Psiquiatria e Psicologia e das necessidades dos magistrados para o acompanhamento dessas mudanças.

6. Notas conclusivas

O fenómeno da determinação da inimputabilidade representa, em cada uma das situações levadas ao conhecimento do tribunal, um desafio quanto à capacidade dos profissionais - juristas, psicólogos e psiquiatras - o interpretarem e analisarem.

Resulta da investigação levada a cabo que o modelo de inimputabilidade adotado pelo legislador é complexo, remetendo para conceitos puramente jurídicos, sem qualquer reflexo no seio da Psiquiatria ou Psicologia, apesar de apenas poder ser compreendido com recurso aos conhecimentos destas áreas do saber.

Sucede que a relação entre os profissionais nem sempre é pacífica, muito em parte devido a dificuldades relacionadas com a diferente natureza das finalidades e métodos adotados nos processos de conhecimento de cada ciência. Os obstáculos à cooperação residem sobretudo na esperança que os juristas depositam nos conhecimentos dos psiquiatras e psicólogos para determinação do estado psíquico do arguido, esquecendo ou ignorando que as conclusões dos seus relatórios periciais não oferecem a certeza e segurança que sempre se exigirá nos processos judiciais. Partindo de outra perspetiva, não compreendem os cientistas

⁵⁴ Este modelo, já implementado em Universidades, é-nos explicado por JANUS, Eric S.; HACKETT, Maureen - Establishing a law and psychiatry clinic. *Journal of law & policy*. New York: Brooklyn Law School. Vol. 14 (2004), pp. 209-247, p. 224. Sobre a integração da Psicologia na formação dos magistrados, CARMO, Rui do - A Psicologia na formação dos magistrados e a formação dos psicólogos forenses. In PAULINO, Mauro; ALMEIDA, Fátima (coord.) - *Psicologia, justiça & ciências forenses: perspetivas atuais*. Lisboa: PACTOR, 2014. pp. 1-10, pp. 2 e ss.

⁵⁵ ALMEIDA, Carlota Pizarro de - *Modelos de inimputabilidade: da teoria à prática*. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 49 e ss.

do homem a rigidez e a racionalidade com que os juristas olham para o modelo legal, prejudicando o entendimento e a essência das questões que se colocam acerca da (in)imputabilidade.

Perante as dificuldades evidenciadas ao longo do estudo, apelamos à importância de um consenso clínico e jurídico na definição da responsabilidade penal, que deverá passar não só pela consagração de uma perícia colegial interdisciplinar que envolva psicólogos, psiquiatras, sociólogos e criminólogos, como por um debate alargado tendente ao acordo quanto aos diferentes aspetos clínicos que deverão ser tidos em consideração nas perícias e aos tipos de perícias que serão mais adequadas a cada patologia e quais as metodologias a adotar na sua realização.

Não obstante tais preocupações, deve ainda exigir-se uma posição oficial, de base clínica e jurídica, sobre as perturbações psíquicas poderiam estar enquadradas neste regime de inimputabilidade.

A par destas preocupações, é igualmente urgente uma formação especializada do psiquiatra e psicólogo para trabalhar em contexto forense, pois é essencial que estes estejam familiarizados com o sistema judicial, os trâmites processuais e os termos jurídicos, com a legislação vigente relacionada ao seu objeto de estudo, as normas estabelecidas quanto à sua atividade enquanto perito, e até o conhecimento das finalidades dos processos e aplicação das penas.

Por outro lado, reclamamos uma maior abertura dos juristas para uma formação contínua e centrada nos contributos que as áreas científicas nos podem facultar, procurando compreender os métodos utilizados para determinar o estado mental dos arguidos, o grau de fiabilidade das conclusões apresentadas e a forma de valorar o grau de erro que sempre estará presente nos diferentes procedimentos, tornando evidente que, apesar de não ser a única prova a considerar no processo, sempre será um fator importante a valorar. Mas não o único, ou sequer a que poderá ou deverá desresponsabilizar o juiz da sua decisão: afinal de contas, é a este que sempre caberá uma última palavra que se que informada, esclarecida e racional.

Em jeito de conclusão, resta-nos apelar para uma maior compreensão e entendimento entre juristas, psiquiatras e psicólogos. Enfim, sempre cremos que será isso o que todos desejamos, ainda que a maioria dos protagonistas de ambos os lados nem sempre se comportem de forma a facilitar esse desígnio.

REFERÊNCIAS

ABDALLA-FILHO, Elias - Os transtornos de personalidade em psiquiatria forense. In FONSECA, António Castro (ed.) - *Psicologia e justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 9789724037288. pp.177-198.

ABREU, José Luís Pio - *Como tornar-se doente mental*. 2ª ed. Coimbra: Quarto editora, 2001. ISBN 972-8535-75-9.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de - *Modelos de inimizabilidade: da teoria à prática*. Coimbra: Almedina, 2000. ISBN 9789724012674.

ASCHAFFENBURG, Gustav - Psychiatry and criminal law. *Journal of criminal law and criminology*. ISSN 0091-4169. Vol. 32. (1942), pp. 3-14.

BOUCHARD, Jean-Pierre - Para uma reforma da perícia psiquiátrica e da perícia psicológica em França (e na União Europeia). In FONSECA, António Castro (ed.) - *Psicologia e justiça*. Coimbra: Coimbra editora, 2008. ISBN 9789724037288. pp. 155-174.

CALHEIROS, Maria Clara - Verdades difíceis: intersecções entre direito e ciência. *Julgar*. Lisboa. ISSN 1646-6853. Número especial (2014), pp. 129-148.

CALHEIROS, Maria Clara - Para uma teoria da prova. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. ISBN 978-989-96672-5-9.

CARMO, Rui do - A Psicologia na formação dos magistrados e a formação dos psicólogos forenses. In PAULINO, Mauro; ALMEIDA, Fátima (coord.) - *Psicologia, justiça & ciências forenses: perspectivas atuais*. Lisboa: PACTOR, 2014. ISBN 9789896930424. pp. 1-10.

DIAS, Jorge de Figueiredo - Sobre a inimimizabilidade jurídico-penal em razão de anomalia psíquica: a caminho de um novo paradigma? *Separata de Estudos penales y criminológicos XIII*. Universidade de Santiago de Compostela: 1990. pp. 127-151.

FARIA, Ana Filipa Alves - *Perícias forenses de agressores conjugais: caracterização e impacto nas sentenças judiciais*. Braga: Universidade do Minho, 2011. Dissertação de mestrado.

FERNANDES, Henrique Barahona - Imimizabilidade penal dos doentes e anormais mentais. In AAVV - *Psiquiatria forense*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1954. pp. 5-33.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Lições de Direito penal: parte geral*. reimp. 4ª ed. de setembro 1992. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. I- II.

FONSECA, António; MATOS, C.; SIMÕES, A. - Psicologia e justiça: oportunidades e desafios. In FONSECA, António Castro (ed.) - *Psicologia e Justiça*. Coimbra: Coimbra editora, 2008. ISBN 9789724037288. pp. 4-35.

GONÇALVES, Rui Abrunhosa - Psicologia forense em Portugal: uma história de responsabilidades e desafios. *Análise psicológica*. Lisboa: Instituto Superior de Psicologia Aplicada. ISSN 0870-8231. Vol. XXVIII (2010), pp. 107-115.

GUTIMACHER, Manfred S. - The psychiatrist as an expert witness. *The University of Chicago law review*. Chicago: University of Chicago Law. ISSN 0041-9494. Vol. 22 (1955), pp. 325-330.

JANUS, Eric S.; HACKETT, Maureen - Establishing a law and psychiatry clinic. *Journal of law & policy*. New York: Brooklyn Law School. Vol. 14 (2004), pp. 209-247.

KOPPEN, Peter J. van - O mau uso da psicologia em tribunal. In FONSECA, António Castro (ed.) - *Psicologia e justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 9789724037288. pp. 123-154.

MCSHERRY, Bernadette - Defining what is a “disease of the mind”: the unavailability of current legal interpretations. *Journal of law and medicine*. ISSN 1320-159X. Vol. 1 (1993), pp. 76-90.

MORDLLER, Sara; MCLACHLAN, Kaitlyn; GAGNON, Nathalie; ROESCH, Ronald - Questões éticas em psicologia forense. In FONSECA, António Castro (ed.) - *Psicologia e justiça*. Coimbra: Coimbra editora, 2008. ISBN 9789724037288. pp. 475-50.

MOTA, Victor - *Quase responsáveis: vinte anos de psiquiatra forense*. Porto: Hospital de Magalhães Lemos, 2012.

PAULINO, Mauro; CASIMIRO, Carlos - O psicólogo na justiça: notas preliminares sobre o perito, o seu depoimento e a perícia forense. In PAULINO, Mauro; ALMEIDA, Fátima (coord.) - *Psicologia, justiça & ciências forenses: perspectivas atuais*. Lisboa: PACTOR, 2014. ISBN 9789896930424. pp. 57-81.

ROVINSKI, S. L. R. - *Fundamentos da perícia psicológica forense*. São Paulo: Vetor Editora, 2004. ISBN 978-85-7585-227-9.

SILVA, José Pereira da - A propósito do exame psicológico no âmbito penal. *Análise psicológica*. Lisboa: Instituto Superior de Psicologia Aplicada. ISSN 0870-8231. Vol. 1 (1993), pp. 29-36.

TARUFFO, Michele - Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* [em linha], n.º 114 (set-dez

2005). [27.01.2017]. Disponível em <http://www.revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/view/10634/9962>.

TEIXEIRA, João Marques - Inimputabilidade e imputabilidade diminuída: considerações sobre a aplicabilidade destas noções em psiquiatria forense. *Saúde mental: revista*. Vol. 8, nº 4 (2006), pp. 7-10.

TELES, Isabel Maria Jesus - *Perícias psicológicas forenses: a perceção dos magistrados sobre a sua utilidade*. Braga: Universidade do Minho, 2013. Dissertação de Mestrado.

VERKERK, Remme - Comparative aspects of expert evidence in civil litigation. *International journal of evidence & proof*. ISSN 1365-7127. Vol. 1 (2009), pp. 167-197.

VIEIRA, Fernando; BRISSOS, Sofia - Direito e Psiquiatria: um olhar sobre a cultura judiciária na sua intersecção com a psiquiatria. *Julgar*. Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses. ISSN 1646-6853. N.º 3 (2007), pp. 45-60.

VIEIRA, Fernando; GRAÇA, Olindina - Perícias psicológicas versus perícias psiquiátricas: as minhas, as tuas e as nossas. Limites, confluências e exclusividades. In PAULINO, Mauro; ALMEIDA, Fátima (coord.) - *Psicologia, justiça & ciências forenses: perspectivas atuais*. Lisboa: PACTOR, 2014. ISBN 9789896930424. pp. 11-27.

WAKEFIELD, Jerome C. - Para uma definição de doença mental: valores e factos. In FONSECA, António Castro (ed.) - *Psicologia e justiça*. Coimbra: Coimbra editora, 2008. ISBN 9789724037288. pp. 99-121.

LA PRUEBA INFORMÁTICA EN EL DELITO DE SABOTAJE INFORMÁTICO CAUSADO POR *MALWARE*

Rina Pazos¹

1. Introducción

En la actualidad la sociedad en gran medida está organizada en torno a las tecnologías de la información y la comunicación. En términos de Castells, el internet ha promovido la creación de la “sociedad-red” que acelera la velocidad de las transacciones e intercambio de información y comunicación². En esta reciente forma de organización las personas realizan una buena parte de sus transacciones y comunicaciones profesionales y personales a través de las computadoras y teléfonos *inteligentes*, conectados por medio del internet. De esta forma, paralela y convergente, el cyperspacio existe comprendido como un lugar en el que buena parte de las diversas relaciones y situaciones de la vida social acontecen³. Las empresas, el Estado y las personas en general, apoyan sus procesos en programas de ordenador y un gran sector de servicios de las *TIC*’s ha emergido para participar en una buena parte de la economía.

¹ Estudiante del programa doctoral en Ciencias Jurídicas Generales de la Universidad de Minho, 2017.

² PAZOS, Rina - El código ingenios y su construcción colaborativa. En RAMÍREZ, René - *Universidad urgente para una sociedad emancipada*. Quito: IESALC, 2016. ISBN 978-9978-339-11-4. p. 542-546, p. 545.

³ NOVARIO, Filippo - Cyberspace, surveillance and law: a legal informatics perspective. *European Journal of Law and Technology* [En línea]. Vol. 4, n.º 2 (2013). [01.02.2018]. Disponible en <http://ejlt.org/article/view/184/375>.

El creciente carácter ubicuo de la presencia de las tecnologías de la información en todos los aspectos de la sociedad ha impulsado una emergente relación entre Derecho e Informática⁴. Una de esas relaciones se desarrolla en la medida en la que esta dimensión alterna de la vida que nos acompaña desde hace pocas décadas, al igual que en la dimensión material, también es susceptible de actos perjudiciales por parte de quienes transaccionan en ella, atacando bienes tradicionalmente protegidos por el derecho o poniendo en evidencia la necesidad de proteger nuevos bienes a través de la legislación penal.

Impulsados por esta problemática los países han incorporado en sus legislaciones la tipificación de delitos informáticos. El Ecuador no ha sido la excepción, a inicios del 2014 se aprobó un nuevo Código Penal en el que se incorpora una gama de delitos informáticos en razón del incremento de conductas perjudiciales que involucraban medios informáticos o que se producían sobre ambientes informáticos.

Este artículo se centra en el análisis de la prueba informática en el delito de ataque a la integridad de los sistemas informáticos, comúnmente conocido como sabotaje informático, específicamente aquel que es producido por *malware* con el propósito de aproximarse a los desafíos de la justicia frente al mundo informatizado, procurar una mejor comprensión de los hechos y los medios de prueba en este tipo de delitos; así como, las dificultades y las oportunidades que implican para el sistema de justicia.

En la primera parte se tratará sobre los delitos informáticos en general, y el sabotaje informático en el Ecuador, abordando su definición doctrinaria, su tipificación legal, sus elementos y los hechos institucionales que lo constituyen. En la segunda parte se realizará una aproximación a la prueba informática en la relación con la ciencia forense informática y sus métodos; finalmente en la tercera parte se intentará identificar las dificultades para la obtención de la prueba informática, los problemas sobre verdad y verosimilitud y los desafíos en la apreciación y decisión del juez sobre este delito.

⁴ LEITH, Philip - IT and law, and law schools. *International Review of Law, Computers & Technology* [En línea]. Vol. 14, n.º2 (2000), p. 171-189. [01.02.2018]. Disponible en <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13600860050032989>, p. 172.

2. El sabotaje informático causado por *malware*

2.1. Los delitos informáticos en general y el sabotaje informático como delito propio en el Ecuador

La criminalidad informática se clasifica en dos campos: 1) los delitos informáticos propios, en el que la información, los sistemas o las redes informáticas constituyen el objeto de la conducta criminal; en este campo el bien jurídico que se lesiona es la información o los datos en sí mismo, conformando así un nuevo bien jurídico a través de la legislación penal; y, 2) los delitos informáticos impropios, que son aquellos en los que los sistemas o redes informáticas son medios para cometer el crimen; en estos, casos los bienes jurídicos que se lesionan son los tradicionales⁵.

