

Autonomia e Independência da Função dos Peritos Criminais à Luz da Lei Suprema e do Código de Processo Penal - Parecer

Ives Gandra da Silva Martins
Professor Emérito das Universidades Mackenzie (em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Econômico e de Direito Constitucional).

CONSULTA

Formula-me, o **SINDICATO DOS PERITOS CRIMINAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por intermédio de sua eminente presidenta, Maria Márcia da Silva Kesselring, a seguinte consulta: "1) *Qual a natureza processual penal dos subsídios ministrados pelas investigações policiais, previstos nos artigos 1 a 23 do CPP, tendo em vista que o constituinte brasileiro garante o contraditório e a ampla defesa?* **1**

2) *Qual a natureza processual penal da perícia oficial, prevista nos artigos 158 a 184 do CPP, tendo em vista que o constituinte brasileiro garante o contraditório e a ampla defesa?*

3) *A prova pericial deve ser produzida imparcialmente? A lei processual penal regulamenta a imparcialidade da prova pericial? Em que dispositivos?*

4) *A perícia atende exclusivamente a autoridade policial? Ou atende precipuamente ao Juízo Penal, e secundariamente ao acusado, com as garantias constitucionais, ao "Parquet", a Polícia/Justiça Militar e a Polícia Judiciária, bem como outras instituições públicas, sempre por força legal?* **2**

5) *A função pericial, previstas nos art. 158 a 184, e nos art. 275 a 280, todos do CPP, apresenta alguma relação de subordinação à Autoridade Policial que preside o Inquérito Policial, previsto nos artigos 1º a 23 do CPP?* **3**

6) *A instituição de órgão pericial com independência administrativa, orçamentária e funcional:*

a. *Atende ao sistema processual penal?*

b. *Possibilita ao acusado as garantias individuais do art. 5º da CF/88?*

c. *Ofende o disposto no artigo 144 da CF/88?*

d. *Garante o disposto no art. 37 da CF/88?* **4**

7) *Tendo em vista o Princípio da Eficiência, a falta do número suficiente de cargos para provimento de peritos oficiais afeta a imparcialidade da perícia?*

8) *Considerando as respostas anteriores, o Governador do Estado de São Paulo tem competência administrativa e legal para reestruturar e organizar os Órgãos Periciais Forenses (Instituto de Criminalística e Instituto Médico-Legal)? O artigo 144 da CF/88 restringe a referida competência?*

9) *Há impedimento legal para que os peritos criminais paulistas tenham ascensão funcional, bem como a apuração das irregularidades funcionais, através de legislação própria (Plano de*

Carreira e Corregedoria da SPTC), com independência de outras carreiras policiais do Estado?"

RESPOSTA

Algumas considerações preliminares sobre a hermenêutica constitucional são necessárias.

A exegese dos princípios e normas constitucionais exige técnica diversa daquela adotada para o direito ordinário ou o complementar, perfilados à luz da lei maior.

Não sem razão, Carlos Maximiliano lembra que a interpretação da lei suprema exige instrumental de trabalho mais abrangente, por parte do exegeta, escrevendo que:

O grau menos adiantado de elaboração científica do Direito Público, a amplitude do seu conteúdo, que menos se presta a ser enfeixado num texto, a grande instabilidade dos elementos de que se cerca, determinam uma técnica especial na feitura das leis que compreende. Por isso, necessita o hermeneuta de maior habilidade, competência e cuidado do que no Direito Privado, de mais antiga gênese, uso mais freqüente, modificações e retoques mais fáceis, aplicabilidade menos variável de país a país, do que resulta evolução mais completa, opulência maior de materiais científicos, de elemento de certeza, caracteres fundamentais melhor definidos, relativamente precisos. Bastam lembrar como variam no Direito Público até mesmo as concepções básicas relativas à idéia de Estado, Soberania, Divisão de Poderes etc.

A técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objeto colimado, redigidas de modo sintético, em termos gerais.

*Deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, **afim de se não tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a épocas e circunstâncias diversas, destinado, como é, à longevidade excepcional**" (grifos meus)⁵.*

Como se percebe na dicção do saudoso mestre da interpretação jurídica, a lei suprema deve ser preservada no seu conteúdo abrangente, sem pormenorizações, para que possa adaptar-se no tempo e no espaço e permanecer flexível, em função da própria evolução do ordenamento jurídico fundamental. É o que ocorre, por exemplo, com a Constituição Americana, promulgada em 1787 para uma economia agrícola, e, hoje, regendo os destinos da mais avançada economia do mundo, com apenas 26 emendas, em 221 anos de vigência **6**.

Não há, pois, como pretender, no exame de uma norma constitucional, esgotar todo seu conteúdo deontico, como, aliás, Paulo Brossard, em parecer que me foi disponibilizado, com pertinência, aponta: "A verdade é que a enumeração do art. 144 não esgota a matéria policial. O equívoco resulta do fato de as Constituições anteriores a 88 não conterem artigo que dispusesse a respeito de polícia. Pretender, como a ADIN 2575-8 pretende, que toda a função policial esteja circunscrita ao traçado no art. 144 da Constituição, como se fosse um círculo de ferro, não tem como sustentar-se à luz da doutrina, da diuturna experiência jurídica e da prática quotidiana da administração. Com efeito, o fato de a polícia judiciária ser conferida à polícia civil, não significa que essa atribuição, aliás, tradicional, esgote as funções policiais" **7**.

No que diz respeito ao § 4º do art. 144 da CF, tal flexibilidade exegética é necessária, até porque o perfil das polícias civis, lá estabelecido, não se exaure numa interpretação literal e nem mesmo **na dimensão de seu espectro de abrangência 8**.

Quanto às normas de eficácia **não condicionada**, entretanto, elas podem ser de duas naturezas –falo de normas e não de princípios- a saber: aquelas que esgotam as hipóteses previstas na lei maior e aquelas que permitem vários equacionamentos possíveis, pois representam meras diretrizes para a elaboração legislativa **9**.

Entre as primeiras, temos, por exemplo, o § 2º do art. 242 da CF, assim redigido:

"§ 2º - O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal" **10**.

Entre as segundas, está a maioria das normas constitucionais e, entre elas, se encontram as do art. 144, que, como bem salientou Paulo Brossard, oferta diretriz, à evidência, não possível de ser afastada, mas que, nitidamente, não esgota em "numerus clausus", as hipóteses possíveis, tanto que às polícias rurais não houve menção qualquer, na Carta Magna do País.

O § 4º do art. 144 é típico exemplo desta segunda classe de normas, cuja exegese impõe técnica abrangente e extensiva de compreensão, para descobrir-se seu autêntico conteúdo.

Declara o § 4º que:

"§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares" **11**.

