

O QUE HÁ DE SINGULARMENTE PROBLEMÁTICO NA INJUSTIÇA EPISTÊMICA POR EXCESSO DE CREDIBILIDADE AO TESTEMUNHO DO ESPECIALISTA?

Michael Guedes da Rocha

Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas pelo PPGD-UFRJ
Bacharel em Direito pela UFRJ
Pesquisador do projeto “Quando a justiça ignora a ciência”,
financiado pelo Instituto Serrapilheira
Advogado criminalista
Dedicado à epistemologia aplicada aos tribunais
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8515-1120>
e-mail: guedes_michael@outlook.com

Recebido em: 08/01/2023

Aprovado em: 05/12/2023

RESUMO

O testemunho de especialistas é objeto de expressiva atenção pelos estudiosos da prova em virtude de suas notáveis particularidades em comparação com as demais formas de testemunho. Este artigo dedica-se a apresentar os reflexos dessas particularidades em contextos em que esse testemunho recebe credibilidade excessiva, configurando uma injustiça epistêmica. Para isso, em primeiro, são feitas considerações que explicam o porquê da adequação de categorizar o excesso de credibilidade como um caso de injustiça epistêmica. Em segundo, aborda-se o que há de singularmente problemático nesse cenário. Em terceiro, as consequências práticas dessa singularidade são analisadas a partir de um caso real de prisão de inocente (Daniele Toledo). Por fim, observações são feitas sobre o que se identifica como apropriado para avançar na contenção dessa forma ímpar de injustiça epistêmica.

Palavras-chave: injustiça epistêmica; testemunho de especialistas; excesso de credibilidade.

WHAT IS SINGULARLY PROBLEMATIC ABOUT THE EPISTEMIC INJUSTICE FOR CREDIBILITY-EXCESS OF EXPERT TESTIMONY?

ABSTRACT

The testimony of experts is the object of significant attention by scholars of evidence law because of its notable particularities compared to other forms of testimony. This article is dedicated to presenting the reflections of these particularities in contexts in which this testimony receives credibility-excess, configuring an epistemic injustice. For this, first, considerations are made that explain why it is appropriate to categorize credibility-excess as a case of epistemic injustice. Second, it addresses what is uniquely problematic in this scenario. Third, the practical consequences of this singularity are analyzed based on a real case of the arrest of an innocent person (Daniele Toledo). Finally, observations are made about what is identified as appropriate for advances in containing this unique form of epistemic injustice.

Keywords: epistemic injustice; expert testimony; excess credibility.

1 INTRODUÇÃO

E quando vem a tarefa de avaliar o valor do testemunho de um especialista em um contexto judicial, nós temos de lidar, não apenas com as complicações da apreciação do testemunho que lidamos no contexto cotidiano, não apenas com as complicações da apreciação do testemunho de um especialista em contextos normais, e não apenas com as complicações da apreciação do testemunho em contextos judiciais, mas, sim, com todas estas complicações juntas; além de outras novas complicações.
(Haack, 2020, p. 15, tradução livre)

Talvez, não existam palavras mais apropriadas do que as de Haack, com as quais se inicia este artigo, quando o objetivo é enfatizar as singulares dificuldades de avaliação do testemunho de especialistas¹ em contextos judiciais. Como se compreende dos termos da autora, o julgador tem de lidar não apenas com os empecilhos à correta determinação dos enunciados sobre os fatos com base em testemunho em contextos normais, como também com as particularidades decorrentes de ter de apreciar racionalmente² declarações que estão sustentadas em informações técnico-científicas as quais não possui.

O propósito deste trabalho é conceder atenção a tal testemunho de especialistas e investigar os desafios específicos dele resultantes sob as lentes do conceito de injustiça epistêmica, originalmente apresentado por Miranda Fricker, em obra de 2007, *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. No referido livro, Fricker (2007, p. 1-5) explica que uma injustiça epistêmica ocorre quando alguém é injustiçado em sua capacidade como sujeito de conhecimento, podendo a injustiça epistêmica ser de dois tipos: injustiça testemunhal e injustiça hermenêutica.

Segundo a autora, a *injustiça testemunhal* ocorre quando um falante tem sua credibilidade deflacionada, não em virtude da qualidade de sua narrativa, mas, sim, por força de um preconceito identitário. Preconceito identitário é aquele que rastreia o indivíduo de forma sistemática por ser relacionado a sua própria identidade social, como a ideia de que mulheres são irracionais, negros são inferiores a brancos em termos intelectuais (preconceitos de valência negativa), ou, ainda, que orientais são astutos (preconceito de valência positiva).

¹ Estou utilizando, nesse artigo, uma noção de testemunho própria da epistemologia (não do Direito). Para a epistemologia, testemunho é toda forma de comunicação cujo objetivo é repassar informação sobre algo. Nesse sentido, é um conceito mais amplo do que o jurídico, que me permite tratar também as considerações dos responsáveis por trazer matéria técnico-científica ao processo — os especialistas — como testemunho. Sobre mais dessa diferença de sentidos de testemunho para a epistemologia e para o Direito, ver Ramos (2018, p. 58-61).