El ataque a la integridad de un sistema informático implica en términos amplios causar un daño al componente intangible del sistema y también es conocido como sabotaje informático; este es de carácter propio puesto que, su bien jurídico protegido, es la información en sí mismo. En el Ecuador, este delito está tipificado en el artículo 232 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante también COIP), como *Ataque a la integridad de sistemas informáticos*, que establece:

La persona que destruya, dañe, borre, deteriore, altere, suspenda, trabe, cause mal funcionamiento, comportamiento no deseado o suprima datos informáticos, mensajes de correo electrónico, de sistemas de tratamiento de información, telemático o de telecomunicaciones a todo o partes de sus componentes lógicos que lo rigen, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Con igual pena será sancionada la persona que:

1. Diseñe, desarrolle, programe, adquiera, envíe, introduzca, ejecute, venda o distribuya de cualquier manera, dispositivos o programas informáticos maliciosos o programas destinados a causar los efectos señalados en el primer inciso de este artículo [...].

En el texto del artículo se observa que el objeto del delito es precisamente la información, sea esta información-comunicación (mensajes de correo electrónico), información-información (datos) o información-herramienta (sistemas de tratamiento de información, telemático o telecomunicaciones)⁶.

Los métodos para el sabotaje pueden ser físicos o lógicos; los primeros se refieren a acciones sobre la infraestructura o dimensión tangible que soporta a

⁵ SILVA, Benjamin - *Direito penal parte especial*. Coimbra: Coimbra, 2009, pp. 201 e 215.

⁶ *Idem*, p. 201.

la información que se busca afectar, mientras que, los lógicos, implican medios informáticos⁷, es en este segundo sentido que el numeral 1 del artículo revisado menciona como un potencial medio para cometer el delito a los programas informáticos maliciosos, conocidos en el mundo de la informática como *malware*.

Este trabajo se enfoca en el sabotaje informático con el uso de métodos de sabotaje lógico a través de *malware*, es decir, a través de métodos informáticos o telemáticos, encaminados a destruir, inutilizar, o en general afectar el funcionamiento de los sistemas informáticos, datos contenidos, información transmitida, o sus funciones de procesamiento⁸.

2.2. El malware como medio para el sabotaje informático

El *malware* es el término que en el mundo de la informática se usa para identificar a diversos programas informáticos usados para producir daños en sistemas de computadora, obtener acceso a información sensible o ser usados en muchas formas de delitos informáticos⁹. Apareció a mediados de los años 70 del siglo XX al parecer de manera no intencional, uno de los primeros virus conocido fue dirigido a atacar el sistema operativo de la empresa Apple en el año 1982, se ha desarrollado también para poder agredir además de computadoras, a los teléfonos móviles inteligentes y sitios de redes sociales¹⁰. El *malware* ha evolucionado rápidamente, cada vez su diseminación es más rápida; mientras en 1988 a un programa de estos le tomaba días en esparcirse a través de una red o infectar diferentes equipos informáticos, en 2003 un tipo de *malware* en forma de gusano (que se verá más adelante) llamado *Slammer* infectó el 90% de los equipos vulnerables en los primeros 10 minutos desde que inició su propagación¹¹.

Varios autores como Kirwan y Power, Fernández y Brenner han hecho esfuerzos por clasificar los tipos de malware, de los cuales recogemos los siguientes: a) virus, b) troyanos, c) bombas lógicas o de tiempo, d) gusanos, e)

⁷ *Idem*, p. 324.

⁸ ROVIRA DEL CANTO, Enrique - *Delincuencia informática y fraudes informáticos*. Granada: Comares, 2002, p. 277.

⁹ HOLT, T.; BOSSLER, A.; SIGFIED, K. - *Cybercrime and digital forensics*. London: Routledge, 2015, p. 80.

¹⁰ KIRWAN, G.; POWER, A. - *Cybercrime: the psychology of online offenders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 86.

¹¹ WITTEN, B.; NACHENBERG, C. - Malware Evolution: A Snapshot of Threats and countermeasures in 2005. En CHRISTODORESCU, Mihai [et al.] - *Malware Detection* [En línea]. New York: Springer, 2007. p. 3-15. [05.02.2018]. Disponible en https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-0-387-44599-1_1, p. 7.

spyware, f) *rootkits*, g) *Hoaxes*, h) *applets hostiles*, i) bacterias, j) denegación de servicios (DDOS), k) puertas traseras, l) *xploits*; y, m) *sniffing*¹².

Los virus son programas informáticos que se replican a través de la ejecución por la acción humana¹³, se pueden encontrar en archivos denominados *host*; cuando se ejecuta el archivo también se ejecuta el virus¹⁴. Los troyanos parecen programas informáticos no peligrosos que una vez instalados, mientras parecen funcionar de manera usual, causan daños al sistema o permiten el control externo del computador¹⁵. Las bombas lógicas son programas cuya activación y efectos dañinos está condicionada al tiempo o a algún suceso¹⁶. Los gusanos son similares a los virus solo que no ingresan a través de un *host* sino directamente a través de una red y envía copias de sí mismo a las demás computadoras de la red, es capaz de replicarse sin necesidad de acción humana¹⁷. El *spyware* es un programa que recolecta información del usuario de la computadora para enviarla a su creador o a un tercero. El *rootkits* o canal oculto permite un acceso no develado al sistema informático. Los *Hoaxes* son falsas advertencias de virus¹⁸. Los *applets hostiles* son partes de una aplicación informática que hace funcionar el sistema de forma inapropiada, como negación del servicio, difusión de virus, entre otras. Las bacterias no dañan el sistema sino que solo se reproducen hasta consumir los recursos del sistema que puede terminar bloqueándolo¹⁹. La denegación de servicios (DDOS) es un ataque externo, no requiere entrar al sistema sino que desde fuera bloquea el acceso al usuario y a su red, difiere y algunos autores consideran que no es un malware por que actúa desde fuera²⁰. Las puertas traseras son código de programación que se insertan en el programa

¹² KIRWAN, G.; POWER, A. - *Cybercrime: the psychology of online offenders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 82; FERNÁNDEZ, Javier - *Derecho penal e internet*. Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 94 e BRENNER, Susan - *Cybercrimen and the law*. Boston: Northeastern University Press, 2012, p. 37.

¹³ KIRWAN, G.; POWER, A. - *Cybercrime: the psychology of online offenders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 82.

¹⁴ FERNÁNDEZ, Javier - *Derecho penal e internet*. Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 94.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ KIRWAN, G.; POWER, A. - *Cybercrime: the psychology of online offenders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 82.

¹⁷ BRENNER, Susan - *Cybercrimen and the law*. Boston: Northeastern University Press, 2012, p. 37.

¹⁸ KIRWAN, G.; POWER, A. - *Cybercrime: the psychology of online offenders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 82.

¹⁹ FERNÁNDEZ, Javier - *Derecho penal e internet*. Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 94.

²⁰ BRENNER, Susan - *Cybercrimen and the law*. Boston: Northeastern University Press, 2012, p. 37.

ma generalmente por sus propios creadores para luego ser utilizados para evadir métodos de autenticación que permiten realizar algunas tareas. Los *xploits* aprovechan vulnerabilidades del sistema en el que están para ganar privilegios y el *sniffing* busca en los paquetes informáticos que transitan por una red para encontrar contraseñas o información relevante²¹.

Los ataques pueden utilizar una o varias formas de *malware* lo que se conoce como los *blended attacks* en donde se covinan varios tipos de *malware* para causar diferentes daños, el usuario difícilmente puede identificar de cual se trata²².

Los medios para producirlos se han ido facilitando en el tiempo, actualmente el desarrollo de un *malware* no requiere de una especialización muy profunda, existen kits de desarrollo de programas que pueden adquirirse sin dificultades. La distribución puede realizarse a través de cualquier dispositivo como memorias USB, correo electrónico, internet al abrir archivos, adjuntos o páginas web²³.

2.3. Los hechos del delito de sabotaje informático causado por malware

Michelle Taruffo señala que dentro del proceso judicial, los hechos históricos sobre los cuales se busca conocer la verdad se determinan de acuerdo a las normas jurídicas, es decir, para tomar la decisión, el juez considera *una parte* de la totalidad de los hechos históricos que se desarrollan con complejidad y, la parte escogida, se selecciona racionalmente en virtud de la descripción del tipo penal que contiene unos hechos ficticios o institucionales²⁴.

Los hechos ficticios o institucionales en el delito de sabotaje informático producido por *malware*, que consta en la legislación penal ecuatoriana son: 1) la utilización de *malware* como medio para consumir el delito, 2) la aplicación del medio al bien jurídico protegido (la información) como objeto del delito; y, 3) los efectos perjudiciales determinados en la norma como resultado de la aplicación del medio sobre el objeto. Evidentemente también será necesario probar la responsabilidad del autor. En la figura 1 se sistematiza los medios²⁵, objeto y efectos del delito.

²¹ FERNÁNDEZ, Javier - *Derecho penal e internet*. Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 95.

²² KIRWAN, G.; POWER, A. - *Cybercrime: the psychology of online offenders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 82.

²³ *Idem*, p. 87.

²⁴ TARUFFO, Michell - *La prueba de los hechos*. Milano: Trotta, 2002, pp. 91-102.

²⁵ La lista de malware no es exhaustiva, podrían existir o crearse nuevas modalidades.

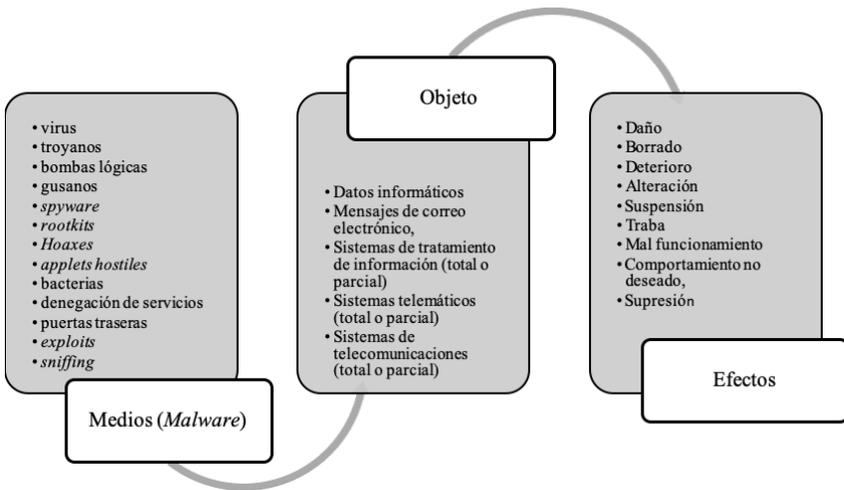


Figura 1. Sistematización y relación de medios objeto y efectos en el sabotaje informático por malware

Elaboración: Rina Pazos

El esquema de la Figura 1 no busca ser exhaustivo, puesto que la complejidad de hechos que deberán probarse en un evento real no puede preverse y conllevará distintos niveles de dificultad en cada caso, considerando además que el lenguaje de las normas mantiene cierto grado de vaguedad, ambigüedad, genericidad o indeterminación²⁶, por lo que, solo cuando los hechos sucedan podrá contrastarse con el presupuesto normativo.

La lectura de la tipificación del Código Integral Penal del Ecuador ya advierte niveles de vaguedad o indeterminación que se analizarán en la tercera parte de este trabajo. Sin perjuicio de lo señalado, en este artículo se busca el acercamiento a los elementos que podrían ayudar a identificar los hechos en un caso real. En cuanto al medio, la ciencia informática ha definido y clasificado los tipos de *malware* conocidos sin que esto signifique que no puedan aparecer otras formas o tecnologías que incrementen la gama de programas que causen un daño en los sistemas e información; lo mismo podría suceder en cuanto al objeto. Por ejemplo, hasta hace algunos años no se contaba con teléfonos inteligentes y no conocemos con qué tipo de aparatos interactuaremos en el futuro, por ello la tipificación del objeto intenta ser lo más abarcativa posible, al hablar en términos genéricos de sistemas, datos o información, lo cual a su vez genera incertidumbre. En cuanto al efecto, también la norma es genérica y vaga; por

²⁶ TARUFFO, Michell - *La prueba de los hechos*. Milano: Trotta, 2002, p. 108.

ejemplo, el daño, el mal funcionamiento o la traba son fenómenos que no podrían identificarse con diáfana certeza en algunos casos, pues desde la norma no se brinda una descripción precisa de lo que implica, parecería que la más mínima intervención hasta un sabotaje de grandes magnitudes que haga colapsar sistemas que soportan operaciones complejas entran en la tipificación del delito.

3. La prueba informática, relaciones entre el derecho y la informática

3.1. La prueba en el juicio y la evidencia informática

La prueba en sentido amplio es cualquier elemento que colabore en la determinación de un hecho concreto que sirva para resolver el conflicto jurídico que se somete al juicio; también puede entenderse como el examen de control de la hipótesis de los hechos o como un medio de descubrimiento que permita elaborar nuevas hipótesis a través de la abducción²⁷.

La prueba, dependiendo de la tradición jurídica puede ser cerrada o abierta. Generalmente en el *civil law* suele ser cerrada, lo que se caracteriza por tender a no dialogar con otras disciplinas y a aceptar solo aquellas que estén expresamente permitidas por la norma, mientras que en la tradición del *common law* es abierta; es decir, se permite todo lo que, siendo lícito y no expresamente excluido, pueda aportar desde otras áreas del conocimiento, especialmente la ciencia, para demostrar los hechos que se juzgan y la responsabilidad de los procesados²⁸. Así, mientras la tradición del *civil law* tiene una postura procedimentalista-maximalista que da más valor a la seguridad de las reglas previas del juego dentro del juicio, el *common law* tiene una postura anomista-minimalista sobre las reglas de la prueba que da más valor a la verdad de los hechos²⁹.

Aunque el sistema jurídico del Ecuador es clasificado dentro de la tradición del *civil law*³⁰, en el ámbito penal tiene una fuerte influencia de la tradición del *common law* pero guarda algunas características de su familia original. Por ejemplo, por un lado, la libertad probatoria es un principio del sistema penal que permite que los hechos puedan ser probados por cualquier medio que no sea contrario a la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos (Artículo 454); sin embargo, en el artículo 498 ese principio se restrin-

²⁷ *Idem*, pp. 439-454.

²⁸ *Idem*, pp. 343-347.

²⁹ CALHEIROS, Clara - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 98.

³⁰ FERREIRA, C.; MORAIS, J. - *Introdução ao direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 46.

ge a tres medios de prueba que son: 1) El documento, 2) El testimonio; y, 3) La pericia. Es decir cuenta con un catálogo de pruebas, al igual que el Código de Proceso Penal de Portugal, Estado enmarcado en la tradición del *civil law*³¹, que tiene una gama de medios probatorios especificados en él (Artículo 198 y ss); así también, la prueba pericial en el Ecuador se presenta a través del testimonio del perito, tal como en la tradición del *common law* y se garantiza la posibilidad del *cross examination*³², pero no existe un mercado de peritos, puesto que existe un servicio público de investigación (Artículo 448) que, cuando no cuenta con un experto en el área, es suplido por un perito acreditado ante el Consejo de la Judicatura y designado por el juez (Artículo 511). A su vez, los peritajes no son vinculantes sino un elemento más para la libre valoración de la prueba por parte del juez (Artículo 457).