O dispositivo decompõe-se nas seguintes dicções:

- 1) incumbência das polícias civis;
- 2) direção por delegados de polícia de carreira;
- 3) exclusão da competência da União para sua área de atuação;
- 4) atuação específica como polícia judiciária;
- 5) apuração de infrações penais;
- 6) exclusão da apuração de infrações militares.

No primeiro discurso, a incumbência da polícia é definida, a meu ver, não como residual, apesar de a apuração das infrações penais militares, e daquelas de competência da União, claramente expostas nos artigos 142 a 144, fugirem à sua alçada executória **12**.

Desta forma, de sua área de atuação estão excluídas as de competência da polícia federal (§§ 1º, 2º e 3º), das polícias militares (art. 142 a 143 e §§ 5º e 6º) e das polícias municipais, denominadas de guardas municipais (§ 8º).

Já aqui há de se observar que a dicção utilizada pelo constituinte no § 4º não esgotou todas as hipóteses, ao ponto de, no § 7º, assim redigido:

"§ 7º - A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades",

admitir que a organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública serão disciplinados objetivando: *garantir a eficiência* de suas atividades **13**.

Não fala aqui, o legislador, em "polícias", mas em "órgãos responsáveis", vale dizer, admite, numa dicção muito mais abrangente, que além da polícia, outros órgãos podem compor o sistema nacional de segurança pública, para assegurar que suas atividades sejam exercidas com eficiência.

E aqui, faz-se necessário delinear uma primeira conformação do papel da polícia e dos peritos criminais.

Entre os seis pontos em que dissequei o § 4º, está que as polícias civis serão dirigidas por delegados de carreira. Já o § 7º não contempla a mesma exigência, no tocante à direção dos órgãos responsáveis, até porque por "órgãos responsáveis" há de se entender todos aqueles que, direta ou indiretamente, estejam vinculados à segurança pública, e não, necessariamente, apenas às polícias **14**.

Em outras palavras, o que o § 4º assegura é que as polícias serão dirigidas por delegados de carreira, mas não, necessariamente, os demais órgãos responsáveis pela segurança pública, não se esquecendo, a título apenas exemplificativo, que as forças armadas, destinam-se, não só à defesa da pátria, mas à garantia dos poderes constitucionais, e, por iniciativa de qualquer um deles, da lei e da ordem **15**.

Por fim, compete às polícias civis exercer as funções de polícia judiciária, na apuração de infrações penais, sendo, de rigor, uma "longa manus" do Poder Judiciário.

Na verdade, por ser uma polícia judiciária, está a serviço da magistratura e a ela subordinada, mesmo quando seus atos preparatórios objetivam, apenas, colher elementos para o exame judicial, antes mesmo de a questão chegar ao conhecimento deste Poder **16**.

Defendi que esta subordinação da polícia judiciária –aí sim, no que concerne à competência específica das polícias- ao Poder Judiciário não permitiria sua substituição pelo MP, visto que, constitucionalmente, cabe a esta instituição, no máximo, fiscalizar a polícia, através do controle externo de sua atividade (129, VII) **17**, assim como requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos (129, VIII) **18**

. Jamais substituí-la naquilo que a Constituição estabeleceu ser função específica da polícia judiciária, diretamente subordinada ao Poder Judiciário **19**.

O Ministro Carlos Mário Velloso, em decisão do STF sobre a ilegitimidade da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, ressaltou em seu voto que, não obstante a relevância da função exercida pelo MP, ele é parte, e não juiz. Da mesma forma, nas investigações policiais, na medida em que representa a sociedade, o MP é parte, podendo solicitar diligências, exames e providências. Mas é tão parte quanto a que é representada por advogado, já que a Advocacia é outra instituição fundamental à Administração da Justiça **20**.

Todas estas considerações levam-me às primeiras conclusões, ou seja, de que:

- a) os órgãos de segurança pública abrangem categorias diversas, não sendo exclusivamente policiais;
- b) as polícias civis estão subordinadas ao Poder Judiciário; na qualidade de polícias judiciárias, é sua competência privativa a apuração de infrações penais, sempre na dependência de concordância do Poder Judiciário; este Poder avaliza ou não, suas ações quando as investigações forem iniciadas sem o seu conhecimento prévio, ou as autoriza, quando entendê-las necessárias ao exercício da função judicisicial;
- c) neste particular não podem ser substituídas pelo MP, que só as pode controlar externamente ou solicitar diligências ou investigações;
- d) em matéria de segurança pública preventiva, repressiva ou investigativa, a CF não esgota o elenco instrumental, devendo-se entender o § 7º como admitindo, em benefício da cidadania, da sociedade e das autoridades constituídas, órgãos variados dedicados a essa função **21**.

Uma outra consideração faz-se necessária, antes de passar a responder as questões formuladas pelo Sindicato consulente.

Por dever funcional, tanto o MP, quanto as polícias têm a obrigação de suspeitar. Este é seu dever primacial: o MP, no papel de acusador, e as polícias, no de repressora do crime e de investigadora de situações, atitudes ou pessoas presumivelmente delituosas.

Em outras palavras, o MP, na função acusatória, e a PC, naquela investigatória, trabalham, necessariamente, com a suspeita. Ao contrário do que diz o art. 5º, LVII da CF – "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" – para o MP e a PC todos são suspeitos, até que se prove sua inocência. Não fosse esse o mote maior de sua ação, as investigações poderiam restar prejudicadas ou fragilizadas. Para estas instituições, nenhuma hipótese de eventual crime pode ser desconsiderada **22**.

As polícias civis são dirigidas por delegados, que têm o dever funcional de suspeitar, para bem conduzir e aprofundar a investigação criminal. O elemento subjetivo, não poucas vezes, impulsiona sua ação mais do que o próprio elemento fático.

E é neste ponto que começo a examinar o papel do perito criminal, que, de rigor, é uma categoria profissional que integra os órgãos de segurança, em sua atividade investigativa-científica, de marcante relevância para o Poder Judiciário. Das três categorias até aqui mencionadas (Ministério Público, Polícias Civis e Peritos Criminais) é a única cuja função não se alicerça na suspeita e na acusação, mas na imparcialidade de aferição das provas **23**.

O Poder Judiciário é instituição que, ponderando entre a acusação do MP, alicerçada nas investigações promovidas pelas PCs, e a defesa do acusado, promovida pelo advogado, busca encontrar a verdade material do caso que lhe é submetido, decidindo de acordo com a lei e a Constituição **24**.

Ora, em face de duas instituições, cujas funções maiores são acusar e investigar (essas funções não são as únicas: o MP também atua como fiscal da lei e as polícias civis, como órgãos auxiliares da repressão, juntamente com as polícias militares), realça, como instituição à parte, aquela dos peritos criminais.