² A avaliação racional, em contexto de determinação dos fatos, é aquela norteadas por preocupações epistêmicas. Uma decisão sobre o enunciado fático é racional, portanto, se alinhada ao compromisso de aproximar o processo da realidade externa a ele. Isso, claro, pressupõe a existência de um mundo existente e independente externo ao processo. Sobre mais dessa noção de racionalidade, ver Ferrer Beltrán (2021, p. 99-ss).

Se, por exemplo, um policial deflaciona a credibilidade concedida ao testemunho de um homem negro apenas em virtude de ele ser negro configura-se uma injustiça epistêmica testemunhal (Fricker, 2007, p. 23-27).

A consequência principal de uma injustiça testemunhal é que uma informação que seria passada não o é. Além disso, uma vítima constante de injustiça testemunhal pode perder a confiança em si própria como sujeito conhecedor, vindo a, dessa forma, efetivamente, perder conhecimento, com inibição de sua própria identidade enquanto indivíduo (na medida em que começa a se comportar conforme seu próprio estereótipo) (Fricker, 2007, p. 43-59).

Já a *injustiça hermenêutica* se dá quando, em consequência de uma lacuna interpretativa coletiva, uma pessoa é posta numa situação de desvantagem quando esta tem de fazer sentido a uma experiência vivenciada. A ausência de um conceito como o de assédio sexual numa sociedade em que você o sofre dá brecha a essa forma de injustiça epistêmica, diante da impossibilidade de se utilizar dessa expressão para dar significado ao experienciado. De igual modo ocorre ao se pensar na depressão pós-parto antes que esse conceito se tornasse disponível. Em contextos como esses, apesar da lacuna existir para ambos os lados, apenas um deles é prejudicado, sendo este lado prejudicado a vítima da injustiça hermenêutica (Fricker, 2007, p. 147-152).

As atenções desse artigo serão voltadas à injustiça epistêmica testemunhal, porque é nela que se atribui zelo ao testemunho do falante (o qual é objeto de concentração nesse trabalho). A pergunta norteadora é a mesma que dá nome ao texto: O que há de singularmente problemático na injustiça epistêmica por excesso de credibilidade ao testemunho do especialista? Por “singular”, convém esclarecer de partida, entendem-se os especiais desafios de enfrentamento os quais o sistema de justiça tem de lidar nesse cenário, mas não em outros contextos de injustiça epistêmica.

A pergunta manifesta sua pertinência na medida em que o testemunho de um especialista tem particularidades que não podem ser ignoradas em comparação às demais formas de testemunho. O artigo, dessa forma, com suporte de material bibliográfico, chama atenção a tais especificidades e os desafios daí resultantes, bem como oferta caminhos iniciais à solução, quando este testemunho acaba por resultar numa injustiça testemunhal no contexto processual.

Responder à pergunta norteadora e mensurar adequadamente as consequências da resposta proposta requer alguns passos. Em “2”, concentro-me na injustiça epistêmica testemunhal, explicando, com fundamento nos complementos de José Medina e Jennifer Lackey, o porquê da pertinência do tratamento do caso de excesso de credibilidade ao

especialista como de injustiça epistêmica — embora, como mencionado anteriormente, o conceito original de Fricker faça referência apenas a déficit, não a excesso de credibilidade. Em “3”, desenvolvo a questão sugerida previamente, defendendo que o problema singular desse tipo de injustiça epistêmica está relacionado ao conteúdo incompreensível do testemunho o qual se tem de avaliar. Em “4”, abordo algumas consequências práticas do anteriormente posto para o contexto de investigações e processos brasileiros, a partir da análise de um caso real que envolve injustiça epistêmica testemunhal por credibilidade indevida ao testemunho de especialistas — o de Daniele Toledo. Por fim, em “5”, faço algumas considerações sobre o norteador a ser observado para sanar esse tipo de injustiça epistêmica, tendo em conta suas particularidades.

2 POR QUE O EXCESSO DE CREDIBILIDADE TAMBÉM GERA INJUSTIÇA TESTEMUNHAL?

Fricker (2007, p. 17) explica que, amplamente falando, são duas as formas de disfunção da concessão de credibilidade. Um falante pode receber menor credibilidade do que deveria, gerando um déficit de credibilidade; ou um falante pode ganhar maior credibilidade do que o apropriado, acarretando um excesso de credibilidade. Ambas as formas de anomalia contradizem a obrigação de um ouvinte de atribuir ao seu interlocutor a credibilidade correspondente à evidência³ que se dispõe.

Argumenta, ainda, que ambos os casos de disfunção de concessão de credibilidade podem gerar vantagens e desvantagens. O cenário em que um falante não recebe credibilidade, por exemplo, embora em regra traga malefícios, pode trazer a vantagem de que este se livre de uma acusação de assassinato por ser considerado idiota demais para cometer um crime. No outro lado, o contexto em que o falante recebe credibilidade em excesso, em que pese em geral ser benéfico, pode trazer prejuízos, por exemplo, a um professor que quer receber críticas construtivas de um orientando mas fica sem elas em virtude de seu orientando ser incapaz de criticar o trabalho de alguém que considera seu mestre (Fricker, 2007, p. 18-19).