Para referirse al delito en abstracto que aborda este trabajo, se observa que el Código Integral Penal del Ecuador contiene algunas reglas sobre la evidencia informática. Por ejemplo, el artículo 500 trata sobre el contenido digital, al que define como todo acto informático que representa información de la realidad, almacenada, procesada o transmitida por medio tecnológico. Entre otras características, fija algunas reglas dentro de la investigación, estableciendo que se utilizarán técnicas digitales forenses, con especificidades en caso de que el contenido digital se encuentre en memorias volátiles o no volátiles, y que se aplicará la cadena de custodia. El artículo 456 describe la cadena de custodia; el artículo 460 señala como actividad investigativa para acceder al espacio digital, el contar con servicios o equipos tecnológicos el reconocimiento del lugar de los hechos; el artículo 499 señala que se admite como prueba documental el contenido digital. Estas normas reflejan la especificidad técnica que requiere la investigación de los delitos informáticos y las previsiones que deben tenerse para que puedan servir como prueba en el juzgamiento. Por ello, en el siguiente punto, se abordará los aspectos de la ciencia forense informática que auxilia en las investigaciones de esta clase de delitos.

3.2. La Ciencia Forense Informática

La evidencia informática o digital es la información relevante para el juzgamiento de un delito informático que ha sido almacenada, procesada o transmitida a través de un sistema computacional, esta no es accesible sin he-

³¹ *Idem*, p. 72.

³² CALHEIROS, Clara - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 139.

ramientas tecnológicas y no es comprensible de manera obvia³³. Acceder a la reconstrucción o verificación de los hechos que se podrían considerar un delito de sabotaje informático producido por *malware*, requiere inevitablemente investigar en el medio informático, a través de las técnicas que permitan llegar a ese conocimiento. Así surge la Ciencia Forense Informática enfocada en la investigación en el mundo informático caracterizado por ser: a) digital, es decir, está construido por código binario de 0 y 1, b) contener archivos informáticos, o sea el almacenamiento de los datos en memorias; y c) elaborar datos, que implica la manipulación de los datos a través de algoritmos³⁴.

La informática trabaja dando significados a las señales eléctricas o magnéticas de los dispositivos electrónicos por medio de códigos, esos significados se construyen según el contexto en el que se encuentran; a través de varios pasos se establecen cotas semánticas; aquellas que puedan asociarse al conocimiento común serán accesibles cognoscitivamente para el no experto, a otras cotas podrá acceder solo el especialista, pero también hay evidencias en el campo magnético de los dispositivos a los que nadie puede acceder³⁵.

Esta ciencia auxiliar de la investigación criminal cuenta con sus propios métodos atendiendo a la especificidad de la materia sobre la que trabaja y buscando estabilizar la evidencia para que se mantenga íntegra, presentable y reproducible en el juicio. Los diferentes modelos de la ciencia forense, tales como los provenientes de la primera reunión del *Digital Forensics Research Workshop*, Reith, Carr y Gunsh; Solomon, Barret, Broom coinciden en buena medida en la existencia de las siguientes fases: a) identificación, b) preservación, c) recolección, d) examen y análisis, e) presentación o informe. Otros que son más exhaustivos como los de Séamus, Ciardhuáin y Casey incluyen además las fases de autorización, planificación, transporte, estabilización, filtraje, reducción, clasificación, reconstrucción y devolución³⁶.

Benjamim Silva propone como el mejor modelo disponible para la investigación criminal informática al dinámico – reversivo; este cuenta con ocho fases: a) obtención de autorización judicial y preparación estratégica, b) identi-

³³ GROPEANU, A.; IACOB, A. - Investigative issues regarding cybercrime. *European Journal of Public Order and National Security* [En línea]. III,12 (2016), p. 7-12. [01.02.2018]. Disponible en heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/ejpons3&i=43, p. 10.

³⁴ NOVARIO, Filippo - Cyberspace, surveillance and law: a legal informatics perspective. *European Journal of Law and Technology* [En línea]. Vol. 4, n.º 2 (2013). [01.02.2018]. Disponible en <http://ejlt.org/article/view/184/375>. ISSN 2042-115X.

³⁵ ANGUAS, Joaquín - La prueba en informática: evolución, estado actual y propuesta de formalización. En LLUCH, Xavier; PICO, Joan; RICHARD Manuel - *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral, y contencioso administrativa*. Madrid: La Ley, 2010. ISBN 9788481267778. p. 411-430.

³⁶ SILVA, Benjamin - *Direito penal parte especial*. Coimbra: Coimbra, 2009, pp. 514-520.

ficación del tipo de prueba electrónica, c) documentación, recolección y preservación, d) estabilización, filtrado, reducción, examen y análisis, e) clasificación, f) reconstrucción dinámica, g) presentación de resultados, h) devolución. Este modelo propone interdependencia y correlación entre cada fase, y es reversivo porque cumple la fase de reconstrucción a través de regresar por el camino por el que aparece el dato o información digital objeto de la prueba³⁷.

3.3. Las características de la evidencia informática

La evidencia informática se caracteriza por ser: 1) **efímera**, puede desvanecerse rápidamente, en los inicios de la ciencia informática forense se investigaba sobre los discos duros o memorias de los equipos informáticos, esa información se preservaba incluso luego de que el computador se apagara; sin embargo, desde la generalización de la conexión a redes incluida el internet, también son objeto de la investigación la memoria RAM (*Random Access Memory*) o la memoria de acceso rápido (*cache*) cuya información desaparece cuando el equipo es apagado por lo que la probabilidad de que se pierda es muy alta³⁸ **frágil y alterable**, puede ser alterada o desaparecer a causa de diversas situaciones entre las que se puede anotar la negligencia, eliminación de rastros por el propio autor del crimen, acciones de la víctima, descomposición entre otras³⁹, 3) **inestable** porque es dinámica y mutable, en un momento puede aparecer de una manera y luego cambiar, 4) también puede ser **aparentemente invisible** pues, dependiendo de la especificidad del conocimiento del investigador forense, podría parecer que no existe, 5) **codificada**, generalmente aparece encriptada requiere técnicas especiales para su acceso, 6) **dispersa**, es decir que puede aparecer en un amplio radio geográfico⁴⁰.

Estas características hacen que la evidencia informática solo se transforme en prueba susceptible de ser valorada siempre y cuando cumpla con los criterios de: a) autenticidad, que implica que proviene de la evidencia; b) confiabilidad, es decir que sea creíble y coherente; y, c) completitud, que significa que debe mantenerse íntegra. Además debe ser posible repetir los análisis o exa-

³⁷ *Idem*, p. 519.

³⁸ ACURIO, Santiago - *Introducción a la informática forense* [En línea]. [04.02. 2018]. Disponible en <http://www.alfa-redi.org/sites/default/files/articles/files/Acurio.pdf>, p. 10.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ SILVA, Benjamin - *Direito penal parte especial*. Coimbra: Coimbra, 2009, pp. 724-727.

menes sobre la evidencia dando los mismos resultados⁴¹, lo cual no siempre es posible y hace difícil la investigación de los delitos informáticos.

3.4. La evidencia del sabotaje informático y el ciberespacio

El sabotaje informático por *malware* generalmente se realiza a través de alguna red incluyendo el internet. Las técnicas forenses se aplican en ese espacio para buscar la información, por ejemplo, del correo electrónico o de un sitio web del que se sospeche que haya provenido el ataque con el fin de identificar la dirección del protocolo de comunicación de los datos internet (*IP*) que permitirá encontrar posibles nombres o seudónimos de los autores del delito y su localización a través del análisis de los registros de los archivos de ingreso en línea, es decir, cuando y donde hay conexión y desconexión⁴². Sin embargo, en el ciberespacio la territorialidad física desde la que se produce el ataque puede ser indefinida. Al contrario de los delitos tradicionales en las que la presencia física en el mismo lugar de los hechos del delito es muy común, en este tipo de delitos la acción delictiva puede producirse en diferentes sitios del mundo mientras su objetivo está en otro. Por ello, su investigación además requiere de una dimensión transfronteriza y la colaboración de autoridades de justicia, policía, proveedores de internet y telecomunicaciones de otros Estados. Esta situación trae dificultades en la investigación, las cuáles se analizarán en la tercera parte de este artículo.

3.5. Los investigadores – peritos informáticos

Los técnicos especializados generalmente conocidos como peritos informáticos son capaces de acceder al nivel de conocimiento especializado para la recolección y procesamiento de las evidencias en el delito de sabotaje informático y son quienes pueden ilustrar a las partes y al juez (no formados en esa disciplina) a través de la actuación de la prueba⁴³. Frente a una escena del delito de sabotaje informático es necesario contar con un equipo compuesto por: 1) técnicos encargados de la recolección de las evidencias, que requieren de formación básica en el manejo de evidencia digital, 2) examinadores de evidencia in-

⁴¹ GROPEANU, A.; IACOB, A. - Investigative issues regarding cybercrime. *European Journal of Public Order and National Security* [En línea]. III,12 (2016), p. 7-12. [01.02.2018]. Disponible en heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/ejpons3&i=43, pp. 9-10.

⁴² *Idem*, pp. 7-8.

⁴³ ANGUAS, Joaquín - La prueba en informática: evolución, estado actual y propuesta de formalización. En LLUCH, Xavier; PICO, Joan; RICHARD Manuel - *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral, y contencioso administrativa*. Madrid: La Ley, 2010. ISBN 9788481267778. p. 411-430.

formática para procesar la información y requieren alto nivel de especialización en sistemas e informática; y, 3) investigadores de delitos informáticos capaces de reconstruir los hechos⁴⁴. Estos peritos, siempre que logren garantizar la autenticidad, confiabilidad y completitud de la evidencia, son los que podrán demostrar la perpetración de un delito de sabotaje informático por *malware* en caso de identificar que haya existido un programa de esa naturaleza, haya sido aplicado sobre un sistema y que haya causado efectos nocivos sobre aquel.

3.6. Análisis del código del malware

El análisis del código de un programa que se considere malicioso (*malware*), puede hacerse bien sea de manera dinámica a partir de la identificación de las trazas dejadas por el código dentro del sistema, es decir, los efectos producidos, o su comportamiento⁴⁵ o, sino, puede hacerse de manera estática identificando el código en sí mismo. Para comprobar que se trata de esa clase de programas, aquellos requieren primeramente ser desensamblados, así se llega al código binario del que está compuesto. Luego, se debe identificar las secuencias de código malicioso, es decir, que esta en capacidad de violar un comportamiento permitido. En ocasiones esto puede ser identificado de manera sencilla cuando la secuencia de código malicioso esta expresada en un bajo nivel de abstracción, y muy compleja cuando el nivel de abstracción es alto⁴⁶; no obstante, nuevas técnicas siguen desarrollandose para hacer el análisis más sencillo, como programas que convierten el código binario en una imagen de bitmap⁴⁷ en la que se detectan anomalías⁴⁸.

⁴⁴ ACURIO, Santiago - *Introducción a la informática forense* [En línea]. [04.02.2018]. Disponible en <http://www.alfa-redi.org/sites/default/files/articles/files/Acurio.pdf>, p. 10.

⁴⁵ DING, Yuxing [et al.] - A malware detection method based on family behavior graph. *Computers & Security* [En línea]. N.º 73 (2018) p. 73-86. [03.02.2018]. Disponible en https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167404817302146?_rdoc=1&_fmt=high&_origin=gateway&_docanchor=&md5=b8429449cfc9c30159a5f9a92ffb, p. 73.

⁴⁶ VIGNA, Giovanni - Static Disassembly and Code Analysis. En CHRISTODORESCU, Mihai [et al.] - *Malware Detection* [En línea]. New York: Springer, 2007 [05.02.2018]. Disponible en <https://link.springer.com/book/10.1007%2F978-0-387-44599-1>, pp. 19-20.

⁴⁷ Definir

⁴⁸ SOO HAN, Kyoung [et al.] - Malware analysis using visualized images and entropy graphs. *International Journal of Informatics Security* [En línea]. 14 (2015), p. 1-14. [03.02.2018]. Disponible en <http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=6&sid=c-cb5f176-2c8c-4016-83c9-355f4e3d3852%40sessionmgr4007>, pp. 1-14.

4. Dificultades en la apreciación y la decisión basada en la prueba informática

4.1. Verdad y verosimilitud en el juicio a través de la prueba informática

La máxima expresada por Hobbes “*Auctoritas, non veritas facit legem*” en la contemporaneidad ha sido sustituida por la preminencia de los hechos. A esto ha colaborado en buena medida el desarrollo de la ciencia y la técnica que, a través de sus métodos, permite un mayor acercamiento a los hechos materia del conflicto en un juicio. No obstante, la verdad como fin de todo proceso judicial entró en crisis sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX con la expansión de los medios alternativos de solución de conflictos⁴⁹. Sin embargo, en el campo penal no ha perdido su valor. Como se ha mencionado en la segunda sección de este trabajo, los hechos que suceden en el mundo real no son verdaderos ni falsos; solo suceden, adoptan esta dimensión cuando se contrastan con la norma que los ha incorporado de manera abstracta en su texto⁵⁰, es decir, la verdad es relativa al contexto del proceso. Tarski considera semánticamente a la verdad como correspondencia de las “aserciones referidas a los hechos del mundo empírico”⁵¹. El autor concuerda con esta concepción para la identificación de la verdad en el contexto del proceso, en contraste con la teoría consensualista de la verdad de Habermas que plantea que esta se alcanza a través del consenso sobre la base de criterios racionales en el marco del contexto, referido por Michell Taruffo⁵² como la relativización de la verdad a través de la narración en el contexto. De esta forma, aunque resulte imposible reconstruir o alcanzar la verdad absoluta sobre los hechos históricos que luego se tratan en el proceso judicial, sí es posible alcanzar una verosimilitud procesal que permita lograr la adopción de una decisión judicial que cumpla con los criterios de justicia, legalidad y no arbitrariedad⁵³.

El caso de los delitos informáticos y en particular, el del sabotaje informático no está exento de estas cuestiones. Aunque a priori se podría pensar que es más fácil llegar a la verdad porque en el mundo digital todo queda registrado, por otro lado, hay diversas maneras de perder, eliminar y ocultar esos rastros. Por ello, la prueba informática no brinda una solución mágica a los delitos in-

⁴⁹ CALHEIROS, Clara - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 119.

⁵⁰ TARUFFO, Michell - *La prueba de los hechos*. Milano: Trotta, 2002, p. 117.

⁵¹ *Idem*, pp. 169-170.

⁵² *Idem*, pp. 174-175.

⁵³ CALHEIROS, Clara - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 75.

formáticos, tal como en los delitos del mundo físico. Los elementos que las investigaciones aporten a través de evidencia confiable construirán o intentarán reconstruir los hechos históricos de la manera más coherente y verosímil posible para alcanzar la decisión, enfrentándose a sus propias debilidades tales como las dificultades de identificación y localización de los autores, el carácter volátil, la dependencia de la colaboración de autoridades judiciales, policía y proveedores de servicios de otros Estados, como se verá a continuación.