A função mais relevante do perito criminal é a busca da verdade material com base exclusivamente na técnica. Não cabe ao perito criminal acusar ou suspeitar, mas apenas examinar os fatos e elucidá-los. Desventrar todos os aspectos inerentes aos elementos investigados, do ponto exclusivamente técnico.

Por ser um trabalho científico, técnico e imparcial, não pode estar subordinado a quaisquer tipos de pressão ou interpretação subjetiva que movem as duas outras entidades. Sua função é ofertar às três instituições (MP, PCs e PJ) todos os elementos de fato esclarecedores das circunstâncias e, se possível, a autoria do delito que a polícia civil e o MP estão apurando. Os peritos criminais não formulam opiniões sobre a motivação de um determinado crime. Apenas determinam, pelos elementos que conseguem levantar, as circunstâncias em que ocorreu **25**.

À nitidez, por ser um trabalho eminentemente técnico - como, de resto, é o do perito judicial que também não se subordina ao Poder Judiciário, em suas conclusões, mas mantém, quando necessário, autonomia e independência em relação ao PJ, ao MP e à Advocacia -, não pode submeter-se à perspectiva própria de uma outra instituição, que, na busca da apuração do crime, não pode e não deve deixar de considerar os aspectos subjetivos que conformam as situações delituosas.

Por isto, entendo, à luz da CF, que a função do perito criminal deve ser autônoma e independente. Não pode submeter-se, nem sofrer qualquer influência seja do MP, seja das PCs, seja da Advocacia.

É, de rigor, uma instituição auxiliar, mas imprescindível. Não julga os fatos, mas revela a sua existência. Não faz análises subjetivas, mas objetivas. E fornece, para as análises subjetivas, precipuamente, do PJ, bem como de MP e PCs, os elementos objetivos que colhe, autônoma e independentemente, livre de pressões ou subordinações **26**.

Entendo, pois, como também entendeu Paulo Brossard, que a instituição dos peritos criminais não está subordinada às polícias civis, mas, como instituição complementar, fornece subsídios de extrema relevância para a ação direta tanto das PCs, como do MP **27**.

Posta tal premissa de independência e autonomia dos peritos criminais, passo a responder às questões solicitadas:

RESPOSTA AO 1º QUESITO

1) Os dispositivos do CPP mencionados dizem respeito à sua perfilação, onde há de realçar-se a natureza da prova pericial, que pela sua conformação não é de ser renovada, no máximo, podendo ser completada, a pedido do Juízo. Esta característica diferencial, já que os depoimentos ocorridos na polícia são necessariamente renovados em juízo, demonstra que de duas instituições distintas cuidou o legislador na legislação processual. E isto em prol do direito da ampla defesa e do contraditório. Não sem razão o artigo 23 está assim redigido:

*"Art. 23. Ao fazer a remessa dos autos do inquérito ao juiz competente, a autoridade policial oficiará ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, mencionando o juízo a que tiverem sido distribuídos, e os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado" **28**.*

Como se percebe, a autonomia está bem definida, visto que enviado o inquérito ao juiz, a autoridade policial oficiará o IIE, que se constitui em órgão ancilar especial do Poder Judiciário, comunicando-lhe a que Juízo acolitará, tecnicamente. O CPP, portanto, claramente, coloca as duas instituições (PC e IIE) como instituições autônomas e independentes, a serviço do Poder Judiciário. A autonomia do IIE, órgão eminentemente técnico, objetiva valorizar os dois principais fundamentos de um Estado democrático de Direito, que são a ampla defesa e o contraditório, expostos no inciso LV do art. 5º da Lei Suprema, assim redigido:

*"LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; ..." **29**.*

Nas ditaduras, não há o direito de defesa e o contraditório é uma farsa.

Desta forma, respondo a primeira questão, que, à luz dos artigos 1º e 23 do CPP e art. 5º, LV, da CF, que asseguram o contraditório e a ampla defesa, os subsídios ministrados pelas investigações policiais são ancilares para a decisão judicial, havendo nítida e clara segmentação entre a investigação propriamente dita e a informação técnica e fática ofertada pelo órgão encarregado da perícia criminal.

Assim, sob aspecto processual, por força do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, as provas coletadas pelas PCs, excetuando a perícia, devem ser renovadas na fase probatória, a fim de amparar uma decisão judicial **30**.

RESPOSTA AO 2º QUESITO

A segunda questão segue a mesma linha de solução da controvérsia apontada no primeiro quesito.

Os artigos 158 a 184 cuidam, especificamente, de exame técnico das provas, do exame de corpo de delito e das perícias em geral **31**.

Todo ele é dedicado, pois, à natureza científica de exame pericial e à autonomia e independência da ação dos peritos oficiais indicados.

O artigo 160, por exemplo, exige a descrição pormenorizada do que foi examinado e as respostas aos quesitos formulados com a mesma objetividade. A ação pericial é absolutamente autônoma e independente e não pode ser suprida por inabilitado a exercer aquela função.

Os demais artigos expõem a forma pela qual as perícias serão processadas, em função dos elementos encontrados, estando os peritos encarregados, exclusivamente subordinados à sua capacitação e habilitação para descobrir a verdade material procurada.

O próprio artigo 184 do CPP, ao permitir ao magistrado ou autoridade indeferir o exame pericial, declara que só o fará, se não for necessário ao esclarecimento da verdade **32**.

Repito, pois, o objetivo da perícia é que a verdade dos fatos seja encontrada. Para isto, a atividade do perito é essencial, a não ser que esta já surja, meridianamente, dos elementos constantes da investigação, o que não impedirá que o juiz, se entender necessário, exija a realização da perícia não feita na fase de investigação.

Em outras palavras, a exceção é a não realização da perícia para a descoberta da verdade material; a regra é que os elementos fáticos e técnicos necessários para que seja evidenciada a verdade referente à questão investigada sejam por ela oferecidos.

Assim, respondo a questão, à luz dos referidos artigos do CPP (158 a 184) e dos incisos LIV **33** e LV da CF, que asseguram o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório: a perícia oficial oferta os elementos técnico-científicos indispensáveis para assegurar a busca da verdade material, tendo os peritos, autonomia e independência na sua ação. Não estão, pois, subordinados, no exercício de sua função, nem aos delegados, nem aos magistrados. Auxiliam-nos, quando solicitados, na análise técnica dos fatos.

Concluo, pois, que a perícia, não importando o momento de sua realização, é prova da fase instrutória do processo, por isso o EXAME DE CORPO DE DELITO foi relacionado no TÍTULO VII - DA PROVA do CPP, juntamente com as demais provas processuais (DO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO, DAS TESTEMUNHAS e etc.) **34**

RESPOSTA AO 3º QUESITO

A resposta é sim. A prova pericial, que é, de rigor, a mais técnica das provas, necessariamente, deve ser apresentada com absoluta imparcialidade, por parte daqueles que a elaboraram. O requisito da imparcialidade é fundamental, razão pela qual, não pode ser o técnico que a produz, premido por qualquer das partes **35**.