Ainda assim, conclui a autora, o excesso de credibilidade não gera uma injustiça testemunhal. Essa injustiça distintamente epistêmica ocorre, esclarece, quando um falante tem sua condição de sujeito cognoscente *insultada*, minando-o enquanto indivíduo capaz de

³ Utilizarei as expressões “evidência” e “prova” como sinônimas nesse artigo. Em ambos os casos farei referência a um *dado que confirma ou nega a ocorrência de um fato*. Para uma discussão mais ampla, abordando a polissemia da palavra “prova”, ver Gomes Filho (2005, p. 306-310).

colaborar como informante. Claramente, no exemplo anterior, o professor não está sendo insultado com respeito à sua capacidade como conhecedor. Ao contrário, contextos de excesso de credibilidade *superestimam* os falantes enquanto informantes (Fricker, 2007, p. 20). Pensando no contexto do processo, um especialista que recebe maior credibilidade do que lhe é devida pelas conclusões periciais que apresenta não é desrespeitado enquanto ente cognoscente, mas, sim, supervalorizado.

Segundo a autora, o único caso que fugiria a essa regra de que o excesso não gera injustiça testemunhal seria o que considera um caso especial (não central, como é o de déficit de credibilidade) no qual um falante recebe, por consecutivas vezes, credibilidade em excesso. Nessas situações, por consequência dessas *cumulativas* recepções de crédito indevido, o falante tem por tendência perder o auto criticismo e fechar sua mente, vindo a ser elevado à qualidade de ignorante e idiota, e, assim, sendo de fato injustiçado enquanto sujeito cognoscente (Fricker, 2007, p. 20-21).

Medina (2011, p. 16-17), entretanto, apresenta argumentos para fundamentar sua discordância com Fricker os quais se entende aqui como adequados para justificar a extensão do conceito de injustiça testemunhal também para cenários de credibilidade em excesso (não somente nesse caso especial). O motivo de tal ampliação do alcance do conceito está ligado, de acordo com o autor, primeiro, à percepção de que uma injustiça testemunhal não se confina a um único momento, mas, sim, tem uma trajetória temporal que não pode ser ignorada, devendo-se conceder atenção a um contexto maior. E, em segundo, o prejuízo decorrente de tal injustiça nem sempre é imediato e diretamente perceptível.

Medina (2011, p. 19-22) prossegue, apontando que Fricker foca no falante que sofre injustiça epistêmica, deixando de considerar os prejuízos resultantes do excesso que se manifestam ao se avaliar para além deste falante, os quais se exteriorizam em muitas outras formas. Afinal, segundo o autor, julgamentos de credibilidade afetam não apenas falante e ouvinte como também outros interlocutores envolvidos nessa interação, ainda que indiretamente. Ou seja, ao se atribuir determinado grau de credibilidade a um indivíduo, automaticamente, este é tomado como mais, menos ou igualmente confiável do que outros.

Lackey (2018, p. 12-16) segue com justificativa próxima a de Medina, reconhecendo o excesso de credibilidade como um caso de injustiça epistêmica. A autora também chama atenção aos demais membros do contexto conversacional. Aborda, ainda, o próprio cenário de uso de informações provenientes de especialistas em processos judiciais como uma situação na qual frequentemente se observa uma injustiça epistêmica. Isso na medida em que as palavras de especialistas recebem, nessas circunstâncias, uma massiva credibilidade, não

importando o quanto possam existir provas que conflitem com seu relato — produzindo-se assim a chamada visão de túnel epistêmica.

Dadas essas considerações, pode-se sintetizar que a adequação de falar em injustiça testemunhal por excesso de credibilidade decorre de serem diversas as vezes em que, em virtude do excesso de crédito a um falante, outro ou outros falantes são descredibilizados, e, por consequência, são injustiçados enquanto sujeitos de conhecimento. O cenário judicial que aqui nos interessa é especialmente apropriado para a visualização dessas reflexões na medida em que, por exemplo, ao se inflacionar o crédito à palavra de um especialista que advoga em favor da hipótese acusatória, automaticamente, a hipótese sustentada pela parte oposta tem sua credibilidade deflacionada.⁴

Talvez o único contexto no Direito que fuja a essa regra seja aquele em que não existe, de forma tão nítida, partes em conflito, mas, sim, um especialista é consultado, por exemplo, para se manifestar sobre os chamados fatos gerais discutidos ao se pensar no pressuposto fático de uma norma ou se problematizar seu alcance em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Nesses cenários, entretanto, ainda que não se visualize a deflação de imediato, em geral, existem outros especialistas que, direta ou indiretamente, terão sua credibilidade reduzida em virtude da recepção indevida de crédito. Ou seja, mesmo em circunstâncias como essa, por uma perspectiva holística, pode-se verificar uma injustiça testemunhal.

É um passo importante à compreensão do artigo entender que a injustiça testemunhal também é gerada em contextos de excesso. Ademais, ponderações adicionais precisam ser feitas para demonstrar que tal excesso de crédito aos especialistas não só configura injustiça epistêmica como impõe um desafio *singular* a ser enfrentado.

3 O QUE HÁ DE SINGULARMENTE PROBLEMÁTICO NO CASO DE EXCESSO DE CREDIBILIDADE AO ESPECIALISTA?

O singular desafio a ser superado diante de contextos em que ocorre injustiça epistêmica por excesso de credibilidade ao especialista pode ser observado ao se analisar o quadro enfrentado após se tentar aplicar as soluções para injustiças testemunhais em sua generalidade. Nesse sentido, seguem, primeiro, considerações a esse respeito.