4.2. Dificultades de la obtención de la prueba informática

Las dificultades para la obtención de la prueba informática se relacionan con dos aspectos: 1) la necesidad de colaboración internacional y privada y 2) el derecho humano a la privacidad. La construcción de una hipótesis comprobable sobre el sabotaje informático a través la evidencia informática requiere de acceder a los datos mismos, solo de esta forma es posible tener elementos sobre el potencial autor, su localización, el tipo de *malware* utilizado y el daño causado; sin embargo, la identificación de parte o de todos estos elementos se enfrenta a algunas dificultades. Según Benjamin Silva la investigación de los delitos informáticos que involucran alta tecnología se enfrenta a tres dificultades: 1) Identificación y localización de los autores: esta es una de las dificultades en la era del internet, dado que esta información se encuentra en los datos del tráfico de internet que, en su exploración, tienen como límite el derecho de las personas a la intimidad o privacidad; 2) Volatilidad: Como se había señalado, el tiempo es un factor primordial para obtener la prueba en los delitos informáticos, puesto que hay información que podría perderse si no se actúa rápidamente en la recolección de la evidencia; y, 3) Lugar de almacenamiento de la información: La información que se requiere analizar se encuentra a menudo alojada en otros países, con lo cual la investigación no se puede realizar autónomamente por las instancias nacionales, sino que requiere de colaboración transfronteriza y de los proveedores de servicios de telecomunicaciones⁵⁴.

Al respecto, en el año 2001 se suscribió el Convenio sobre la Ciberdelincuencia en el marco del Consejo de Europa al que se han adherido países no europeos como Estados Unidos, Argentina, Costa Rica. El Ecuador no ha suscrito el mismo. Este convenio obliga a las partes a legislar sobre los delitos informáticos y los procedimientos para asegurar las evidencias, entre las que se incluye la capacidad de los Estados a ordenar a las personas o los proveedores de servicios que mantengan en su poder información, que presenten la misma a las autoridades de justicia, datos entre los que se señala expresamente la identidad, la dirección postal o situación geográfica y el número del abonado (en caso

⁵⁴ SILVA, Benjamin - *Direito penal parte especial*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 529.

de servicio) (Artículo 18), o la confiscación de los datos almacenados (Artículo 19), la obtención en tiempo real de datos informáticos (Artículo 20) que implica grabar y obligar a los proveedores de servicios a grabar y obtener en tiempo real los datos de tráfico de las comunicaciones transmitidas a través de un sistema informático, esto se extiende también al contenido de las comunicaciones (Artículo 21). También acuerda aspectos sobre la cooperación internacional, así trata sobre la extradición (Artículo 24), asistencia mutua (Artículo 25) la cual puede pedirse por medios expeditos como fax o correo electrónico autenticado; la ayuda mutua no puede negarse excepto en los casos de delitos fiscales, las solicitudes de asistencia mutua pueden realizarse a través de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL). Es decir, este convenio busca dar la mayor celeridad posible a las acciones para asegurar las evidencias a fin de identificar el autor y los medios con los cuales se comete el delito.

De este convenio han surgido otros instrumentos multilaterales de ayuda mutua; sin embargo, el Ecuador no participa en ninguno. No obstante, la legislación nacional se adecua a los estándares de los instrumentos internacionales (Retención de correspondencia, artículo 475, interceptación de telecomunicaciones o datos informáticos, artículo 476), por lo que, cuando el delito se haya cometido en el territorio ecuatoriano y sin el uso de las grandes redes de tráfico de datos con servidores fuera del país, será posible recolectar y analizar la evidencia con miras a conseguir formar una prueba que revele los sucesos y permita una decisión con identificación de responsables.

De otro lado se encuentra la tensión con el derecho de las personas a la privacidad. La prueba informática es jurídica solo dentro de los límites de la norma, en consecuencia, en ocasiones la técnica podría permitir probar más hechos de los que las normas le permiten hacerlo. Es decir, podrían existir evidencias que no pueden alcanzar el valor de prueba⁵⁵. Así, debido a los problemas de volatilidad y deslocalización, se previene e investiga con mayor efectividad los delitos informáticos, a través de limitaciones al derecho de privacidad.

El artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) señala que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. Este texto fue recogido íntegramente por el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y parcialmente por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (1950), en este último se limita el derecho en el caso de injerencia legislada y sea una medida necesaria para, entre otras, la prevención del delito y garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. La Constitución del Ecuador (2008) reconoce

⁵⁵ TARUFFO, Michell - *La prueba de los hechos*. Milano: Trotta, 2002, p. 348.

este derecho en el artículo 66 numerales 20 y 21, con la previsión de que se puede acceder a la correspondencia física o virtual u otro tipo de comunicación en los casos previstos en la ley, con intervención judicial.

Las críticas apuntan hacia un riesgo y desproporción en las medidas que pueden ser adoptadas bajo el amparo de la ley y la intermediación judicial⁵⁶. Luego de los ataques terroristas en Estados Unidos en 2001 el tema de la seguridad nacional para muchos Estados tomó una nueva dimensión. Las acciones en respuesta a ese atentado a ojos de algunos autores parecen haber afectado al derecho de privacidad⁵⁷. Si bien las herramientas tecnológicas para prevenir, investigar y encontrar los autores y las organizaciones de los delitos informáticos se han ido desarrollando en el tiempo, para que la aplicación esas técnicas surta efecto en el juicio debe ser obtenida en el marco de la ley. En tal sentido, parece que el derecho de las personas a la privacidad es una limitación al despliegue para prevenir y perseguir esos delitos con celeridad.

4.3. El jurista: límites formativos frente a la prueba informática

Tal como se ha visto en las secciones anteriores, en los delitos informáticos, tanto los medios, el objeto como los resultados son de alta complejidad. Al contrario de un delito tradicional contra la vida en el que es claro para el juez comprender cual es el objeto sobre el que un crimen ha recaído, es decir la integridad de una persona, el efecto producido, o sea la muerte, a través de un medio como un arma de fuego, o un arma cortopunzante o veneno y otras diversas formas que puedan existir para afectar al bien jurídico protegido; así, aunque el resultado se constará con una autopsia, generalmente el juez puede por sus propios medios también entender y comprender la situación de la muerte de una persona. De todas formas, en ese caso para el juez no será difícil comprender los hechos sobre los que debe juzgar y requerirá de pruebas científicas o técnicas en la medida en que los medios se vuelvan más sofisticados.

⁵⁶ BARON, Ryan - A Critique of the international cybercrime treaty. *Common law conspectus: Journal of Communications Law and Policy* [En línea]. (2002), p. 263-278. [05.02.2018]. Disponible en http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cconsp10&div=21&start_page=263&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults, p. 272.

⁵⁷ COCKFIELD, Arthur - Surveillance as Law. *Griffith Law review* [En línea]. (2011), p. 795-816. [05.02.2018]. Disponible en http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/griffith20&div=43&start_page=795&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults, p. 798 e FITZPATRICK, Tony - Critical theory, information society and surveillance technologies. *Information, Communication & Society* [En línea]. Vol. 5, n.º 3 (2002), p. 357-378. [06.02.2018]. Disponible en <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13691180210159300>, p. 365.

En contraste los delitos informáticos, al desarrollarse en una dimensión no común para el juez, la formación de su convicción dependerá en gran medida de los testimonios verosímiles que tenga de expertos en la materia. Si bien, de alguna manera los no expertos o legos están en contacto permanente con las tecnologías de la información y comunicación, y aunque también sus equipos pudieran sufrir daños producidos por un *malware*, no estarían en capacidad de comprender o identificar qué es lo que afectó al aparato o información, en qué manera lo hizo o si es que siquiera ha sido invadido por un programa de esa naturaleza. Aunque como usuarios comunes de los sistemas informáticos sabemos como manejar las funciones menos complejas de sus programas o sistemas, no conocemos en realidad como se produce ese funcionamiento, de qué esta hecho, cómo se programa, cómo actúa el código binario o cuál es la diferencia entre un programa, un dato, un sistema, el procesamiento; todas ellas categorías que pertenecen al mundo especializado de la informática.

El juez, a menos de que tenga también alguna formación en informática, lo cual no es usual, es una persona no experta. Tampoco son expertos los abogados que defienden o que acusan. Así, habrá un nivel semántico muy sencillo de la informática que podrá ser apreciado sin ninguna mediación, pero habrá gran cantidad de prueba que necesariamente requiera la intervención y explicación de expertos⁵⁸. Ese mundo informático que hace funcionar el mundo material está creado en un lenguaje que es el monopolio de unos pocos. De igual manera, también resulta débil la capacidad de *cross examination* que podrían hacer las partes. El científico en general y el abogado manejan un lenguaje especializado⁵⁹. Si bien el abogado usa el mismo lenguaje de uso común, lo hace con variantes o especificaciones en sus significados a partir de su juridización que, sin embargo, no resulta imposible para las personas no juristas al menos hacerse alguna idea de lo que se trata. El científico/ ingeniero informático a oídos y ojos de un no iniciado en su área resulta mucho más extraño.

Esta situación se agudiza y puede en realidad poner en peligro el papel del propio juez en la medida en la que no haya posibilidad de diálogo entre las dos disciplinas. En la formación de los abogados ha sido difícil incorporar el

⁵⁸ PUIG, Sonia - *La prueba electrónica: sus implicaciones en la seguridad de la empresa* [en línea]. Barcelona: Universitat Ramon LLull, s.f. [02.02.2018]. Disponible en <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/285237/TESI%20DOCTORAL%20SONIA%20PUIG%20FAURA.pdf?sequence=1&isAllowed=n>, p. 53.

⁵⁹ MITCHELL, Brent - Judging science. *Harvard Journal of Law & Technology* [En línea]. Vol. 11, n.º 1 (1997), p. 269-276. [04.02.2018]. Disponible en <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v11/11HarvJLTech269.pdf>, p. 269.

tratamiento de los hechos⁶⁰ o aspectos sobre la ciencia (y por tanto la informática) en los planes de estudios, aunque en los últimos años se observan algunos cambios⁶¹. Frente a este escenario, los proyectos formativos podrían enfocarse en los aspectos de la prueba informática desde una perspectiva empírica que le permita al jurista el análisis conceptual y factual de los hechos⁶². Al juez no se le pide que se vuelva un científico amateur, sino que debe conocer las condiciones que deben estar reunidas para que una información tenga validez tecnológica. El juez debe saber de qué se trata y saberla cuestionar y valorar.

4.4. La decisión basada en la prueba informática

La teoría del *anchored narratives* en las decisiones judiciales señala que los jueces basan su decisión en historias cuya estructura se asienta en el conocimiento común y, por tanto, aquella que cuente con prueba que demuestren esa historia es la que generalmente se escoge. Bajo estas premisas, la dimensión persuasiva adquiere mayor relevancia y promete mayor éxito mientras más conectada este con la narrativa cultural, es decir, si la historia guarda coherencia externa – con la cultura que el juez conoce – y coherencia interna -con las pruebas que la sustentan-, entonces la posibilidad de que esa historia sea la escogida se incrementa⁶³. Bajo esta teoría, al estar el juez frente a una decisión sobre un delito de sabotaje informático, dependería de si la historia que se cuente, además de sostenerse en pruebas, puede parecerle coherente sobre la base de su entorno cultural, en el cual, como habíamos dicho, podría ser el gran ausente el conocimiento del funcionamiento del mundo informático. Esto abriría peligros a comprensiones equivocadas que se adopten por analogía de cómo los sucesos ocurren en el mundo físico. Esta teoría recibe críticas por ejemplo de Twining y Taruffo debido a que se da demasiada importancia a la narrativa como persuasión para la decisión, considerándola un peligro para la valoración de las pruebas de los hechos y que la decisión se asiente en ellos⁶⁴.

El juez tendrá que apreciar las pruebas bajo los criterios de legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación

⁶⁰ TWINING, William - Taking Facts Seriously. *Journal of Legal Education* [En línea]. 22 (1984), p. 22-42. [Consult. 6 Feb. 2018]. Disponible en <http://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/jled34&i=33>, pp. 39-40.

⁶¹ LEITH, Philip - IT and law, and law schools. *International Review of Law, Computers & Technology* [En línea]. Vol. 14, n.º2 (2000), p. 171-189. [01.02.2018]. Disponible en <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13600860050032989>, p. 173.

⁶² *Idem*, p. 187.

⁶³ CALHEIROS, Clara - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra, 2015, pp. 182-185.

⁶⁴ *Idem*, p. 188.

científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales (Artículo 457) que le lleven a concluir de manera racional que se ha cometido el delito de sabotaje informático y que se ha identificado a su autor o autores. Como se ha señalado anteriormente, esto no es una tarea sencilla, puesto que depende en gran medida de los peritos en la materia, quienes por diversas razones también ya vistas, no siempre pueden entregar información concluyente. Así, el juez también podrá ser susceptible de verse influenciado por la historia más coherente que se le plantee, sea la de quien acusa o de quien defiende. En el sistema penal ecuatoriano los peritos deben presentar su testimonio en la audiencia de juzgamiento y las partes pueden interrogarlo, esto implica que se puede producir una competencia en cuanto a la persuasión de las partes para que su narración de los hechos sea más coherente. Para ello, todos, el Juez y el Fiscal, los abogados de la parte acusadora (si existiere) y la defensa, deben tener algún nivel de comprensión de lo que el perito informa como resultado de trabajo, en otras palabras, para identificar elementos que puedan ayudar a sostener su postura y el juez para evitar la confusión sobre la prueba de los hechos y lograr una decisión justa y apegada a la verosimilitud de las pruebas, sean estas directas o indirectas. Michell Taruffo señala⁶⁵, refiere como pruebas directas a aquellas que demuestran por sí mismas el hecho relevante dentro del juicio e indirectas a las que demuestra hechos secundarios que ayudan soportar las hipótesis sobre los hechos a través de la inducción o a crear a partir de inferencias una nueva hipótesis a través de la abducción⁶⁶.

En el delito de sabotaje informático causada por *malware* el juez deberá tomar la decisión sobre la prueba que deberá demostrar que se actuó a través de un *malware* sobre un sistema informático y que esto causó un daño. Identificar que existió un *malware* actuando sobre un sistema informático parece no ser tan complejo, siempre que se haya logrado acceder a las evidencias de manera correcta y que el perito pueda explicar y hacer accesible la información a las partes y al juzgador. El daño parece tener mayor problema, pues se relaciona además con un aspecto que el artículo de la legislación ecuatoriana no dice de manera expresa, que es la intención o dolo.

La situación hipotética en la que alguien destruya, dañe, borre, deteriore, altere, suspenda, trabe, cause mal funcionamiento, comportamiento no deseado o suprima datos informáticos, mensajes de correo electrónico a través de programas informáticos maliciosos, sea al enviar, introducir, ejecutar o distribuir tal programa malicioso puede cometerse de manera consciente/voluntaria, consciente/involuntaria, inconsciente/voluntaria e inconsciente/involuntaria. No obstante, el artículo que tipifica el delito de sabotaje informático no hace

⁶⁵ TARUFFO, Michell - *La prueba de los hechos*. Milano: Trotta, 2002, pp. 454-455.