A lei processual penal regulamenta a forma de ser elaborada, principalmente, nos artigos retrocitados (158 a 184). A imparcialidade exsurge do disposto no art. 178, pois o exame será requisitado pela autoridade ao diretor da repartição **36**. Está no âmago do artigo 160 que estabelece "*Os peritos elaborarão o laudo pericial...*". E mais, por força dos artigos 275 a 280 são eles auxiliares do juízo e submetidos à disciplina judiciária.

Justifica-se, pois, a absoluta independência e autonomia daqueles que a produzem, requisito essencial para que se busque, neste aspecto, a verdade material.

RESPOSTA AO 4º QUESITO

A resposta é de que, sendo a perícia técnica elemento essencial para encontrar-se a verdade material, na esmagadora maioria dos casos, o perito está afeito, em primeiro lugar, ao Poder Judiciário, mesmo quando requisitado antes, pela Polícia, para elaborar e perfilar a prova

pericial. É que a prova pericial destina-se a servir de subsídio técnico ao juízo, sendo a investigação policial, tão somente, o "iter juris" para a decisão final a ser prolatada pelo Poder Judiciário **37**.

Desta forma, por ser da essência da busca da verdade material, na investigação criminal, a prova pericial, atende o perito, em primeiro lugar, ao juízo e, secundariamente, aos demais participantes das outras instituições (Polícia, parquet, advocacia e outras entidades ou órgãos públicos diretamente interessados na obtenção dos elementos examinados pela perícia).

À evidência, sendo o processo penal, nas democracias, um instrumento mais de defesa do acusado que da sociedade, a prova pericial objetiva desventrar os elementos técnicos para que a verdade apareça **38**.

Canuto Mendes de Almeida, em seu concurso para professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em processo penal, defendeu, com brilhantismo, creio que em 1939, a tese de que o processo penal visa garantir o acusado contra a força da sociedade, que através dos órgãos de segurança e MP, o processa. Sem o processo judicial, como nas ditaduras, o acusado não teria assegurado o seu principal direito, que é aquele da ampla defesa, consoante o inc. LV do art. 5º da CF.

Servindo a perícia técnica a tantas instituições, não está, contudo, subordinada a nenhuma delas **39**.

RESPOSTA AO 5º QUESITO

Os artigos 275 a 280 do CPP, ainda não comentados, relacionam o perito entre os funcionários da justiça, e sujeitam o perito, exclusivamente, à disciplina judiciária, vale dizer, à lei. Não está subordinado a ninguém, no que diz respeito à sua área de atuação, que é ofertar elementos sobre a verdade material do que está sendo investigado ou examinado em juízo.

Reza, o artigo 275 do CPP, que:

"Art. 275. O perito, ainda quando não oficial, estará sujeito à disciplina judiciária",

deixando claro a subordinação exclusiva à lei. Os demais artigos 276 a 280, estão apenas relacionados à responsabilidade de aceitação das tarefas, que, como qualquer autoridade, a não ser em casos justificáveis, não pode deixar de atuar. Nem o juiz pode negar-se a agir, o mesmo ocorrendo com os membros do Ministério Público, salvo escusa justificável.

A expressão "escusa atendível", do artigo 277, assim redigido:

"Art. 277. O perito nomeado pela autoridade será obrigado a aceitar o encargo, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis, salvo escusa atendível",

deve ser interpretada por escusa justificável. Não cabe à autoridade impor a realização de perícia a técnico inabilitado, não especializado na área (por exemplo, um perito em eletrônica para realizar perícia em química). A correta exegese é que a escusa há de ser justificável, ou seja, razoável **40**.

Embora nomeados por autoridades, na sua função específica de técnicos especializados, não estão subordinados a ninguém, quanto à elaboração de um laudo.

RESPOSTA AO 6º QUESITO

A resposta é positiva, na linha de tudo o que afirmei até o presente:

a) atende ao processo penal, a independência administrativa, pois os artigos 23, 158 a 184 e 275 a 280 ofertam amplo e autônomo campo de atuação para a perícia técnica, a bem da busca da verdade material **41**;

b) assegura ao acusado, por força do direito de ampla defesa e do devido processo legal – que compõem a essência do processo penal regular - a elucidação da verdade material no que diz respeito ao delito que lhe é atribuído, consoante a Constituição a consagra **42**;

c) Não ofende o art. 144 § 4º e 7º, visto que não afeta, antes beneficia, a investigação policial, que é privativa dos delegados e não compartilhável ou substituível pelo MP, e encontra-se, tal autonomia e independência, hospedada pela amplidão do § 7º que cuida da segurança pública que fala em "órgãos" e não apenas em "polícias".

d) Por fim, garante os cinco princípios maiores da administração pública, que são impessoalidade (é neutra e técnica), publicidade (acesso às partes), legalidade (sujeita à lei), moralidade (evita manipulação de dados ou elementos) e eficiência (a prova material e técnica é a mais eficiente para formar a convicção do juiz) **43**.

RESPOSTA AO 7º QUESITO

À evidência, o princípio da eficiência, introduzido pela EC 20/98, é tanto mais atendido, quanto maior o número de peritos disponíveis para o exercício de sua relevante função. Em menor número do que o necessário poderá afetar a eficiência espacial, temporal e pessoal das perícias solicitadas ou necessárias. O ideal é um número maior de peritos correspondente à necessidade detectada para determinados espaços, onde são mais solicitados.

RESPOSTA AO 8º QUESITO

A competência do Governador do Estado é ampla, na organização do sistema de segurança.

O § 1º do art. 25 da CF/88 declara que:

*"§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição" **44**,*

não havendo vedação alguma na CF que organiza e reestrutura os órgãos penais forenses.

É de se lembrar que o "caput" do art. 125 estabelece que:

"Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição",

outorgando à competência de atribuições e legislativa dos Estados a organização de sua justiça. Entre os órgãos que a secundam como instituições auxiliares, encontram-se, necessariamente, os órgãos periciais forenses.

Por outro lado, como mostrei, os §§ 4º e 7º do art. 144 admitem uma interpretação lata sobre o plexo de órgãos de segurança, não havendo como interpretar restritivamente o § 4º, ofertando a quem dirige a investigação policial forense, poderes maiores sobre os peritos técnicos. Seu poder é apenas o de não nomeá-los –o que também poderá ocorrer, por determinação do juízo ou pelo deferimento de pedido das partes (MP e Adv.)- mas nunca de conduzir ou impor a solução técnica, atividade exclusiva de uma perícia autônoma e independente.