Fricker (2007, p. 83-85) explica que a injustiça testemunhal apenas pode ser

⁴ Para contato com um exemplo brasileiro que demonstra apropriadamente essas ideias, ver a análise do conceito de injustiça epistêmica aplicado ao processo de Cleber Michel Alves, em Rodas, Castelliano e Herdy (2021).

suplantada pelo desenvolvimento de uma capacidade de resistir ao efeito de preconceitos na avaliação do testemunho, através de constante esforço crítico. Nesse sentido, a virtude que serve à contenção dessa injustiça — a justiça testemunhal — seria alcançada pela habilidade do ouvinte de, ao detectar o reflexo de preconceitos na determinação da credibilidade, *corrigir* ou *neutralizar* seus efeitos. Isso significa dizer que o “ouvinte responsável” seria aquele que, através da prática contínua, conseguiria identificar a repercussão do preconceito e conceder credibilidade compensatória (correção), ou, na impossibilidade dessa compensação, ao menos paralisar o impacto do preconceito (neutralização), mesmo que não consiga efetivamente corrigi-lo (Fricker, 2007, p. 91-92).

Ademais, como admite Fricker (2007, p. 98), tal virtude não é facilmente alcançada tendo em vista todo um percurso histórico que mostra a força dos preconceitos. Existem, também, razões adicionais que tornam desafiador pensar tal virtude especialmente no contexto de um processo judicial. Afinal, há de se lidar, nessas circunstâncias, não apenas com os problemas relacionados à avaliação da credibilidade da testemunha em cenários comuns, como também com os decorrentes de uma conjuntura na qual existem partes interessadas na vitória da causa e regras, procedimentos e compromissos diversos orientando os diferentes momentos probatórios⁵.

Pensando na injustiça testemunhal por deflação indevida da credibilidade à palavra da mulher, do homem negro ou na inflação incorreta do crédito ao depoimento do policial ou do especialista, não pode o ouvinte responsável deixar de considerar que testemunhas podem estar, efetivamente, mentindo, terem falsas percepções da realidade e/ou que o testemunho pode, simplesmente, não ser juridicamente admissível.

Ainda, investigadores, jurados e juízes não devem ignorar que, embora a busca da verdade desempenhe papel estrutural no contexto de um Estado que busca o êxito no controle de seus destinatários,⁶ ela não é tudo que interessa num procedimento judicial. Assim, por todos esses fatores, percebe-se como notavelmente árdua a tarefa de compatibilizar a credibilidade concedida com a evidência que se dispõe e, conseqüentemente, evitar injustiças epistêmicas testemunhais.

Quando falamos sobre o testemunho de especialistas, é apropriado somar pelo menos duas razões de preocupação: *a dependência epistêmica do julgador* em relação ao especialista e o fenômeno do *paradoxo da especialidade*. Ambas tornam ainda mais laboriosa a

⁵ Os momentos dos quais se faz referência são: (i) formação do conjunto probatório; (ii) valoração da prova; e (iii) a tomada de decisão sobre os fatos provados, conforme Ferrer Beltrán (2021, p. 61-72).

⁶ A ideia brevemente desenvolvida aqui, de que há importância na busca da verdade num processo como requisito para o êxito do controle estatal, é uma versão simplificada do exposto por Ferrer Beltrán (2021, p. 44-45).

incumbência de alinhar credibilidade e evidência.

Em relação à primeira razão, há de se considerar que, como explica Vázquez (2021, p. 85), o julgador responsável pela formulação do enunciado fático é alguém epistemicamente dependente do especialista. O que justifica a presença dos especialistas no ambiente do processo é, exatamente, estarem na condição de autoridade epistêmica diante dos julgadores, pois estes desconhecem as informações técnico-científicas que aqueles dispõem. Como expressa Herdy (2019, p. 30-31), a autoridade epistêmica, diferentemente de uma autoridade política (na qual há igualdade entre quem comanda e quem é comandado), baseia-se numa situação de desigualdade, em que há um que sabe e outro que não sabe, cabendo ao primeiro informar ao segundo, que é ignorante.

No que diz respeito à segunda razão, há de se levar em conta a inacessibilidade cognitiva das inferências realizadas pelos especialistas e dos argumentos delas provenientes⁷. Especialistas pouco se fazem compreensíveis num contexto em que é de vital importância a avaliação racional da evidência por eles apresentada. O fenômeno do paradoxo da especialidade faz referência exatamente a essa *perda de consciência* por parte dos especialistas em relação à complexidade envolta em suas próprias inferências e, conseqüentemente, nos argumentos que expõem para sustentar seus testemunhos. Dessa forma, tal paradoxo da especialidade:

[...] refere-se à incapacidade dos especialistas em descrever o processo no qual se envolvem sem pensamento consciente. Além disso, como os especialistas geralmente não têm consciência de seus próprios processos cognitivos (como especialistas, eles usam esses processos automaticamente), eles não conseguem descrever o que estão fazendo porque isso os parece óbvio demais para mencionar. (Christensen, 2008, p. 60-61, tradução livre).

Tais duas razões somadas permitem chegar à conclusão de que existe uma dificuldade ímpar em contextos de avaliação de provas periciais que não pode deixar de receber atenção redobrada. Com isso, quero dizer que aqueles que desejam avaliar adequadamente a credibilidade devida a um especialista terão de lidar não apenas com todas as dificuldades antes mencionadas como, também, com os problemas derivados da necessidade de apreciação de um testemunho cujo conteúdo é incompreensível.