⁶⁶ CALHEIROS, Clara - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra, 2015, pp. 84-87.

mención a estos factores, es decir, si alguien como un empleado de una empresa o institución recibe un correo electrónico y abrió el archivo desconocimiento por complejo que contenía un virus, está ejecutando el programa malicioso que causa el sabotaje ¿será entonces también parte de los autores del delito? Por otro lado, el artículo no establece criterios valorativos como por ejemplo “grave daño”, pues podría existir un programa defectuoso no diseñado deliberadamente para causar daño que, no obstante, por su defectuosidad elimina un correo electrónico, una hoja de cálculo o una celda de esa hoja de cálculo de una computadora ¿podrá considerarse que existen elementos para concluir que es un sabotaje?, en ese sentido el juez se enfrenta a la vaguedad de las características del tipo penal en el que probablemente una gran cantidad de personas estarían delinquiendo sin saberlo y que tampoco deberían ser actos que merezcan ser sancionados. En estos casos, el juez podrá disponer de toda la prueba informática que identifique autor, medios, objeto y resultado, y todos ellos encajar plenamente en la descripción del tipo penal ¿debería sancionarlos?

El juez deberá escoger el mejor de los caminos posibles para lograr una decisión correcta y adecuada al ordenamiento jurídico⁶⁷, sin caer en la arbitrariedad, fundamentando la misma en base a la racionalidad y los hechos demostrados a través de la prueba, verificando que exista un nexo causal entre los hechos y el procesado, y sin basarse en presunciones (Artículo 455).

REFERÊNCIAS

ACURIO, Santiago - *Introducción a la informática forense* [En línea]. [04.02.2018]. Disponible en <http://www.alfa-redi.org/sites/default/files/articles/files/Acurio.pdf>

ANGUAS, Joaquín - La prueba en informática: evolución, estado actual y propuesta de formalización. En LLUCH, Xavier; PICO, Joan; RICHARD Manuel - *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral, y contencioso administrativa*. Madrid: La Ley, 2010. ISBN 9788481267778. pp. 411-430.

BARON, Ryan - A Critique of the international cybercrime treaty. *Common law conspectus: Journal of Communications Law and Policy* [En línea]. (2002), pp. 263-278. [05.02.2018]. Disponible en http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cconsp10&div=21&start_page=263&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults. ISSN: 1532-6926.

BRENNER, Susan - *Cybercrimen and the law*. Boston: Northeastern University Press, 2012. ISBN 978-1-55553-799-9.

⁶⁷ CALHEIROS, Clara - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 198.

CALHEIROS, Clara - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. ISBN 978-989-96672-5-9.

COCKFIELD, Arthur - Surveillance as Law. *Griffith Law review* [En línea]. (2011), pp. 795-816. [05.02.2018]. Disponible en http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/griffith20&div=43&start_page=795&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults. ISSN: 1839-4205.

DING, Yuxing [et al.] - A malware detection method based on family behavior graph. *Computers & Security* [En línea]. N.º 73 (2018) pp. 73-86. [03.02. 2018]. Disponible en https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167404817302146?_rdoc=1&fmt=high&_origin=gateway&_docanchor=&md5=b8429449ccfc9c30159a5f9aeaa92ffb. ISSN 0167-4048.

FERNÁNDEZ, Javier - *Derecho penal e internet*. Valladolid: Lex Nova, 2011. ISBN 9788498983654.

FERREIRA, C.; MORAIS, J. - *Introdução ao direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-5066-9.

FITZPATRICK, Tony - Critical theory, information society and surveillance technologies. *Information, Communication & Society* [En línea]. Vol. 5, n.º 3 (2002), pp. 357-378. [06.02.2018]. Disponible en <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13691180210159300>. ISSN 1369-118X.

GROPENEANU, A.; IACOB, A. - Investigative issues regarding cybercrime. *European Journal of Public Order and National Security* [En línea]. Vol. III, n.º 12 (2016), pp. 7-12. [01.02.2018]. Disponible en heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/ejpons3&i=43. ISBN 2360-0519.

HOLT, T.; BOSSLER, A.; SIGFIED, K. - *Cybercrime and digital forensics*. London: Routledge, 2015. ISBN 1138021296.

KIRWAN, G.; POWER, A. - *Cybercrime: the psychology of online offenders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. ISBN 978052118021.

LEITH, Philip - IT and law, and law schools. *International Review of Law, Computers & Technology* [En línea]. Vol. 14, n.º 2 (2000), pp. 171-189. [01.02.2018]. Disponible en <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13600860050032989>. ISSN 13600869.

MITCHELL, Brent - Judging science. *Harvard Journal of Law & Technology* [En línea]. Vol. 11, n.º 1 (1997), pp. 269-276. [04.02.2018]. Disponible en <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v11/11HarvJLTech269.pdf>. ISSN 0897-3393.

NOVARIO, Filippo - Cyberspace, surveillance and law: a legal informatics perspective. *European Journal of Law and Technology* [En línea]. Vol. 4, n.º 2 (2013). [01.02.2018]. Disponible en <http://ejlt.org/article/view/184/375>. ISSN 2042-115X.

PAZOS, Rina - El código ingenios y su construcción colaborativa. En RAMÍREZ, René - *Universidad urgente para una sociedad emancipada*. Quito: IE-SALC, 2016. ISBN 978-9978-339-11-4. pp. 542-546.

PUIG, Sonia - *La prueba electrónica: sus implicaciones en la seguridad de la empresa* [en línea]. Barcelona: Universitat Ramon LLull, s.f. [02.02.2018]. Disponible en <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/285237/TESI%20DOC-TORAL%20SÒNIA%20PUIG%20FAURA.pdf?sequence=1&isAllowed=n>.

ROVIRA DEL CANTO, Enrique - *Delincuencia informática y fraudes informáticos*. Granada: Comares, 2002. ISBN 9788484444671.

SILVA, Benjamin - *Direito penal parte especial*. Coimbra: Coimbra, 2009. ISBN 978-989-95779-5-4.

SOO HAN, Kyoung [et al.]- Malware analysis using visualized images and entropy graphs. *International Journal of Informatics Security* [En línea]. 14 (2015), pp. 1-14. [03.02.2018]. Disponible en <http://eds.a.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=6&sid=ccb5f176-2c8c-4016-83c9-355f4e3d3852%40sessionmgr4007>. ISSN 1615-5262.

TARUFFO, Michell - *La prueba de los hechos*. Milano: Trotta, 2002. ISBN 84-8164-534-6.

TWINING, William - Taking Facts Seriously. *Journal of Legal Education* [En línea]. 22 (1984), pp. 22-42. [Consult. 6 Feb. 2018]. Disponible en <http://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/jled34&i=33>. ISSN 0022-2208.

VIGNA, Giovanni - Static Disassembly and Code Analysis. En CHRISTODORESCU, Mihai [et al.] - *Malware Detection* [En línea]. New York: Springer, 2007 [05.02.2018]. Disponible en <https://link.springer.com/book/10.1007%2F978-0-387-44599-1>. ISBN 9780387327204.

WITTEN, B.; NACHENBERG, C. - Malware Evolution: A Snapshot of Threats and countermeasures in 2005. En CHRISTODORESCU, Mihai [et al.] - *Malware Detection* [En línea]. New York: Springer, 2007. pp. 3-15. [05.02.2018]. Disponible en https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-0-387-44599-1_1. ISBN 978-0-387-44599-1.

A IMPORTÂNCIA DA PROVA PERICIAL NA CONSTATAÇÃO DA INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL, PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE INFANTICÍDIO

*Éllen Cardoso*¹

1. Considerações iniciais

Cumpra esclarecer, desde então, que o objetivo deste breve ensaio, diferentemente do que o leitor poderia ser levado a deduzir, não é discorrer sobre a qualificação doutrinária e demais informações que circundam o tipo penal do crime de infanticídio nos dois ordenamentos jurídicos; mas, pesquisar, a respeito das dificuldades de se provar, na prática de um crime de infanticídio, que a mãe se encontrava “sob a influência do estado puerperal”² ou “sob a influência perturbadora do parto”³, por se tratarem de circunstâncias elementares dos tipos penais, sem as quais não se perfaz o crime de infanticídio, mas, sim, o de homicídio.

Trata-se de uma prova de difícil constatação e, como regra, não dispensa o exame pericial. A grande dificuldade está exatamente na comprovação médica,

¹ Professora universitária, advogada e doutoranda na Universidade do Minho. Contacto de e-mail: ellencardosorr@gmail.com.

² Art. 123.º do Código Penal brasileiro.

³ Art. 136.º do Código Penal português.

em razão de que essa influência proveniente do parto, que motiva a mãe a ceifar a vida do próprio filho recém-nascido, não ter período determinado, por ser impreciso e variável e como bem diz a medicina legal - às vezes efêmero e outras duradouro, o que dificulta o diagnóstico clínico, pois, na maioria das vezes, quando a mãe é examinada os sintomas já desaparecem e o médico não disporá de elementos suficientes para concluir sobre a existência ou não de uma perturbação oriunda do processo do parto no momento do crime, o que, a depender do laudo ou da opinião técnica e da “gradação” que porventura lhe possa ser atribuída no contexto das demais provas, decisões injustas poderão acontecer.

Nesse contexto, faz-se de grande relevância o auxílio, também, da psicologia forense, onde o profissional, no uso das técnicas apropriadas de entrevistas avaliará a personalidade e os aspectos psíquicos da mãe, diretamente relacionados ao fato, cujo resultado, agregado às demais provas, com certeza, contribuirá sobremaneira para uma decisão mais próxima da certeza.

A importância da contribuição das ciências no deslinde das controvérsias judiciais é fato incontroverso. No cotidiano jurídico, especialmente no que respeita à prova, não pode mais o direito prescindir do auxílio das demais áreas do conhecimento - como a biologia, a física, a psicologia, a ciência da computação, dentre outras. No entanto, apesar de toda essa relevância, o norte do magistrado para as suas decisões não se resume nos laudos ou opiniões técnicas quando presentes nos autos; mas, ao contrário, em todo o contexto probatório oferecido pelas partes, em nome do devido processo legal, que abarca, além de outros da mesma relevância, os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção da inocência, do direito à instrução processual, do contraditório e da ampla defesa.

Trata-se de uma pesquisa teórica, descritiva, que terá por base a legislação e a doutrina referente ao tema.

2. O crime de infanticídio: conceito, especificidades e a sua tipificação na lei penal brasileira e na lei penal portuguesa

A palavra infanticídio tem origem latina – “infanticidium”, significando, de modo geral, a morte de crianças nascentes ou recém-nascidas por ato da própria mãe. Em regra, o crime de infanticídio é tratado nas leis penais atuais como “homicídio privilegiado”, com penas moderadas, a exemplo do Brasil e de Portugal.

No Brasil, o crime de infanticídio inclui-se entre os crimes dolosos contra a vida, sujeitando-se a mãe acusada a julgamento pelo Tribunal do Júri, nos termos do art. 5º, XXXVIII, da CF/88.⁴

O tipo está previsto no art. 123 do Código Penal⁵, assim descrito: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena – detenção, de dois a seis anos”.

O Código Penal Brasileiro de 1940 adotou o critério fisiopsicológico já que invoca o estado puerperal⁶, que, segundo Guimarães, consiste na “alteração temporária em mulher previamente sã, com colapso do senso moral e diminuição da capacidade de entendimento seguida de liberação de instintos, culminando com a agressão ao próprio filho”⁷. Para Damásio de Jesus, “Conjunto das perturbações psicológicas e físicas sofridas pela mulher em face do fenômeno do parto”⁸.

Por sua vez, em Portugal, o crime de infanticídio tem previsão no Artigo 136º, do Código Penal de 1982⁹ com a seguinte descrição: “A mãe que matar o filho durante ou logo após o parto e estando ainda sob a sua influência perturbadora, é punida com pena de prisão de 1 a 5 anos”, que também adotou o critério fisiopsicológico. Sob a influência perturbadora há de se entender, conforme Figueiredo Dias, como um estado de grande perturbação; uma crise depressiva

⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: (...); d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”

⁵ Cfr. Decreto-Lei 2.848, de 7 de Dezembro de 1940.

⁶ Cfr. Dec.-lei 2.848/1940, *Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal*. “O infanticídio é considerado um *delictum exceptum* quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal. Esta cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevivendo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto inibição da parturiente. Fora daí, não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio”.

⁷ Cfr. GUIMARÃES, Roberson - *O crime de infanticídio e a perícia médico-legal: uma análise crítica*. [Em linha]. (s.d.). [07.02.2018]. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12991-12992-1-PB.pdf>, p.3. O autor traz um conceito de *puerpério* como sendo o período de tempo que medeia “a dequitação placentária e o retorno do organismo materno às condições pré-gravídicas, tendo duração média de 6 semanas”.

⁸ Cfr. JESUS, Damásio E. de - *Direito penal: parte especial*. 13.ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. Vol. 2, p. 93.

⁹ Cfr. Decreto-Lei n.º 400, de 23 de Setembro de 1982 – Código Penal.

que atinge o psiquismo da mãe ante uma situação moral, social ou economicamente fundada¹⁰.

Lembra Feu Rosa¹¹, que as antigas leis penais nada tratam a respeito do crime de infanticídio, pois como relata a história e a filosofia, a morte de crianças, inclusive a dos filhos, não era considerada crime e nem ofendia aos bons costumes, como por exemplo, entre os bárbaros e também em Roma, onde a conduta de tirar a vida dos filhos não era punida. Somente a partir do cristianismo o fato passou a ser considerado crime gravíssimo e reprimido com pesadas penas, inclusive a de morte.

A contar do séc. XIX, novas concepções jurídicas sobre o crime de infanticídio foram surgindo, em razão do grave problema social que a maternidade sem controle trazia, com índices alarmantes de mortalidade tanto de mães, quanto de crianças, decorrente de partos sem a mínima assistência médica e hospitalar pela escassez de recursos. Agregue-se a tudo isso, o rebaixamento moral, o desprezo e a humilhação social que pesavam sobre as mães solteiras; além da pobreza, das doenças e das deformidades dos filhos, situações essas que levavam mães a estados de verdadeira loucura. Esse cenário de sofrimentos e de desordem social foi a motivação para que se levantassem outras opiniões sobre a morte dos filhos levada a cabo pelas próprias mães¹².

O Código Penal Brasileiro está em processo de reforma. Dentre as mudanças previstas na parte especial encontra-se o crime de infanticídio, onde a nova redação e a pena cominada em muito se assemelham à prescrição do tipo no Código Penal de Portugal: “Infanticídio - Art. 124. Matar o próprio filho, durante ou logo após o parto, sob a influência perturbadora deste: Pena – prisão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Quem, de qualquer modo, concorrer para o crime, responderá nas penas dos tipos de homicídio.”

O novo texto elimina a tão problemática “influência do estado puerperal”. No que respeita à penalização, constata-se, também, uma mudança em relação ao vigente: o crime que hoje é punido com pena de detenção, passará a ser de prisão.¹³

¹⁰ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo - *Comentário conimbricense do código penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p.101.

¹¹ Cfr. ROSA, Antônio José Miguel Feu, - *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 122-123.