Desta forma, a resposta é de que pode o governo do Estado **45** reestruturar o seu órgão de perícia oficial —como já o fez na Superintendência da Polícia Técnico-Científica—, com carreira funcional independente e autônoma (com concursos, plano de carreiras, orçamento e

corregedorias próprias), por meio de legislação adequada (complementar) e sem subordinação administrativa, funcional e orçamentária a quaisquer outras instituições.

É de se lembrar que diversos Estados já reconheceram a autonomia e a independência da carreira dos peritos criminais e dos órgãos que os abrigam. Elenco apenas para efeitos referenciais, o tratamento ofertado pelos demais Estados, cuja relação e menção à legislação pertinente estão a seguir: **46**.

RESPOSTA AO 9º QUESITO

A resposta final segue a linha das respostas anteriores. Tendo os órgãos periciais, autonomia e independência; assegurando, a CF, a ampla defesa ao acusado; estando tais órgãos a serviço das demais instituições (Poder Judiciário, Polícia, MP, Advocacia e outros órgãos públicos) e ofertando o CPP tratamento diferencial, autônomo e independente a tal função técnica, de rigor, está na competência dos Estados organizar não só o seu próprio Poder Judiciário, mas também os meios correlatos (quem pode o mais, pode o menos). Já diversos Estados reconheceram a autonomia, independência da carreira dos peritos criminais. Certamente, pois, poderá o governo do Estado de São Paulo criar carreira funcional independente e autônoma, com concursos e corregedorias próprias, através de legislação específica, como ocorre com diversas outras instituições públicas **47**.

Esta é a minha opinião,

S.M.J.

São Paulo, 31 de julho de 2008.

NOTAS

1 - "Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas, embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, não bastam, enquanto isoladamente considerados, justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação. **É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório**" (STF, Primeira Turma, HC 73338-7, RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 13.08.96). (grifos meus).

2 - "Inquérito policial - Unilateralidade - a situação jurídica do indiciado. - O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do MP, que é - enquanto "dominus litis" - o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária. A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilícitamente obtidas no curso da investigação policial." (RTJ 168/896, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

3 - "Estão sujeitos à disciplina judiciária, dada a sua condição de auxiliares do juízo. No processo penal não há peritos particulares, como no processo civil, nem assistente técnico (STF, RTJ 115/714" — Comentário do art. 275 do CPP de Damásio E. de Jesus. (grifos nossos).

4 - "Eventuais irregularidades em peças que integram o inquérito policial não contaminam o processo, nem ensejam a sua anulação, dado que o inquérito é mera peça informativa da denúncia ou da queixa". (STF, Habeas-corpus n° 74127-4, rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ. 13.06.97).

5 - *Hermenêutica e aplicação do direito, Forense, 1979, p. 304.*

6 - De rigor, a Suprema Corte Americana foi adaptando o texto constitucional às necessidades do país. Jeffrey Toobin esclarece: "For more than two hundred years, the Supreme Court has confronted the same political issues as the other branches of government—with a similar mixed record of success and failure. **During his long tenure as chief justice, John Marshall did as much as the framers of the Constitution themselves to shape an enduring structure for**

the government of the United States (grifos meus) (*The nine – inside the Secret World of the Supreme Court*, Ed. Doubleday, New York, London, Toronto, Sydney, 2007, p. 2).

7 - O parecer foi solicitado pela Associação Criminalística do Estado do Paraná.

8 - Carlos Maximiliano lembra que: "Quem só atende à letra da lei, não merece o nome de jurisconsulto; é simples pragmático (dizia Vico).

A exegese filológica atinge, apenas, o caso típico, principal; o núcleo, explícito, lúcido, é cercado por uma zona de transição; cabe ao intérprete ultrapassar esse limite para chegar ao campo circunvizinho, mais vasto, e rico de aplicações práticas" (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 9ª ed., ed. Forense, 1979, p. 112).

9 - À evidência, na minha formulação da dupla ordem discursiva não hospedo a denominada "teoria do discurso", que, com razão, Canotilho critica, lembrando, entretanto, que decorre das dificuldades de formular uma teoria da Constituição, como, de resto, afirma: "Perante as dificuldades da teoria da Constituição, compreende-se que ela acabasse também por dissolver-se nas modernas teoria da justiça e teoria do discurso. Basta ler as últimas obras dos autores mais representativos destas teorias para verificarmos que assim é" (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª. ed., Almedina, Coimbra, 1999, p. 1267/8).

10 - Critiquei o dispositivo, ao dizer: "Mais do que isso, é tomar matéria de legislação ordinária em matéria constitucional, lembrando-se que as maiores universidades do País não tiveram tratamento de igual nível na Constituição. De todos os estabelecimentos de ensino de primeiro grau, de segundo grau e universitários, o Colégio Pedro II foi o único a ter sua história futura plasmada na Constituição.

Se essa instituição abrir outros estabelecimentos em outras cidades de outros Estados é de se perguntar se ficariam na órbita federal. A hipótese não foi pensada, visto que permanecerá na órbita federal apenas o Colégio D. Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, com o que proibido está de expansão, em face de princípio constitucional" (Comentários à Constituição do Brasil, 9º vol., Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 128/9).

11 - Comentei-o: "O Texto Constitucional faz clara alusão a que os delegados de carreira são aqueles que a dirigem, pressupondo-se que a chefia da polícia, exceção feita ao Secretário de Segurança, homem de confiança, só pode ser exercida por delegados de carreira escolhidos entre aqueles que estão no mais alto escalão desta. Há, portanto, nítida sinalização do Texto Constitucional para uma burocracia profissionalizada entre delegados, que não pode ser desconhecida pelo Estatuto dos Servidores Públicos Civis dos Estados.

Ainda aqui faz menção, o constituinte, a uma carreira, discurso que poderia ter sido simplificado no início da dicção do art. 144, dizendo que todos os órgãos nele mencionados são estruturados em carreiras.

O § 4.º cuida das polícias civis, e não das polícias militares, tornando evidente que àquelas, e não a estas, cabe a apuração das infrações mais comuns.

Assegurada a direção da polícia por delegados de carreira, referido órgão há de contar com um corpo de policiais subordinados, que, embora não sejam bacharéis em direito, requisito para ser delegado, recebem instrução suficiente nas academias e escolas da polícia civil para a execução de trabalhos determinados pelos delegados" (Comentários à Constituição do Brasil, 5º vol., Ed. Saraiva, 2000, p. 280/1).

12 - Escrevi: "O § 4º diz respeito às polícias civis dos Estados, dirigidas por delegados de polícia de carreira. Tais delegados são aqueles encarregados da segurança pública nos Estados.