Isto que há de singularmente problemático na injustiça epistêmica por valorização

⁷ Estou considerando aqui a diferença entre “inferência” e “argumento” que, a rigor, é sustentada pela Lógica, ou seja, não estou utilizando ambas as palavras como sinônimas. Como explica Salmon, a inferência diz respeito a uma atividade psicológica na qual a partir de provas são alcançadas certas conclusões. O ato de pensar e raciocinar consiste pelo menos em algum grau, sempre, no exercício de inferir. Por outro lado, um argumento é uma entidade linguística. Ao enunciar as provas e conclusão utilizadas em uma inferência, tal inferência se converte em um argumento. Sobre isso, ver Salmon (2010, p. 4-5).

acima do devido à palavra do especialista: *diferentemente de todas as outras situações de troca testemunhal, como o caso em que a evidência é o testemunho de uma parte, de um terceiro, de um policial, cujo conteúdo se compreende, o “ouvinte responsável”, dedicado a avaliar corretamente o testemunho do especialista, tem de dar credibilidade compatível com a evidência que dispõe sem nem mesmo entendê-la.*

Nesse sentido, verifica-se que a autocrítica constante e o exercício de tentar detectar o efeito de preconceitos de valência positiva sobre o especialista não são suficientes para conter essa forma de injustiça epistêmica. Distintamente dos outros cenários, para que uma injustiça epistêmica por excesso de crédito ao especialista seja freada, algo tem de ser feito para viabilizar a avaliação racional da evidência que nem mesmo se compreende. Apenas após isso se pode pensar em compensação ou neutralização do impacto dos preconceitos, porque somente em seguida a isso é possível, verdadeiramente, saber em que medida o preconceito está afetando a atribuição de credibilidade ao especialista.

Mas quais as consequências práticas da identificação dessa singular dificuldade nesse caso de injustiça epistêmica? A isso sigo agora, com apresentação e análise de um caso concreto.

4 CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS PARA O CENÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DE CASO

Possivelmente, o caso mais conhecido e oportuno para enfatizar os resultados catastróficos do mau emprego da ciência no Brasil seja o de Daniele Toledo, injustamente acusada de assassinar a própria filha, Victória, de um ano e três meses, com cocaína na mamadeira. Daniele foi presa com base num exame preliminar de drogas — o *blue test* — que teria detectado cocaína no pó branco presente na boca e mamadeira de sua filha.⁸

A injustiça se deu porque o *blue test* utilizado como exame preliminar, na realidade, dava positivo para toda substância com terminação -ina (como novalgina, cafeína etc.), tendo-se deduzido que era cocaína. Foi apenas em posterior teste definitivo realizado que se verificou que os elementos contidos no pó branco não eram cocaína, mas, sim, barbitúricos e diazepínicos (Daniele misturava o remédio para a doença da qual sua filha sofria na mamadeira com o leite) (Toledo, 2016, p. 106-109).

Ainda assim, antes dos resultados dos testes definitivos, que deram negativo para

⁸ Todas as considerações até aqui feitas sobre o caso de Daniele Toledo, bem como as demais à frente, foram escritas com base em livro de sua autoria, no qual conta toda sua história: Toledo (2016, p. 48-52).

cocaína em “todas as instâncias”⁹, com base apenas no teste preliminar de drogas, cuja fiabilidade probatória é ínfima, Daniele foi presa por 37 dias. Nesse tempo presa, foi agredida, numa noite, por 19 presas, tendo o maxilar, escápula e clavícula fraturados, traumatismo intracraniano e rompimento do nervo ótico e do ouvido (o último, por terem lhe martelado uma caneta bic no ouvido com o auxílio da sola de um chinelo) (Toledo, 2016, p. 56-63).

O caso de Daniele, entretanto, não reflete apenas um contexto em que houve mau emprego da ciência como também um cenário em que ocorreu injustiça epistêmica testemunhal. As considerações baseadas no teste preliminar de drogas — de que Daniele assassinou sua filha com cocaína na mamadeira — receberam credibilidade acima do devido tendo em conta as evidências, pois, como explicado acima, o teste, por si só, não seria suficiente para afirmar que a criança foi morta por overdose de cocaína ou mesmo que a substância detectada era cocaína. Os testes de drogas, na realidade, nem mesmo têm a capacidade de fornecer um resultado totalmente certo, mas, sim, apenas probabilístico¹⁰.

Ao mesmo tempo em que o testemunho com base no exame preliminar recepcionou mais credulidade do que o correto, em uma perspectiva holística, é possível notar como Daniele automaticamente teve sua credibilidade deflacionada. O suposto resultado “positivo para cocaína”, fundado em conhecimento especializado, reflexamente, resultou no descrédito da hipótese segundo a qual ela fosse inocente.¹¹

Não se pode deixar de levar em conta outros elementos que certamente também influenciaram nessa injustiça testemunhal: Daniele é mulher, pobre, com passado relacionado a drogas (incluindo cocaína) assumido¹², e, pouco tempo antes do ocorrido com Victória,

⁹ O *habeas corpus* de Daniele saiu com fundamento no laudo definitivo do Instituto de Criminalística de São Paulo, que atestou ausência de cocaína. Posteriormente, resultados de diversos outros exames (que analisaram vísceras, urina, sangue e mamadeira de Victória) saíram. Todos deram negativo para cocaína (Toledo, 2016, p. 106-145).