¹² *Idem*, p.123

¹³ Cfr. Novo Código Penal Brasileiro, disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404?debug=true> [14.02.2018].

3. Prova e verdade no processo penal: breves reflexões doutrinárias

A certeza da existência dos fatos através da prova foi sempre conjectura de uma decisão legítima. Há de se considerar, no entanto, que nem sempre a certeza será reconhecida como verdade no processo, posto não ser este infalível, como também não são os seus protagonistas. De tal modo, a certeza do processo materializada na sentença pode não corresponder à verdade. No seu mister de julgar, salvo poucas exceções, o juiz estará sempre vivenciando estados de ignorância, dúvidas e certezas, posto que no processo é quase impossível a certeza absoluta da verdade.¹⁴

No estado de ignorância sobre o fato, a significar que o juiz nada sabe, a absolvição deve ser o resultado do processo, pois, ante a conclusão do ‘nada provado’, não há que se falar de ônus da prova. No caso de dúvida¹⁵, o único beneficiado é o réu, cuja regra será a da aplicação do princípio constitucional do *in dubio pro reo*. Na certeza, caberá ao juiz decidir com base na sua convicção, para absolver ou condenar o acusado.¹⁶

Para Mário Monte a importância da prova está em ser esta os fins do processo, cujas finalidades, dentre outras, é a descoberta da verdade e a realização da justiça. A verdade em processo é sempre a verdade processualmente possível, ou seja, aquela verdade que o ordenamento permite. Vê como válida a posição minimalista da prova que tão só a aceite como função de ‘reconstituir uma situação passada que interessa ao direito penal’, sendo, por isto, a reconstituição da própria verdade material que o processo penal sempre deseja declarar.¹⁷

Como lembra Ruço¹⁸, no que se relaciona a prova dos fatos pela ação humana, as explicações se reportam para uma relação cujo sentido foi estabelecido

¹⁴ Cfr. POLASTRI, Marcellus - *Manual de processo penal*. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, pp. 23 e 24.

¹⁵ “Apelação crime. recurso defensivo. furto simples. sentença que vai reformada para absolver o réu, por insuficiente a prova. vídeo do furto, única prova do delito imputado, não permite divisar o agente furtador tratar-se do réu. dúvida que somente pode beneficiar o apelante, com base no princípio do *in dubio pro reo*. Recurso provido. (Apelação Crime Nº 70076618743, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 29/08/2018)”, disponível em [https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=A+D%C3%9AVIDA+BENEFICIA+O+R%C3%89U+\(IN+DUBIO+PRO+REO\)](https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=A+D%C3%9AVIDA+BENEFICIA+O+R%C3%89U+(IN+DUBIO+PRO+REO)) [14.02.2018].

¹⁶ *Idem*, pp.23 e 24.

¹⁷ Cfr. MONTE, Mário Ferreira - *Direito processual penal aplicado*. Braga: Associação de Estudantes de Direito da Universidade do Minho, 2017, pp. 109, 110 e 113.

¹⁸ Cfr. RUÇO, Alberto Augusto Vicente - Prova indiciária: por que razão um facto é um indicio de outro facto ou base de uma presunção. *Revista Julgar*. Lisboa. Número especial (2014), pp. 39-58, p. 46.

no passado e que envolve os interesses, desejos ou razões da pessoa; além das suas crenças a respeito do funcionamento da realidade e da decisão por certas ações, que enxergou como idôneas para alcançar as finalidades que teve a intenção de alcançar.

Para Maria Elizabeth Queijo¹⁹, as percepções humanas são limitadas e falíveis. Daí que a verdade humana sobre um acontecimento será sempre relativa porque resulta dessas assimilações. De tal sorte, a verdade processual que pode ser galgada será sempre a relativa, posto que vinculada à realidade das coisas. Uma verdade em perfeita harmonia com a realidade dos fatos, ou seja, absoluta, é um ideal inalcançável.

Prova, na conceituação de Marcellus Polastri²⁰, é “todo elemento ou meio destinado ao convencimento do juiz sobre o que se procura demonstrar em determinado processo.” Assim, a finalidade do processo é a busca da “verdade provável”. E o magistrado, na instrução probatória, visa reconstruir um fato do passado para alcançar essa verdade (provável). Para que a decisão seja justa a ‘verdade’ deve ser alcançada. Verdade esta, que no processo deve ser compreendida como a busca efetiva do conhecimento dos fatos, através da prova, aproximando-a, o quanto possível, da certeza.

Provar, segundo Tourinho Filho, é, “antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la”. Para decidir, faz-se necessário que o juiz conheça o fato objeto do processo. Em consequência, é imperioso reconstruí-lo nos autos, por intermédio dos meios de prova.²¹

A finalidade da prova é exatamente o convencimento do juiz; sendo este, portanto, o seu principal destinatário. As partes, embora interessadas, são destinatárias indiretas das provas, o que se faz relevante, em razão de que, cientes do conteúdo probatório dos autos, terão mais sensatez e clareza para que possam ver a decisão como justa ou injusta.

Quanto à dicotomia entre verdade material e verdade formal, lembra Clara Calheiros²², que sem qualquer razão justificável, ainda hoje provoca debates no campo do direito. Ditas verdades, não possuem uma dimensão epistêmica

¹⁹ Cfr. QUEIJO, Maria Elizabeth - *O direito de não produzir provas contra si mesmo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 29.

²⁰ Cfr. POLASTRI, Marcellus - *Manual de processo penal*. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, pp. 23, 367 e 368.

²¹ Cfr. FILHO, Fernando da Costa Tourinho - *Código de processo penal comentado*: arts. 1º a 393.º. 13.ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p.504.

²² Cfr. CALHEIROS, Clara - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p.20.

- são essencialmente normativas e nada expressam sobre a propriedade da verdade que revelam.

Consoante Badaró²³, nenhuma verdade será absoluta, quer se trate de verdade formal ou de verdade material. O que as distingue é o “o grau de limitação à descoberta da verdade”. A verdade encontrada pelo juiz nunca será uma verdade absoluta. Portanto, nenhum sentido tem a distinção entre verdade formal, que se aplicaria ao processo civil, em contraposição à que se denomina verdade material, que se perseguiria no processo penal.

A crença intransigente na existência de uma “verdade real” no processo penal, é um mito que precisa ser desconstruído. A verdade que se tem é a que consta dos autos – portanto, uma verdade processual. É com base nessa verdade que o juiz, obediente ao princípio do devido processo legal, deve decidir, sob pena de se transformar em um voraz investigador na busca de provas, sob a justificativa da necessidade de formar um suposto convencimento substancial, o que, por certo, militará em desfavor do acusado, em total desrespeito as suas garantias constitucionais.

4. A prova pericial: conceito e aspectos gerais

Não restam dúvidas de que todas as noções doutrinárias até aqui expostas se referem à visão tradicional de provas, no sentido da busca da verdade como “finalidade do processo”, tema amplamente debatido na doutrina processual.

Não é objetivo desta pesquisa um estudo sobre a teoria da prova; mas, tão somente, o meio de prova que exige a lei penal no crime de infanticídio para constatação do estado puerperal (prova pericial), vê-se como necessária uma abordagem no estudo da prova, numa visão interdisciplinar.

Nas palavras de Clara Calheiros, compete ao direito a disciplina de uma complexidade de fatos resultantes das ações humanas e também de construções intelectuais e até mesmo de ficções. A par dessa realidade do direito, e ainda ao desenfreado progresso da ciência e da tecnologia que se tem vivenciado nas últimas décadas, com o aporte para o mundo jurídico de modernos instrumentos

²³ Cfr. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy - *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.33. Nesse sentido, POLASTRI: “Costuma-se diferenciar a verdade material da formal, acentuando-se que esta está presente no processo civil, enquanto aquela é exigida no processo penal. Entretanto, nenhuma delas será absoluta, pois o que ocorre é que temos limites ou graus distintos na obtenção da verdade [...], mas como a verdade absoluta é inatingível pelo juiz, sempre teremos, de qualquer modo, uma mera verdade relativa.” Por este motivo, na opinião do autor, a dicotomia entre verdade material e verdade formal, nenhuma utilidade tem para traçar uma distinção entre o processo penal acusatório e o inquisitório. Cfr. POLASTRI, Marcellus - *Manual de processo penal*. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p. 24.

do conhecimento, com um grau elevado de confiabilidade, que deve ser visto como uma contribuição considerável para o avanço nos tradicionais meios de prova e principalmente para a obtenção da prova. Ante essa nova realidade, impõe-se uma reflexão no sentido de que, no contexto da prova, o olhar deve ter necessariamente um foco inter e multi-disciplinar.²⁴

É inegável que o atual profissional do direito não pode prescindir da contribuição de outras áreas do conhecimento, ainda que às vezes possam parecer tão diferentes - como a física, a psicologia, a biologia, a genética, a ciência da computação, dentre tantas outras e sem desprezo por nenhuma, dada a importância que qualquer outra área possa ter no domínio da prova. A complexidade de fatos a exigir conhecimentos nos processos judiciais é um verdadeiro desafio à capacidade dos operadores do direito; impondo-lhes a busca de outras ferramentas, que na maioria das vezes encontram-se fora do âmbito jurídico, para atender, de forma adequada, esses novos modelos de demandas. Como bem resume Clara Calheiros, “a prova é um objeto de estudo interdisciplinar não só porque várias disciplinas são instrumentais em relação a esta, mas também porque o *fenómeno* da prova só pode ser compreendido de modo interdisciplinar.”²⁵

O estudo do direito de forma interdisciplinar com as demais áreas do conhecimento, especialmente no que respeita à questão processual da prova - é mais do que uma proposta: é um dever, uma necessidade. Ademais, o mundo moderno está a exigir estudos interdisciplinares e neste pensar, contraditório seria o direito introverter-se, abstraindo-se do auxílio de outras ciências. É da maior prudência compreender e aceitar que existe um Direito com uma abrangência bem maior e que ultrapassa o simples ordenamento que o rege. A interdisciplinaridade, no mundo atual, impõe-se como indispensável em qualquer área do conhecimento, inclusive a do direito.²⁶

De um modo geral pode-se definir prova pericial como uma opinião emitida por um técnico, com a finalidade de auxiliar no processo de julgamento

²⁴ Cfr. CALHEIROS, Clara - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p.21.

²⁵ Cfr. CALHEIROS, Clara - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 21 e 22. Ainda a autora: Como é sabido, a interdisciplinaridade não é vista com bons olhos pelos juristas por fatos que se deram no passado, ainda hoje olhada como uma ameaça à autonomia do direito. Entretanto, ante a crise não recente deste paradigma de interpretação do direito-norma, é necessário que se abandone o “solipsismo” com que o jurista está habituado na sua missão de ‘descoberta’ dos fatos.

²⁶ Nesse seguimento, afirma FRANÇA que “O Direito moderno não pode deixar de aceitar a contribuição cada vez mais íntima da ciência, e o operador jurídico não deve desprezar o conhecimento dos técnicos, pois só assim é possível a aproximação da verdade que se quer apurar. Não é nenhum exagero afirmar que é inconcebível uma boa justiça sem a contribuição da Medicina Legal, cristalizando-se a ideia de que a Justiça não se limita ao conhecimento da lei, da doutrina e da jurisprudência”, Cfr. FRANÇA, Genival Veloso de - *Medicina Legal*. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2017, p. 39.

relativo a um ou mais fatos, que exija conhecimentos específicos e que tenha relevância para a decisão da causa, quando outras provas não se mostrarem suficientes para o convencimento do juiz.²⁷

Para Nucci, perícia é um meio de prova que consiste no exame de coisas ou pessoas, realizado por técnicos ou especialistas em determinadas áreas, que tem por fim emitir opiniões e conclusões referentes ao processo penal.²⁸ Em Polastri²⁹, perícia é o exame feito por pessoas com conhecimentos em determinados assuntos – técnicos, científicos ou práticos, relacionados aos fatos, condições pessoais ou circunstâncias que se apuram no processo com o fim de servir de prova e embasar a decisão judicial. Define-se perícia médico-legal, nas palavras de França³⁰, “como um conjunto de procedimentos médicos e técnicos que tem como finalidade o esclarecimento de um fato de interesse da Justiça”.

No Código de Processo Penal Brasileiro³¹ a disciplina da prova pericial encontra-se nos artigos de n.ºs. 158 a 184. Em Portugal³², a prova pericial vem tratada no Código de Processo Penal nos artigos de n.ºs. 151.º a 163.º.

Quer no Brasil, quer em Portugal, não se pode falar de hierarquia de provas. Em ambos os sistemas, o magistrado, salvo exceções, goza de plena liberdade para formar o seu convencimento acerca dos fatos a serem julgados, desde que alicerçado no conjunto probatório dos autos.

Como deve ser entendido, a produção da prova pericial não pode ser exigida pelo simples desejo das partes e nem tampouco desconsiderada pelo arbítrio do julgador. O CPP português, traz uma prescrição clara a respeito da excep-

²⁷ Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo A. - *Pruebas científicas y verdad el mito del razonamiento incuestionable*. [Em linha]. (s.d.). [17.01.2018]. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/338817655/Gozaeni-Pruebas-Cientificas-y-Verdad>, pp. 1-17, acesso em 10/JAN/2018, p.1, “Una prueba es científica cuando el procedimiento de obtención exige una experiencia particular en el abordaje que permite obtener conclusiones muy próximas a la verdad o certidumbre objetiva”.

²⁸ Cfr. NUCCI, Guilherme de Souza - *Código de processo penal comentado*. 12.ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013, p.388.

²⁹ Cfr. POLASTRI, Marcellus - *Manual de processo penal*. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, pp. 438 e 439. Referenciando Camargo Aranha acrescenta ser a perícia ‘um meio instrumental, técnico-opinativo e alicerçador da sentença, cuja natureza jurídica extravasa a condição de simples meio probatório - um ‘plus’ em relação à prova, porém um ‘minus’ quanto ao *decisium*, portanto, uma posição intermediária entre a prova e a sentença’.

³⁰ Ou “como um ato pelo qual a autoridade procura conhecer, por meios técnicos e científicos, a existência ou não de certos acontecimentos, capazes de interferir na decisão de uma questão judiciária ligada à vida ou à saúde do homem ou que com ele tenha relação”. Cfr. . FRANÇA, Genival Veloso de - *Medicina Legal*. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2017, p. 50.

³¹ Decreto-lei n. 3.689, de 3 de Outubro de 1941.

³² Decreto-lei n. 78/87, de 17 de Fevereiro.

cionalidade e da necessidade dessa prova: “CAPÍTULO VI - Da prova pericial - Artigo 151º A prova pericial tem lugar quando a percepção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”. Por sua vez, o Art. 158, do CPP brasileiro prescreve que: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

Embora a prova pericial não seja superior às demais, posto não existir hierarquia de provas, mas é, com certeza, uma prova especial, ante a necessidade de elucidar determinados fatos que demandam conhecimentos específicos. Em tais circunstâncias, a prova técnica pode ser exigida pela sua especificidade e não por possuir um valor maior³³. Nos dois ordenamentos, Brasil e Portugal, são claras as regras da não vinculação absoluta do magistrado ao laudo pericial³⁴. No entanto, ainda que o juiz não esteja vinculado ao laudo técnico em face do princípio do livre convencimento e da persuasão racional, caso rejeite o laudo, no todo, ou em parte, motivado por erros, omissões, contradições, inobservância de formalidades etc., deverá fundamentar a sua discordância.