Sua função seria supletiva àquela da União, visto que o dispositivo faz clara referência à competência federal explicitada no texto constitucional.

A realidade, todavia, é diversa. A competência da polícia federal está expressa na Lei Suprema, sendo apenas aquela discriminada, enquanto as polícias estaduais têm competência

absoluta de atribuições, inclusive de polícia judiciária dos Estados e de apuração de todas as espécies de infrações penais não especificadas como privativas da União.

Em outras palavras, todos os crimes definidos na legislação penal devem ser apurados pelas polícias estaduais, menos aqueles enunciados como de competência da União. De rigor, por menor a competência, a da União poderia ser entendida como uma competência residual expressa e a dos Estados, como uma competência geral, com exceções na Lei Suprema definidas" (Comentários à Constituição do Brasil, 5º vol., ob. cit. p. 277/9).

13 - *Escrevi: "O § 7.º é necessário. Todos os dispositivos constitucionais que não estão na Lei Maior regulamentados dependem de lei regulamentadora. E os dispositivos constantes do art. 144 não estão regulamentados na Constituição. À evidência, dependem de lei.*

O constituinte, não satisfeito de referir-se à lei em quase todos os parágrafos, o que vale dizer, fazer referência ao óbvio, resolveu reiterar, neste parágrafo, que a lei é necessária para disciplinar a segurança pública, vocação tautológica creio que inédita no direito constitucional dos países desenvolvidos" (Comentários à Constituição do Brasil, 5º vol., ob. cit. p. 293/4).

14 - *As conclusões do parecer do Ministro Paulo Brossard são de meridiana clareza exegética a respeito: "DAS CONCLUSÕES: Assim, porque:*

a) a atividade de perícia técnica é fundamental para a atuação dos órgãos do Poder Judiciário;

b) uma má atuação dos órgãos de perícia técnica pode comprometer irremediavelmente a prestação da jurisdição, "à vista do desaparecimento ou imprestabilidade final dos vestígios;

c) do perito, para sua atuação ótima, são exigidos imparcialidade, liberdade técnica e condições físicas e instrumentais ideais;

d) a atividade de perícia técnica não é típica da polícia judiciária, embora importante a essa. Sua finalidade não é o trabalho policial repressivo ou investigatório, e, sim, a identificação, análise e avaliação prospectiva de vestígios relacionados com o delito, fundamentais para a correção da decisão judicial;

e) a organização e manutenção da polícia civil nos Estados é atribuição própria e típica desses entes federativos.

Concluimos, s.m.j., que:

a) os Estados são detentores constitucionais do poder de conceder autonomia administrativa, financeira, orçamentária e técnica aos seus órgãos de perícia técnica, sendo improcedente a alegação de inconstitucionalidade dessa decisão inserida nas Constituições Locais ou na legislação esparsa do Estado.

b) o assunto pode ser abordado' por emenda à CF, tratando-o de maneira genérica e reconhecendo a autonomia local para dispor sobre sua estrutura, a fim de preservar a autonomia federativa assegurada no art. 18, "caput", da CF. A opção por essa via deve, idealmente, localizar o novo dispositivo constitucional dentre as funções essenciais à Justiça, e não na parte referente à segurança pública, com a qual a atividade pericial não tem ligação" (p. 14/5).

15 - *O "caput" do artigo 142 tem a seguinte dicção: "Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, **por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem**"(grifos meus).*

16 - *Manoel Gonçalves Ferreira Filho comenta-o: "Polícias Cíveis. O texto tem o mesmo objetivo do constante dos §§ 2º e 3º acima — garantir a existência de uma Polícia Civil (estadual, pois a Polícia Civil Federal é a Polícia Federal já garantida) —, prevendo que sua direção, portanto a*

sua estrutura básica, caberá a delegados de polícia de carreira. Ou seja, com isso fica determinado que somente ocupante da carreira de delegado de polícia poderá chefiar delegacia de polícia (e nunca oficial da Polícia Militar, como às vezes sucedia), e delegado, acrescente-se, de carreira" (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 2, Ed. Saraiva, 1999, p. 92).

17 - O artigo 129, VII, está assim redigido: "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;".

18 - O artigo 129, VIII, está assim redigido: "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;".

19 - Escrevi: "**POLÍCIA FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO:** Deverá, o STF, em breve, decidir se cabe ou não ao MP promover investigações policiais, à revelia da Polícia, ou se, nas funções próprias das Polícias Federal e Estaduais, teriam elas a exclusividade da condução das investigações, como "longa manus" do Poder Judiciário (Polícia Judiciária), cabendo ao MP e à Advocacia delas participar, defendendo os interesses da sociedade ou do Poder Público, o que pertine às duas instituições, em igualdade de condições.

A discussão centra-se nos incisos VI, VII e VIII do art. 129 da Constituição Federal.

.....

O primeiro dispositivo, a meu ver, cuida apenas de procedimentos pertinentes à competência do Ministério Público e não diz ser de sua alçada conduzir as investigações policiais. O segundo estabelece caber-lhe o exercício do **controle externo** da atividade policial, o que vale dizer, fiscalizar a atividade policial e **não, exercê-la**. E a lei complementar a que se refere não poderia, risco de violar a Lei Suprema, dizer mais do que disse a Constituição, alargando competências não outorgadas pela lei maior. O terceiro inciso refere-se aos **requisitos** para instauração do inquérito policial, a ser executado pelas polícias federal ou estadual, em seu âmbito de atuação.

O sistema plasmado na Carta Máxima, de colaboração entre as duas instituições (MP e Polícia), parece-me corretíssimo, pois define a área de iniciativa e controle das investigações policiais e diligências criminais por parte do MP, mas outorga a uma instituição neutra -a serviço do Poder Judiciário, também Poder neutro- a apuração preambular de eventuais delitos, que, na órbita judiciária, caberá ao MP conduzir. E, por outro lado, ao cidadão, garante o direito de defesa, que é o grande diferencial entre as democracias e as ditaduras, assegurando-lhe o direito de ser acompanhado por seu defensor constitucional, que é o advogado ..." (Gazeta Mercantil, 25/07/2007).

20 - RE 215.301-0/CE: "No voto que proferi na Petição 577-DF, caso Magri, dissertei a respeito do tema (RTJ 148/3 66), asseverando que o direito ao sigilo bancário não é, na verdade, um direito absoluto — não há, aliás, direitos absolutos — devendo ceder, é certo, diante do interesse público, diante do interesse social, diante do interesse da justiça, conforme, esclareça-se, tem decidido o STF. Todavia, deixei expresso no voto que proferi no MS 21.729-LF por se tratar de um direito que tem status constitucional, a quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente a autoridade judiciária, que tem o dever de ser imparcial, por isso mesmo procederá com cautela, com prudência e com moderação, é que provocada pelo Ministério Público, poderá autorizar a quebra do sigilo. **O Ministério Público, por mais importantes que sejam as suas funções, não tem obrigação de ser imparcial. Sendo parte — advogado da sociedade — a parcialidade lhe é inerente. Então, como poderia a parte, que tem interesse na ação, efetivar, ela própria, a quebra de um direito inerente à privacidade, que é garantido pela Constituição?**" (grifos meus) (Revista "Scientia Iuridica", Separata, maio/Agosto/2001, tomo L, Portugal, n. 290, p. 54).