¹⁰ Para uma análise contendo considerações científicas sobre as limitações do teste de drogas e casos reais envolvendo erros do Direito com base nesse tipo de prova, ver Herdy, Bruni, Kunii e Guedes (2022).

¹¹ Um outro aspecto que vale a pena observar nesse caso, embora não seja o foco deste artigo e não se disponha de informações no livro que permitam afirmar com total precisão, é ser possível vislumbrar também a ocorrência de uma injustiça *hermenêutica*. Embora a advogada de Daniele tenha intercedido em favor da hipótese de sua inocência, a própria Daniele chegou a dar diversas demonstrações no livro de incapacidade de compreender e expor para delegados e demais ouvintes a injustiça da qual estava sendo vítima, prejudicando sua própria defesa. Por esse motivo, em análise mais cuidadosa, pode-se perceber, também, a possibilidade de uma injustiça hermenêutica: faltavam-lhe recursos interpretativos coletivos para dar sentido às particularidades da própria experiência de extrema injustiça que estava sofrendo e, também por isso, foi posta numa situação de desvantagem e minada enquanto sujeito cognoscente. Um trecho do livro que serve de suporte a essa consideração é o em que Daniele descreve o que sentiu ao ouvir a alegação do delegado de que haviam encontrado a cocaína que ela mesma deu para sua filha em todo o corpo de Victória: “Eu não conseguia acreditar, sabia que não havia feito isso. Eu perguntava, confusa e desesperada, mas quem fez isso? Mas quem fez isso?” (Toledo, 2016, p. 51).

¹² Ainda na primeira consulta de Daniele, no pré-natal de Victória, Daniele não escondeu, ao ser questionada, que no passado utilizou maconha e cocaína. A informação ficou registrada em seu prontuário médico (Toledo, 2016, p. 20).

havia reconhecido e acusado um estudante de medicina pertencente a uma família poderosa de tê-la estuprado dentro do hospital em que frequentemente ia com sua filha (Toledo, 2016, p. 32-42).

A injustiça epistêmica testemunhal do caso em apreço, ademais, não poderia ter sido evitada sem um mínimo de percepção quanto às limitações as quais o teste preliminar de drogas está sujeito. Ou seja, a hipótese segundo a qual Daniele assassinou sua filha com cocaína na mamadeira não poderia ter recebido a baixa credibilidade que lhe era devida sem que os agentes criminais do caso (delegados etc.) tivessem ciência das insuficiências do teste de drogas. Este é um cenário notavelmente diferente de quando um delegado ou juiz detectam a indevida credibilidade concedida, por exemplo, à palavra do policial, num caso concreto, e tentam compensá-la reavaliando a evidência que dispõem. Nesse cenário podem fazê-lo porque trata-se de uma prova cujo conteúdo lhes é compreensível. No caso de Daniele, não.

Mas então a resposta ao problema da incompreensão do conteúdo das informações de especialistas seria simplesmente a formação? Se desejamos que agentes do sistema de justiça sejam capazes de frear os efeitos de uma injustiça testemunhal por excesso de credibilidade aos especialistas então basta que esses agentes sejam educados científica e tecnicamente? Como abordo a seguir, não é adequado dizer que seja essa a resposta, ou, pelo menos, não a única e mais viável.

5 NOVAMENTE “DEFERÊNCIA OU EDUCAÇÃO?”

A essa altura, demonstrada a singularidade do caso de injustiça epistêmica em questão, cabe considerar sobre como a literatura dedicada ao problema do testemunho técnico-científico tem lidado com o assunto. Nesse sentido, como enfatiza Haack (2020, p. 16), não é exagero dizer que muitos esforços feitos mais tenham tido efeito tranquilizador do que efetivamente servido de ajuda prática para os responsáveis pela avaliação desse tipo de evidência.¹³

A pontuação tomada como mais adequada, e, ao mesmo tempo, simplificada (e, por isso, para os propósitos desse artigo conveniente), do caminho à solução do desafio de apreciar racionalmente a prova técnico-científica, é a de Ronald Allen e Joseph Miller, que, em artigo célebre intitulado *The common law theory os experts: deference or education?* assim, resumem:

¹³ Haack faz observações sobre os desafios de lidar com ciência no contexto do processo não somente no artigo já mencionado como, também, de forma mais ampla, em Haack (2015).

Apesar da efusão de tratamentos acadêmicos e judiciais dessas várias proposições, nenhuma das questões parece estar se movendo em direção ao fechamento, principalmente porque os pontos doutrinários e lógicos tendem a esconder, em vez de expor, a questão mais profunda que se esconde nas sombras. A questão mais profunda é se os descobridores de fatos devem ser educados ou devem deferir aos especialistas. Os diversos debates sobre o testemunho de especialistas, por mais esclarecedores que tenham sido, não podem ser resolvidos sem abordar essa questão (Allen; Miller, 1993, p. 1131, tradução livre).

Por essa perspectiva, resolver o entrave decorrente da distância entre as informações que o julgador dos fatos possui e as que precisa para decidir matéria técnico-científica seria uma questão de optar entre deferir ou educar. Valem considerações sobre cada modelagem daí resultante.