5. A prova da influência do estado puerperal

Como visto, nos dois ordenamentos - Brasil e Portugal, o critério adotado pelas leis penais para tipificar de forma privilegiada o homicídio praticado pela mãe contra o filho recém-nascido (crime de infanticídio) foi o fisiopsicológico, em razão de que o fato deve ser praticado durante o parto ou logo após, sob a influência de perturbações físicas e psicológicas (estado puerperal), que tenham acarretado a diminuição da sua capacidade de entendimento. Tais alterações de-

³³ Cfr. PACHELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas - *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 5.ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p.353.

³⁴ Art. 182.º do Código Penal Brasileiro: “O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte” e art. 163.º Código Penal português “1 - O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador. 2 - Sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência.” Explica GOZÁINI, que, embora as conclusões científicas, sérias e irrefutáveis, não vinculem o julgador; afastar-se do seu resultado, sem justificativa razoável e fundada, pode ser um motivo de arbitrariedade ou ilegalidade: “Las pruebas científicas son medios de prueba, y así deben considerarse en el aspecto de la producción efectiva ante los estrados judiciales. La diferencia con otros medios de verificación está en el sistema de apreciación que, por el valor intrínseco de las conclusiones, justamente científicas (serias e irrefutables), no permiten utilizar estándares de libertad como en las demás confirmaciones, porque se parecen demasiado a las antiguas pruebas legales. Es decir, no obligan a seguirlas, pero apartarse de ellas sin justificación razonable y fundada, puede ser un motivo de arbitrariedad o ilegalidad.”, Cfr. GOZÁINI, Osvaldo A. - *Pruebas científicas y verdad el mito del razonamiento incuestionable*. [Em linha]. (s.d.). [17.01.2018]. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/338817655/Gozaeni-Pruebas-Cientificas-y-Verdad>, p.1.

vem ser, necessariamente, decorrentes do puerpério³⁵ - elemento fisiopsicológico, caracterizado por um estado febril, que normalmente se faz presente nas parturientes, variável na sua intensidade de mulher para mulher, podendo influir, consideravelmente, na sua faculdade de discernimento ou de autoinibição.

Exige o tipo penal que o crime seja praticado sob a influência perturbadora do parto, onde a evidência da relação de causa e efeito entre a morte do filho e o estado puerperal faz-se de extrema importância, para que se configure o tipo privilegiado.³⁶

Por se tratar de um crime doloso (direto ou eventual), a vontade livre e consciente deve estar presente na ação da mãe puérpera de matar o próprio filho, ou na aceitação do risco de produzir a sua morte. O infanticídio não admite a forma culposa, razão pela qual deve ser aferido o querer diretamente a morte do filho nascente ou neonato.³⁷

Como lembra Clara Calheiros³⁸, de regra, a ciência adentra nos tribunais através das perícias; partindo daí a necessidade de se analisar sobre “a verdade do direito e a verdade da ciência” e, principalmente, sobre o que “a verdade da ciência pode trazer à verdade do direito”. As modernas tecnologias e as teorias contemporâneas têm lugar garantido no ambiente do processo penal. Mas, como questiona Moraes da Rosa - “qual o padrão de credibilidade dessas novas teorias?” A par da questão, sublinha o autor o “falso endeuamento” do exame de DNA, cujo prodígio decorre muito mais da propaganda que lhe fazem do que mesmo da efetividade dos resultados, onde o aporte do material genético para a cena do crime, talvez como armadilha da cognição, em regra, antecipa a culpa.³⁹

³⁵ Cfr. BITENCOURT, Cezar Roberto - *Código penal comentado*. 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.430.

³⁶ “Ocorre o infanticídio com a morte do recém-nascido, causada logo após o parto pela mãe, cuja consciência se acha obnubilada pelo estado puerperal, que é estado clínico resultante de transtornos que se produzem no psíquico da mulher, em decorrência do nascimento do filho”(TJMT, AC, Rel. Acyr Loyola, RT, 548:348), disponível em: www.bemvin.org/aborto--obstetrcia-forense.html, acesso em 09/Fev/2018.

³⁷ ‘Exige o dolo, porém, na forma de vontade viciada pelas perturbações resultantes da influência do estado puerperal’. Cfr. BITENCOURT, Cezar Roberto - *Código penal comentado*. 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 432.

³⁸ Cfr. CALHEIROS, Clara - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p.138.

³⁹ Realça o autor que drogas, fios de cabelos, armas e material genético podem ser plantados e que, no sistema norte-americano, no que respeita às provas científicas, prevalece o “stantard” probatório denominado “padrão Daubert”. Cfr. ROSA, Alexandre Moraes da - *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 3.ª ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 405.

De outro modo, sendo certo que a tipificação do infanticídio no ordenamento jurídico português e no brasileiro exige a comprovação da influência do estado puerperal para a caracterização do privilégio neste tipo de homicídio, a responsabilidade dessa prova ou evidência, por certo, está à cargo da perícia médico-legal, o que pode ser visto, a depender do tratamento que lhe for dispensado no contexto das demais provas, como uma grande contribuição da ciência para o direito.

No entanto, o que preocupa o jurista é a forte tendência que hoje se constata de, na maioria das vezes, o julgador valorar tão somente as opiniões do perito como fundamento da sua decisão, nos casos em que a prova pericial se faz presente, o que por certo fere o direito da parte à instrução probatória dos fatos.⁴⁰ Como é do conhecimento dos atores do processo, o guia do magistrado é o conjunto de provas que se encontram nos autos; e não, unicamente, o laudo pericial ou o testemunho do perito, aos quais, diga-se, não está vinculado.

O exame pericial no crime de infanticídio, onde, os sintomas do estado puerperal já podem ter desaparecidos quando da avaliação da mãe, visto que, segundo a doutrina médica abalizada trata-se de um período incerto, impossível de mensuração científica, em razão de variar de mulher para mulher, e que, quase sempre não deixa vestígios aos olhos da medicina.

Atribuir um valor superior à prova pericial em relação às demais provas do processo, nesta e em outras situações que se assemelham é uma grave afronta aos princípios fundamentais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, corolários que são do princípio da presunção da inocência, que impõem um amplo debate dialético entre a acusação e a defesa, onde esta, fazendo valer todos os meios legais de provas carreados para os autos perseguirá a inocência da pessoa acusada. De outra forma, não pode prevalecer uma decisão condenatória.

6. A perícia médica e a psicológica no crime de infanticídio

Como se constata na literatura médico-legal, de regra, quem realiza a perícia médica na puérpera é o psiquiatra.

Para Ballone⁴¹, a perícia médica-psiquiátrica é uma espécie de documento com características clínicas-psiquiátricas que atesta a condição mental de uma pessoa, por solicitação da justiça, com a finalidade de auxiliar o magistrado nas situações que escapam ao seu entendimento técnico-jurídico. Em regra, a perícia criminal visa aferir a responsabilidade penal da pessoa, ou seja, verificar se o

⁴⁰ Cfr. CALHEIROS, Clara - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 140.

⁴¹ Cfr. BALLONE, G. J. - *Perícia psiquiátrica forense*. [Em linha]. (s.d.). [10.02.2018]. Disponível em <http://www.psiqweb.med.br>.

examinado por ocasião do fato delituoso (avaliação retrospectiva) apresentava algum transtorno e se tal condição comprometeu a sua capacidade de entendimento e de autodeterminação. Na verdade, a avaliação médico-legal subsidiará o processo com as informações a respeito da imputabilidade, semi-imputabilidade ou inimputabilidade do examinado.

Para França,⁴² estado puerperal é uma “expressão ambígua”, cuja condição ao longo do tempo tem sido contestada e severamente criticada pelos médicos, inclusive considerada por alguns como “mera ficção jurídica”, para justificar o tratamento penal brando, quando, na verdade, a verdadeira razão desse crime está na pressão social que recai sobre a mulher, cuja gravidez afronta a sua honra. O estado puerperal nada mais é do que uma “fantasia”, considerando que sequer pode ter limitado o seu tempo de duração.

Em posição oposta observa Maranhão⁴³ que embora o estado puerperal não se apresente como uma alienação ou uma semialienação, inegavelmente constitui-se em uma situação peculiar, a qual não se pode considerar normal. Trata-se de “um estado transitório, incompleto, caracterizado por defeituosa atenção, deficiente senso-percepção e que confunde o objetivo com o subjetivo”.

A duração do estado puerperal, segundo Pataro, pode variar entre horas ou dias e, quase sempre, regride naturalmente sem deixar qualquer sequelas. Em razão dessas características, a avaliação pericial para comprovar a circunstância torna-se difícil e até certo ponto inócua, pois ao examinar a puérpera os sintomas já podem ter desaparecidos, o que deixará o legista sem elementos para decidir pela existência ou não de uma influência perturbadora do puerpério no momento do crime⁴⁴.

A influência do estado puerperal que eventualmente possa afetar a mãe na hora do parto caracteriza-se, principalmente, pela sua transitoriedade, por se tratar de uma circunstância temporária, com duração variável, cientificamente

⁴² Cfr. FRANÇA, Genival Veloso de - *Medicina Legal*. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2017, pp. 866-867. Para o autor o infanticídio está relacionado às relações “ilegítimas” e em razão disto o problema acompanha a mãe ao longo de todo o período da gravidez, na busca de soluções para se livrar do filho, “fruto das suas relações clandestinas”, cuja solução encontrada é a prática do crime, “devidamente premeditado”, o que se conclui pelos cuidados, dentre outros “de esconder o filho morto, dissimular o parto, tudo isso com frieza de cálculo, ausência de emoção, e, às vezes, requintes de crueldade.”

⁴³ Cfr. MARANHÃO, Odon Ramos - Curso básico de medicina legal. 8.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p.202.

⁴⁴ Cfr. Oswaldo PATARO, apud MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues - *Infanticídio*. Bauru: Edipro, 2001, p.47. A jurisprudência brasileira há muito tempo criou o entendendo de que “o reconhecimento do estado puerperal deve ser interpretado de maneira suficientemente ampla, de modo a abranger o variável período do choque puerperal” (TACRIM-SP –AC- Rel. Fernandes Braga – JUTACRIM 83/383), disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/busca?q=AC+-+Rel.+Almeida+Braga>, acesso em 20/Jan/2018.

impreciso - às vezes efêmero e em outras duradouro, o que, por vezes, torna impraticável a tentativa da sua constatação tão só pelo exame pericial, posto não deixar vestígios. De outro modo, no mais das vezes, o fato típico ocorre em partos clandestinos, sem a presença de testemunhas, situação esta que também dificulta a certeza do diagnóstico, o que leva o juiz à aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, “agraciando um sem número de verdadeiras homicidas”, na opinião de Pedroso⁴⁵.

Alcântara, por sua vez, vislumbra as causas do infanticídio sob um aspecto muito mais social do que propriamente clínico, quando evidencia que, em regra, o crime é praticado por mães que se encontram ao desamparo: “é uma obnubilação mental seguinte ao desprendimento fetal que só se manifesta na parturiente que não recebe assistência, conforto ou solidariedade, e é um quadro mais jurídico do que médico, embora haja algumas explicações etiopatogênicas”⁴⁶.

Roberson Guimarães, médico-legista (especialista em obstetrícia e ginecologia) defende ser fato comprovado que a parturição⁴⁷ provoca uma súbita queda nos níveis de hormônios e alterações no sistema nervoso central. Essa disfunção promoveria estímulos psíquicos com perturbação emocional, como transtorno da personalidade, desintegração temporária do ego, principalmente em situações especiais ou condições extremas, como nas gestações não desejadas, escondidas e partos não assistidos.⁴⁸

É bem verdade que poucos são os registros de infanticídios praticados por mães que deram à luz cercada de carinho e de atenção dos familiares e com todas as condições materiais que o parto requer, como assistência médico-hospitalar adequadas.

⁴⁵ Cfr. PEDROSO, Fernando de Almeida - *Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto*. Rio de Janeiro: Aide, 1995, p.239. Contrariando o entendimento do autor, para os tribunais pátrios: “[...] A influência do estado puerperal é o efeito normal e corriqueiro de qualquer parto. Dada a sua grande frequência, deverá ser admitida sem maior dificuldade”(JUTACRIM 83/383), disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/busca?q=AC++Rel.+Almeida+Braga> [08.02.2018].

⁴⁶ Cfr. RODRIGUES, Alcântara Hermes - *Perícia médica judicial*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1982, pp. 115-116.

⁴⁷ “O terceiro período do parto é o estágio de *parturição*, que se inicia após a expulsão do feto e se caracteriza pelo deslocamento, pela descida e pela expulsão da placenta e membranas para fora das vias genitais”, disponível em <http://www.dicionarioinformal.com.br/significado/parturi%C3%A7%C3%A3o/12946/>, acesso em 12/Fev/2018.

⁴⁸ Cfr. GUIMARÃES, Roberson - *O crime de infanticídio e a perícia médico-legal: uma análise crítica*. [Em linha]. (s.d.). [07.02.2018]. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12991-12992-1-PB.pdf>, p. 4.

No centro dessas inúmeras contradições, faz-se relevante citar Clara Calheiros⁴⁹ quando afirma que a ciência tanto pode oferecer novas possibilidades ao direito, como também suscitar questões e desafios novos, e, por vezes, de natureza complexa. Assim, necessita a ciência de verificabilidade, posto que em si, não é certa, o que reclama a necessidade da apreciação das demais provas pelo julgador.

A propósito, para exemplificar o dilema da incerteza com o qual normalmente as ciências têm que lidar e, também, afastar a ideia das convicções determinísticas, elenca a autora⁵⁰ o problema e a complexidade do diagnóstico das ‘doenças mentais’, para aferição do estado psíquico do acusado no momento da prática de determinado ilícito, o que vem reafirmar as controvérsias dos renomados legistas, quanto à conceituação, à existência e à caracterização do estado puerperal. Não é por acaso que essa abordagem é conhecida na medicina legal como “a cruz dos peritos” ou “*crucis peritorum*”.

No que respeita à perícia psicológica acentua Flávia Jung⁵¹ tratar-se de um meio de prova, que se obtém a partir da avaliação do estado psíquico de um indivíduo, materializado em um laudo objetivamente elaborado e dirigido à autoridade solicitante, com informações de conteúdo técnico que ultrapassam o conhecimento jurídico, cuja finalidade é subsidiar uma decisão judicial. Esclarece, ainda que, embora o Direito exija respostas “imediatas e definitivas”, o laudo psicológico, diferentemente, aponta “tendências e indícios”.

Por sua vez, lembra Matthew Huss que uma avaliação psicológica forense diverge de uma avaliação psicológica tradicional, posto que a primeira se presta a esclarecer e identificar a questão legal e sugerir o que a psicologia forense tem a oferecer em determinado caso. No entanto, poucas não são as críticas de estudiosos alertando que os psicólogos estão sendo cada vez mais solicitados para serem ouvidos nos tribunais. O problema, diz o autor, é que, a rigor, estão mesmo é “assumindo o controle da sala do tribunal” e não somente prestarem testemunhos. O que preocupa é que os psicólogos forenses, que deveriam se manter afastados

⁴⁹ Cfr. CALHEIROS, Clara - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 136 a 138. Realça que o paradigma do determinismo nas ciências é superado a cada dia pelo modelo das probabilidades.