21 - Nas diversas ADINS sobre provimento de cargos para dirigir a polícia civil, o STF declarou que somente delegado de polícia pode dirigi-la, mas todas as decisões restringem-se ao preenchimento de cargo de direção e não analisam o espectro do § 7º do art. 144 (ADIN 3441/RN, ADIN 1854/PI, ADIN 866/SE, ADIN 244/RJ, ADIN 1233/GO).

22 - O art. 5º, inciso LVII, da CF tem a seguinte dicção: "LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;...", completando os incisos LIV e LV assim redigidos: "LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;...".

23 - O artigo 160 do CPP é a prova inequívoca desta preocupação do perito judicial de buscar exclusivamente a verdade, objetiva e não subjetivamente: "Art. 160. Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados. (Redação dada pela Lei 8.862, de 28.3.1994)

Parágrafo único. O laudo pericial será elaborado no prazo máximo de 10 dias, podendo este prazo ser prorrogado, em casos excepcionais, a requerimento dos peritos. (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)".

Outra prova irrefutável consiste que o legislador relacionou entre os FUNCIONARIOS DA JUSTIÇA os Peritos Criminais (artigos 275 e seguintes do CPP) , e os submete à disciplina judiciária tal qual os Juizes (art. 280 do CPP).

24 - Celso Ribeiro Bastos ensina que: "Ao lado da função de legislar e administrar, o Estado exerce a função jurisdicional. Coincidindo com o próprio evoluir da organização estatal, foi ele absorvendo o papel de dirimir as controvérsias que surgiam quando da aplicação das leis. A aplicação, com efeito, não se dá de forma espontânea e automática. Cumpre que às leis se submetam os seus destinatários, para o que faz-se mister que tenham uma correta inteligência do ordenamento jurídico assim como estejam dispostos a obedecer à sua vontade. Por ausência de quaisquer destas circunstâncias, vale dizer, da exata compreensão legal ou da disposição de se curvar aos seus ditames, surge uma situação de afronta e desafio ao sistema jurídico que este tem de debelar, de modo que sua eficácia não resulte comprometida.

À função jurisdicional cabe este importante papel de fazer valer o ordenamento jurídico" (Comentários à Constituição do Brasil, 4º vol., Ed. Saraiva, tomo III, 2000, p. 11/12).

25 - Em parecer a que tive acesso, o eminente Professor Rogério Lauria Tucci, na mesma linha, afirma: "Dado todo o expendido, respondo à consulta formulada ressaltando a importância da prova pericial no processo penal; assim também, e correlatamente, da atuação do perito criminal, em regime de colaboração com agente do Poder Judiciário para, perquirida e descoberta a verdade material, efetivar-se um julgamento justo.

Igualmente, que o perito criminal oficial é subordinado hierarquicamente, no plano administrativo e na escala funcional, ao dirigente de sua repartição, mantendo, outrossim, relação de natureza judiciária com o órgão jurisdicional a que, como órgão auxiliar, ilustra, com o seu parecer, na formação do respectivo convencimento.

Mais, ainda, e finalmente, que, dada a independência marcante do exercício da sua função, no processo penal, total é a autonomia que a conota, de sorte a operar-se completa desvinculação de natureza funcional, quer relativamente à autoridade dos Delegados ou Comissários de Polícia, quer no poder ínsito à atuação dos Magistrados na direção da instrução criminal" (p. 18).

26 - O Professor Adilson Dallari conclui, em parecer, que me foi dado acesso que: "Conclusão: Segue-se do exposto, que o projeto de lei em exame está de acordo com os ditames constitucionais (quer da CF, quer da Constituição do Estado de São Paulo), não havendo, pois, qualquer obstáculo jurídico que impeça sua conversão em lei.

Remarque-se que a subordinação direta da Superintendência da Polícia técnico-científica ao Secretário da Segurança Pública (art. 2º, do Projeto de Lei), não viola o parágrafo 4º, do art. 144 do Texto Magno.

Em síntese, não há impedimento constitucional a que uma unidade policial, de caráter técnico-auxiliar, instrumental, possa não estar subordinada a um Delegado de Polícia de carreira" (p. 23).

27 - Dalmo Dallari esclarece: "Na realidade, as funções policiais são sempre de natureza administrativa, mesmo quando exercidas para auxiliar o Poder Judiciário no esclarecimento das circunstâncias de um crime, O que é razoável, e mesmo necessário em consequência da complexidade adquirida pela vida social, é a especialização de organizações policiais ou de seus setores, sem excluir o auxílio de especialistas não integrantes dos quadros da Polícia, para objetivos determinados, como a investigação científica ou perícia técnica" (p.164 da Rev. Trimestral de Dir. Público 4).

28 - A Lei 6447 de 02/01/2004 do Estado de Alagoas vinculou-o diretamente à Secretaria do Estado de Defesa Social.

29 - Celso Ribeiro Bastos assim o comenta: "O presente dispositivo confere aos acusados em geral a proteção da ampla defesa e do contraditório. No direito anterior, ambos estavam separados em preceptivos diferentes. A união que ora se faz parece de boa técnica, dada a íntima imbricação existente entre eles.

Por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É por isso que ela assume múltiplas direções: ora se traduzirá na inquirição de testemunhas, ora na designação de um defensor dativo, não importando, assim, as diversas modalidades, em um primeiro momento. Basta salientar, por enquanto, o direito em pauta como instrumento assegurador de que o processo não se converterá em luta desigual em que ao autor caiba a escolha do momento e das armas para travá-la e ao réu só caiba timidamente esboçar negativas. Não, forçoso se faz que ao acusado se possibilite a colocação da questão posta em debate sob um prisma conveniente à evidenciação da sua versão.

É por isso que a defesa ganha um caráter necessariamente contraditório. É pela afirmação e negação sucessivas que a verdade irá exsurgindo nos autos. Nada poderá ter valor inquestionável ou irrefutável. A tudo terá de ser assegurado o direito do réu de contraditar, contradizer, contraproduzir e até mesmo de contra-agir processualmente. Ligados historicamente ao direito penal, hoje, por força do novo Texto, trata-se de uma garantia aos acusados em geral" (Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol., Ed. Saraiva, 2004, p. 286/7).