Ao se escolher a proposta educacional, o julgador seria formado para que pudesse compreender informações técnico-científicas. Assim, se fosse o caso, poderia detectar e conter problemas como apresentação de provas de baixa fiabilidade probatória ou testemunhos de especialistas com exposição de resultados inconsistente com a evidência que dispõem.

Transportando a proposta educacional, numa interpretação ampla, para o contexto de interesse nesse trabalho: se desejamos que juízes sejam capazes de superar injustiças epistêmicas, concedendo credibilidade equivalente à evidência exposta pelo especialista, então é necessário educá-los para que se tornem aptos a compreendê-la.

Um modelo educacional, nesse sentido, na sua forma extrema, entende que se desejamos que julgadores sejam hábeis para avaliar racionalmente a evidência técnico-científica então devem, antes, totalmente compreendê-la. Entretanto, essa proposta nessa forma “forte” não é condizente com a realidade de um processo. Ou melhor dizendo, não é compatível com o Direito a não ser que estejamos dispostos a modificar a própria concepção do que se entende por um juiz, que certamente não se confunde com a de especialista. Sobre isso, até mesmo Vázquez, que defende um modelo educacional em forma mais branda para os contextos em que a prova científica é trazida pelas partes, destaca:

Como já dito, no processo judicial a forma de reunir informação técnica ocorre mediante um terceiro. Diferente seria se se propusessem tribunais especializados ou juízes peritos, sendo o conhecimento técnico do juiz ou dos juízes em questão um aspecto determinante para fazer parte dos tribunais. Mesmo sendo óbvios os grandes problemas que podem ser previstos na constituição desse tipo de tribunais, a opção parece, por outro lado, que teria o condão de modificar consideravelmente nossa concepção de juiz (Vázquez, 2021, p. 83).

Em outro extremo, a solução seria deferência. “Deferir” significa tomar o que outro

diz como correto sem adentrar no exercício de compreensão do raciocínio desse outro. A atitude é, nesse sentido, de outorga, ou seja, concessão. Para resolver o problema da distância entre as informações que possui e as que precisa para avaliar as informações especializadas, o julgador, então, simplesmente abdicaria do labor de assimilá-las, tomando por certo o que diz o especialista. Novamente, transportando a proposta deferencial para o cenário das injustiças epistêmicas, julgadores optariam por deferir aos especialistas, tomando como certos seus testemunhos, não por força de um preconceito, mas, sim, de uma escolha institucional.

Mas uma proposta que investe em deferência no seu sentido forte, embora não seja tão ingênua quanto a de educação completa, é tão infrutífera quanto esta. Se julgadores optam por simplesmente deferir cegamente, estariam a ignorar os recorrentes erros cometidos pelos próprios especialistas que, por vezes, apresentam testemunhos que também não são compatíveis com a evidência disposta.

A deferência acrítica, em algum sentido, seria capaz de evitar injustiças testemunhais — já que eventual incompatibilidade entre prova e credibilidade não seria reflexo de um preconceito de valência positiva, mas, sim, de uma escolha institucional orientada à deferência — entretanto, ainda assim, tampouco contribuiria para aumentar as chances de decisões racionais.

Nesse sentido, as formas máximas — deferência acrítica e educação completa — mostram-se ineficazes para o objetivo de fornecer um modelo capaz de orientar os agentes julgadores à avaliação racional da prova técnico-científica. Ainda assim, considerando que, como explica Allen (2013, p. 55), deferência e educação não são categoricamente distintas, mas, sim, pontos diversos num mesmo espectro, modelos intermediários podem ser pensados. É exatamente sob esse pressuposto que, diretamente, trabalhos de autoras como Herdy (2020, p. 92), e, indiretamente, de autoras como Vázquez (2021, p. 146), desenvolvem-se.

Dessa forma, pode-se verificar que a discussão sobre o modelo mais adequado para avaliar a prova técnico-científica ainda se encontra em fase de desenvolvimento até mesmo quando se analisa pela vertente mais simplificada do debate e com foco na figura do julgador. Ainda sendo necessário pensar não somente na solução deste problema como também no alcance de eventual desenho institucional adotado. Afinal, em casos como o de Daniele Toledo a injustiça epistêmica tomou lugar no momento anterior ao processo, por ouvintes como delegados, não juízes.

Foge aos objetivos desse trabalho resolver as questões em torno da discussão sobre o desenho das provas periciais. Entretanto, encontra-se dentro das finalidades do presente artigo aluminar a importância de tais inquirições também aos interessados em investigações e

processos compromissados com a contenção dos efeitos da disfunção de credibilidade por excesso de valorização da palavra do especialista.

Frear a força de preconceitos de valência positiva não é suficiente quando ocorre esse tipo de injustiça epistêmica testemunhal, sendo necessário também, de alguma forma, para dar a credibilidade compatível com a evidência, que antes sejam superados os obstáculos decorrentes da incompreensão do sistema de justiça em relação a uma prova cujo conteúdo é técnico-científico. Por isso, até mesmo quando se fala de injustiça testemunhal, se o testemunho de especialistas está presente, parece inevitável, também, questionar: deferir ou educar?