⁵⁰ *Idem*, p. 37. Enfatiza a autora: “uma só conclusão se admite: a que nos encontramos já muito distantes do paradigma da certeza determinística.”

⁵¹ Cfr. JUNG, Flávia Hermann - Avaliação psicológica pericial: áreas e instrumentos. *Especialize*. [Em linha]. Vol. 1 (set 2014), pp. 1-17. [20.01.2018]. Disponível em https://www.google.com/search?q=JUNG%2C+Fl%C3%A1via+Hermann+-+Avalia%C3%A7%C3%A3o+psicol%C3%B3gica+pericial%3A+%C3%A1reas+e+instrumentos.&rlz=1C1CHBD_pt-PTPT834PT834&oq=JUNG%2C+Fl%C3%A1via+Hermann+-+Avalia%C3%A7%C3%A3o+psicol%C3%B3gica+pericial%3A+%C3%A1reas+e+instrumentos.&aqs=chrome..69i57.26-1j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8, pp. 2 e 5.

das questões jurídicas, não estão apenas auxiliando o juiz com os conhecimentos técnicos que possuem; mas, para além disso, “substituindo as suas prerrogativas de tomar decisões”.⁵²

Esclarece Rovinski que o papel do perito na avaliação psicológica é descrever, da forma mais clara e objetiva possível, aquilo que o periciado sabe, entende, acredita ou pode fazer e que no seu mister de auxiliar o poder judiciário não lhe é permitido estabelecer um abreviado resultado que possa indicar a aceitabilidade ou não aceitabilidade jurídica da ação do sujeito periciado.⁵³

De modo geral, a doutrina que se ocupa da perícia psicológica menciona que a interpelação pouco diverge da terapêutica. Os métodos utilizados na psicologia forense devem ser apropriados para o exame dos aspectos relativos à formação da personalidade da pessoa examinada, à cognição, ao grau de inteligência, à percepção da realidade, à lógica e coerência dos seus pensamentos, tudo relacionado às causas ou fatos que levaram à solicitação da avaliação pericial. Quando se trata de puérperas, o profissional, com a técnica de entrevista clínica, avaliará a personalidade e os aspectos psíquicos da mãe, diretamente relacionados ao crime, cujo resultado, agregado às demais provas, inclusive, a da perícia médica, com certeza, contribuirá, sobremaneira, para uma decisão que mais aproxime da verdade.

7. Considerações finais

Desde as mais remotas épocas e nas mais variadas civilizações registra a história casos de mães que matam seus filhos nascentes ou recém-nascido, utilizando-se de meios dos mais variados possíveis, sejam comissivos ou omissivos. Da mesma forma, diversas têm sido as penas cominadas para este tipo de crime, variando da mais cruel, como a pena de morte, prisão perpétua até mesmo à imputabilidade.

No entanto, nos dias atuais e na grande maioria dos ordenamentos jurídicos foi afastado o critério da gravidez desonrosa, que justificava uma pena mais branda, dando lugar à uma causa fisiopsicológica, surgindo daí a tipificação do “Infanticídio”, como um “homicídio privilegiado”, para os casos em que a mãe, sob a influência perturbadora em razão do parto – influência do estado puerperal, mata o próprio filho, durante o parto ou logo após, não mais se justificando o critério da honra, da vergonha.

⁵² Cfr. HUSS, Matthew T. - *Psicologia forense: prática clínica e aplicações*. [Em linha]. (s.d.). [10.02.2018]. Disponível em https://kupdf.com/.../psicologia-forense-huss-matthew-t_59c55cce08bbc5f7236871b1_p, pp. 42 e 75.

⁵³ Cfr. ROVINSKI, Sonia Liane Reichert - *Dano psíquico em mulheres vítimas de violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 77.

A grande questão está na comprovação desse estado perturbador a justificar o privilégio neste crime, pois, não comprovado, o crime será de homicídio.

Com esta mudança de critério, a prova, na verdade, saiu do espaço jurídico para a seara da ciência: responsabilidade da perícia médica e psicológica. Quanto a esta, não se vislumbra grandes problemas, posto que não cabe à psicologia forense adentrar em questões que possam afirmar ser um periciado culpado ou inocente. Já a perícia médica, esta sim, causa preocupações, pois a literatura não diverge quanto à impossibilidade de se determinar um período exato de permanência do estado puerperal, o que pode variar de horas até dias. Na maioria dos casos, quando a mãe é atendida pelo legista os sintomas perturbadores do parto já desapareceram, o que dificulta a sua comprovação.⁵⁴

Além do mais, não são poucos os legistas que repudiam a existência dessa influência do estado puerperal na mulher, ao ponto de tratá-la como “fantasia” ou mera “ficção jurídica”, que a lei decidiu “criar” com o fim de abonar a conduta da mãe que mata o próprio filho.

No entanto, vários são os estudos que têm comprovado esta excepcional condição do puerpério, que pode afetar em muito a capacidade de senso-percepção de algumas mulheres no momento do parto, que na maioria dos casos encontram-se sob forte pressão, deixando-as num estado de semialienação, prejudicando ou diminuindo a sua capacidade de agir livremente.

O médico-legista Roberson Guimarães publica uma pesquisa ‘sobre uma avaliação médica em 53 mulheres acusadas de infanticídio no Rio de Janeiro. Que, em resumo, foi este o resultado: 88,2% das 53 mulheres examinadas eram solteiras, 94,1% mantinham gravidez em segredo e a totalidade teve parto sem assistência, além da clara necessidade que a maioria apresentava de atendimento psiquiátrico, entre outros problemas.⁵⁵

Nos Estados Unidos, dezesseis mulheres acusadas da prática de infanticídio foram investigadas de forma sistematizada. Relata o trabalho que dez eram caucasianas, cinco afro-americanas e uma asiática e que suas idades variavam de 15 a 40 anos. As dezesseis apresentaram diagnóstico de negação da gestação, negligência emocional, além de parto não assistido em razão da gravidez secreta. Nas entrevistas apresentaram comportamento infantil e indiferente, além de des-

⁵⁴ “A autoridade judiciária ao interpelar o perito, com respeito a suposta autora de infanticídio, geralmente elabora o seguinte quesito: Ela encontrava-se em estado puerperal quando cometeu o delito? Ao perito caberá, a nosso ver duas possibilidades de resposta: sim, quando ficar patente o diagnóstico psicodinâmico de Transtorno de Estresse Agudo, ou, sem elementos quando da impossibilidade de se estabelecer esse diagnóstico”. Cfr. GUIMARÃES, Roberson - *O crime de infanticídio e a perícia médico-legal: uma análise crítica*. [Em linha]. (s.d.). [07.02.2018]. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12991-12992-1-PB.pdf>, p. 4.

⁵⁵ *Ibidem*.

personalização, negação, alucinações dissociativas, história de trauma sexual infantil e abuso físico. Todas relataram que ‘se visualizavam’ no momento do parto. Algumas delas experimentaram alucinações dissociativas como comentários internos de vozes críticas e argumentativas e a quase totalidade experimentou estados de amnésia. Outras, relataram sintomas psicóticos associados à criança. No entanto, não conseguiam explicar o bebê morto. Algumas delas sugeriram um nível elevado de patologia dissociativa; outras, apresentaram transtorno de personalidade antissocial com altos escores, sugerindo má formação. Dentre as ações estranhas praticadas pelas mães investigadas, incluem-se voltar para a cama com o filho morto, mantê-lo com roupas e até guardando-o e transportando-o dentro de uma mochila.⁵⁶

A influência do estado puerperal é fato inegável⁵⁷, embora tenha que se concordar com a alegada dificuldade da sua comprovação, mesmo porque, quando a mãe tem a oportunidade de ser examinada, horas ou dias já se passaram do momento do fato. Em regra, são mães pobres, sem as condições mínimas, que dependem da inércia estatal para serem atendidas.

A questão está na presença cada vez mais frequente dos peritos nas salas das audiências e na tendência crescente de o magistrado decidir com base em laudos e testemunhos periciais, sem o necessário cotejo com outras provas, o que retira das partes o direito à participação no debate probatório, ante o desprezo pela fase processual da cognição; a resultar, por óbvio, na prevalência da prova pericial nas decisões judiciais.

No infanticídio, têm-se uma puérpera que cometeu um crime em condições excepcionalíssimas, mas que fica a mercê, quase sempre, de uma decisão com fundamento tão só em um parecer técnico, de regra, médico, que não retrata, na maioria dos casos, as reais condições físicas e psicológicas dessa mulher, no momento da ocorrência do fato.

⁵⁶ Cfr. SPINELLI, Margaret G. - A systematic investigation of 16 cases of neonaticide. *The American Journal of Psychiatry*. [Em linha]. (01.05.2001). [12.02.2018]. Disponível em <https://ajp.psychiatryonline.org/doi/full/10.1176/appi.ajp.158.5.811>.

⁵⁷ A par desta incontestável realidade, tramita no Congresso Brasileiro, na sua fase final de aprovação, o Projeto de Lei n. 98/2018, que “Dispõe sobre a avaliação psicológica de gestantes e puérperas”, nos termos seguintes: “Art. 1º Toda gestante, durante a realização do pré-natal, deverá ser submetida a avaliação psicológica com o intuito de se detectar a propensão ao desenvolvimento de depressão pós-parto, considerados os fatores de risco. Art. 2º As gestantes identificadas como propensas ao desenvolvimento da depressão pós-parto serão imediatamente encaminhadas para aconselhamento e psicoterapia. Art. 3º Toda puérpera, entre 48 (quarenta e oito) horas e 15 (quinze) dias após o parto, deverá ser submetida a avaliação psicológica. Art. 4º As puérperas que apresentarem indícios de depressão pós-parto deverão ser imediatamente encaminhadas para acompanhamento adequado, de acordo com as normas regulamentadoras”. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134466>, acesso em 14/FEV/2018.

Nesse contexto, em total afronta aos princípios formadores do devido processo legal, o que se manifesta são decisões arbitrárias, que ferem às regras do processo constitucional acusatório, que assegura, além de outras garantias, o direito à participação em audiência, a ampla defesa e ao contraditório. Ademais, como já demonstrado, faz-se de extrema necessidade a perícia psicológica no infanticídio, e não só a médica, como usualmente ocorre, cujo laudo deverá integrar o contexto das demais provas, para melhor esclarecer toda a dinâmica que motivou o fato.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy - *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. ISBN: 9788520348789.

BALLONE, G. J. - *Perícia psiquiátrica forense*. [Em linha]. (s.d.). [10.02.2018]. Disponível em <http://www.psiqweb.med.br>.

BITENCOURT, Cezar Roberto - *Código penal comentado*. 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. ISBN 9788502626508.

CALHEIROS, Clara - *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. ISBN 978-989-96672-5-9.

DIAS, Jorge de Figueiredo - *Comentário conimbricense do código penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 9789723220612.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho - *Código de processo penal comentado*: arts. 1º a 393.º. 13.ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 8502060899.

FRANÇA, Genival Veloso de - *Medicina Legal*. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2017. ISBN 978-85-277-3227-7.

GOZAÍNI, Osvaldo A. - *Pruebas científicas y verdad el mito del razonamiento incontestable*. [Em linha]. (s.d.). [17.01.2018]. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/338817655/Gozaeni-Pruebas-Cientificas-y-Verdad>.

GUIMARÃES, Roberson - *O crime de infanticídio e a perícia médico-legal: uma análise crítica*. [Em linha]. (s.d.). [07.02.2018]. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12991-12992-1-PB.pdf>.

HUSS, Matthew T. - *Psicologia forense: prática clínica e aplicações*. [Em linha]. (s.d.). [10.02.2018]. Disponível em https://kupdf.com/.../psicologia-forense-huss-matthew-t_59c55cce08bbc5f7236871b1_p.

JESUS, Damásio E. de - *Direito penal: parte especial*. 13.^a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. ISBN 978-85-02-11331-2. Vol. 2.

JUNG, Flávia Hermann - Avaliação psicológica pericial: áreas e instrumentos. *Especialize*. [Em linha]. Vol. 1 (set 2014), pp. 1-17. [20.01.2018]. Disponível em https://www.google.com/search?q=JUNG%2C+Fl%C3%A1via+Hermann+-+Avalia%C3%A7%C3%A3o+psicol%C3%B3gica+pericial%3A+%C3%A1reas+e+instrumentos.&rlz=1C1CHBD_pt-PTPT834PT834&oq=JUNG%-2C+Fl%C3%A1via+Hermann+-+Avalia%C3%A7%C3%A3o+psicol%C3%B3gica+pericial%3A+%C3%A1reas+e+instrumentos.&aqs=chrome..69i57.26-1j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues - *Infanticídio*. Bauru: Edipro, 2001. ISBN 8572833145.

MARANHAO, Odon Ramos - *Curso básico de medicina legal*. 8.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. ISBN 857420059X.

MONTE, Mário Ferreira - *Direito processual penal aplicado*. Braga: Associação de Estudantes de Direito da Universidade do Minho, 2017. ISBN 978-989-95963-9-9.

NUCCI, Guilherme de Souza - *Código de processo penal comentado*. 12.^a ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013. ISBN 978-85-309-6910-3 1.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas - *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 5.^a ed. rev. atual. São Paulo: Editora Atlas, 2013. ISBN 9788597019858.

PEDROSO, Fernando de Almeida - *Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. ISBN 8532101186.

POLASTRI, Marcellus - *Manual de processo penal*. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010. ISBN 9788537506370.

QUEIJO, Maria Elizabeth - *O direito de não produzir provas contra si mesmo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. ISBN: 00348007.

RODRIGUES, Alcântara Hermes - *Perícia médica judicial*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1982. ISBN 8527711451.

ROSA, Alexandre Moraes da - *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 3.^a ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROSA, Antônio José Miguel Feu, - *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. ISBN:85-203-1289-6.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert - *Dano psíquico em mulheres vítimas de violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. ISBN 857387547X 9788573875478.

RUÇO, Alberto Augusto Vicente - Prova indiciária: por que razão um facto é um indício de outro facto ou base de uma presunção. *Revista Julgar*. Lisboa. ISBN 9781646685370. Número especial (2014), pp. 39-58

SPINELLI, Margaret G. - A systematic investigation of 16 cases of neonaticide. *The American Journal of Psychiatry*. [Em linha]. (01.05.2001). [12.02.2018]. Disponível em <https://ajp.psychiatryonline.org/doi/full/10.1176/appi.ajp.158.5.811>.



Universidade do Minho
Escola de Direito



Título: Estudos de Direito, Ciência e Prova

Edição: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (JusGov)
Escola de Direito da Universidade do Minho

Comissão Científica: Maria Clara Calheiros
Grupo de Investigação Laboratório da Justiça (JusLab) do Centro de Investigação em
Justiça e Governação (JusGov)

Data: Novembro 2019

ISBN: 978-989-54587-0-7