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente artigo, dediquei atenção às particularidades do testemunho de especialistas e seus reflexos em contextos nos quais ocorre uma injustiça epistêmica testemunhal. Nesse sentido, em primeiro, expliquei que casos que envolvem excesso de credibilidade ao especialista também resultam em injustiça testemunhal quando, mediante uma avaliação holística, verifica-se que, por força dessa credibilidade excessiva, uma outra parte do contexto conversacional tem sua fala descredibilizada.

Em segundo, argumentei que, em virtude de dificuldades próprias relacionadas especificamente ao testemunho de especialistas, esse caso de injustiça epistêmica conta com um problema singular. O contratempo distintivo de injustiças epistêmicas que se dão nesse contexto é a necessidade de, diferentemente de em todas as outras situações de troca testemunhal, ter-se de lidar com um conteúdo que não se compreende.

Por fim, apontei que, em virtude dessa incompreensão do conteúdo do testemunho de especialistas, que resultou em erros como no caso Daniele Toledo, algo precisa ser feito para viabilizar a avaliação racional dessa evidência — para além das virtudes de que fala Fricker. Nesse caminho, defendi que parte do trajeto à solução é reconhecer a importância de decidir o desenho institucional das provas periciais a ser adotado, com reflexão sobre em que medida estamos dispostos a deferir aos especialistas ou educar os julgadores.

Com isso, quis enfatizar, em sintonia com a frase de Haack com a qual iniciei esse artigo, que: impedir injustiças epistêmicas em circunstâncias normais já é uma tarefa árdua, tarefa essa que se dificulta mais em contextos judiciais, e, quando vem o encargo de evitar injustiças epistêmicas em cenário judicial por excesso de credibilidade aos especialistas, as coisas se complicam ainda mais.

REFERÊNCIAS

- ALLEN, Ronald. The Conceptual Challenge of Expert Evidence. **Revista Discusiones Filosóficas**, U.S.A., v. 14, n. 23, p. 41-65, 2013.
- CHRISTENSEN, Leah M. The Paradox of Legal Expertise: A Study of Experts and Novices Reading the Law. **Brigham Young University Education and Law Journal**, [S. l.], v. 2008, n. 1, p. 53-88, 2008.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Tradução: Vitor de Paula Ramos. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.
- FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the ethics of knowing**. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide de (orgs.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005.
- HAACK, Susan. Diferenças irreconciliáveis? O conturbado casamento entre ciência e direito. In: BRITTO, Adriano Naves; BARRETO, Vicente (org.). **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015.
- HAACK, Susan. Judging Expert Testimony: From Verbal Formalism to Practical Advice. *Quaestio facti*. **International Journal on Evidential Legal Reasoning**, Madrid, v. 1, p. 13-30, 2020. DOI: http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22312.
- HERDY, Rachel. Appeals to Expert Opinion in High Courts. In: BRITO, Miguel Nogueira; HERDY, Rachel; DAMELE, Giovanni; LOPES, Pedro Moniz; SAMPAIO, Jorge Silva (ed.). **The Role of Legal Argumentation and Human Dignity in Constitutional Courts**. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2019.
- HERDY, Rachel. Ni educación, ni deferencia ciega. Hacia un modelo crítico para la valoración de la prueba pericial. **Discusiones**, [S. l.], v. 24, n. 1, p. 87-112, 2020. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2020.2206>.
- HERDY, Rachel; BRUNI, Aline Thaís; KUNII, Paulo Akira; GUEDES, Michael. Lei de Drogas testa falso positivo para ciência. **JOTA**, [S. l.], 10 dez. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/quando-justica-ignora-ciencia/lei-de-drogas-testa-falso-positivo-para-ciencia-10122022>. Acesso em: 21 dez. 2022.
- LACKEY, Jennifer. **Credibility and the Distribution of Epistemic Goods**. 2018. Disponível em: <https://cpb-us-e1.wpmucdn.com/sites.northwestern.edu/dist/d/2354/files/2018/07/Credibility-and-the-Distribution-of-Epistemic-Goods-20mudw0.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- MEDINA, José. The Relevance of Credibility Excess in a Proportional View of Epistemic Injustice: Differential Epistemic Authority and the Social Imaginary. **Social Epistemology**, [S. l.], v. 25, n. 1, p. 15-35, 2011. <http://dx.doi.org/10.1080/02691728.2010.534568>.

ROCHA, M. G. da. O que há de singularmente problemático na injustiça epistêmica por excesso de credibilidade ao testemunho do especialista?

MILLER, Joseph; ALLEN, Ronald. The Common Law Theory of Experts: Deference or Education? **Northwestern University Law Review**, U.S.A., v. 87, n. 4, p. 1131-1147, 1993.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova Testemunhal: Do Subjetivismo ao Objetivismo. Do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

RODAS, Sérgio; CASTELLIANO, Carolina; HERDY, Rachel. Mais uma vítima de injustiça epistêmica. **Consultor Jurídico**, [S. l.], 20 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-20/limite-penal-vitima-injustica-epistemica>. Acesso em: 25 dez. 2022.

SALMON, Wesley C. **Lógica**. 3. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2010.

TOLEDO, Daniele. **Tristeza em Pó**. São Paulo: nVersos, 2016.

VÁZQUEZ, Carmen. **Prova pericial: Da Prova Científica à Prova Pericial**. Tradução: Vitor de Paula Ramos. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.