30 - "É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório." (STF, Habeas Corpus 73338-7, Rel. Min. Celso de Mello, 13.08.96).

31 - O art. 158 do CPP assim redigido: "Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado", demonstra a relevância da prova pericial na busca da verdade fática dos elementos constitutivos do delito investigado.

32 - O artigo 184 está assim redigido: "Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade".

33 - O inciso LIV do art. 5º da C.F. está assim redigido: "LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". José Cretella Júnior comenta-o: "Devido Processo Legal: A expressão "devido processo legal" é versão "ad litteram" da expressão inglesa "due process of law", cuja tradução correta e correspondente em nossa língua deverá ser "adequado processo jurídico". "Due", em inglês, é "devido", "próprio", "adequado". Seu antônimo é "undue" (= "not just; not lawfull, as an undue proceeding; improper, not appropriate or suitable"). Em vernáculo, teremos "não devido", não justo, injusto; ilegal (como, por exemplo, na frase: um processo ilegal, impróprio, inadequado; não apropriado ou seguível). DEVIDO PROCESSO LEGAL é aquele em que todas as formalidades são observadas, em que a autoridade competente ouve o réu e lhe permite a ampla defesa, incluindo-se o contraditório e a produção de todo tipo de prova — desde que obtida por meio lícito —, prova que entenda seu advogado deve produzir, em juízo. Sem processo e sem sentença, ou prolatada esta por magistrado incompetente, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens" (grifos meus) (Comentários à Constituição de 1988, vol. I, Forense Universitária, 1989, p. 530).

34 - "O perito judicial desempenha atividade judiciária, exercita função pública, ainda que indicado pela acusação ou defesa. Sobreleva interesse do Estado. A perícia é indispensável ao processo, integrante da prestação jurisdicional. Inclui-se no âmbito de funcionário público, no conceito penal do termo (CP327)." (STJ – RHC – Rel. Vicente Cermicchiaro – RSTJ 25/125).

35 - "Para Moacyr Amaral dos Santos, LAUDO constitui o parecer emitido pelo Perito, isto é, a fiel exposição das operações e ocorrências da diligência, com o parecer fundamentado sobre a matéria que lhe foi submetida a exame. No LAUDO PERICIAL reside a documentação da perícia, nele se documentam os fatos ocorridos, as operações realizadas e as conclusões, devidamente fundamentadas, a que chegarem os Peritos e os assistentes técnicos, estes últimos nas esferas cível e trabalhista" (Laudo Pericial – Aspectos técnicos e jurídicos, autores: José Lopes Zarzuela/Minoru Matunaga/Pedro Lourenço Thomaz, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 35).

36 - "No tocante à prova pericial, o princípio da contraditoriedade não confere à parte o direito de intervir no exame técnico, tanto que o CPP adotou nos artigos 160 e 176 o sistema pelo qual os peritos respondem a quesitos formulados pelo juiz e pelas partes. Se estas não podem intervir na nomeação dos peritos, como se lê no art. 276 do CPP, com razão maior não podem intervir na perícia, pois este absurdo é justamente repellido pelo senso comum e pela natureza do exame pericial". (RHC 54614 – pleno do STF).

37 - "José Frederico Marques preleciona que LAUDO PERICIAL é a exposição da perícia e seu resultado. Nele devem vir as conclusões do Perito sobre a perícia levada a efeito, procedidas da respectiva fundamentação. Ali responderá o Perito aos requisitos das partes e do Juiz, com o que atingirá a perícia os seus fins e objetivos" (Laudo Pericial – Aspectos técnicos e jurídicos, ob. cit. p. 35).

38 - Maria Helena Diniz assim se refere à perícia: "PERÍCIA. 1. Direito civil e direito processual civil, a) Exame e vistoria. Exame é a apreciação de alguma coisa, por meio de peritos, para esclarecimento em juízo, como, por exemplo, exame de livros; exame de sangue, na ação de investigação de paternidade; exame grafotécnico; exame médico, nas interdições. Vistoria é a mesma operação, porém restrita à inspeção ocular, muito empregada nas questões possessórias, nas demarcatórias e nas referentes aos vícios redibitórios; b) arbitramento, que é o exame pericial que tem em vista determinar o valor da coisa ou da obrigação a ela ligada, muito comum na desapropriação, nos alimentos, na indenização de danos por atos ilícitos; c) prova destinada a levar ao juiz elementos instrutórios sobre algum fato que depende de conhecimentos especiais de ordem técnica (José Frederico Marques); d) exame técnico, feito por perito, de fato, estado ou valor do objeto litigioso; e) verificação da verdade dos fatos, por técnicos de reconhecida habilidade e competência. 2 Direito processual penal. a) Meio probatório que consiste em exames os quais fornecem elementos que possibilitam o magistrado a pronunciar sua decisão; b) parecer ou laudo técnico de perito oficial ou de pessoa habilitada, que serve para esclarecer o delito, por resultar, por exemplo, de exame de corpo de delito, direto ou indireto" (Dicionário Jurídico, vol. 3, Ed. Saraiva, 1998, p. 572).

39 - Ainda é Frederico Marques que esclarece: "Conceito: A perícia é a prova destinada a levar ao juiz elementos instrutórios sobre algum fato que depende de conhecimentos especiais de ordem técnica. Ela pode consistir numa declaração de ciência, na 'afirmação de um juízo', ou em ambas as operações, simultaneamente. É declaração de ciência, quando 'relata as percepções colhidas' e afirmação de um juízo quando 'constitui parecer que auxilie o juiz na interpretação ou apreciação dos fatos da causa'" (José Frederico Marques, Manual de direito processual civil, v. 2, p. 225) (Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 58, p. 118).

40 - André Ramos Tavares lembra que: "Ademais, a interpretação é essencialmente uma atividade prática, voltada à solução de situações concretas (ainda que hipoteticamente construídas).

Inúmeros são os métodos apontados como aptos a serem utilizados pelo intérprete em sua atividade. Tais métodos são sempre instrumentais, quer dizer, valem como meios de alcançar o conteúdo normativo apenas enunciado.

Ainda quando o próprio Direito contemple os métodos admissíveis para sua interpretação, essas normas serão instrumentais, vale dizer, normas sobre as demais normas" (Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 6ª. ed., 2008, p. 77).

41 - O artigo 176 do CPP tem a seguinte dicção: "Art. 176. A autoridade e as partes poderão formular quesitos até o ato da diligência".

42 - Pinto Ferreira ensina: "A ampla defesa deve ser assegurada aos litigantes tanto no processo judicial como no processo administrativo. O devido processo legal (*due process of law*) do direito norte-americano equivale à fórmula da ampla defesa. A Constituição Federal vigente usa as expressões devido processo legal e ampla defesa no art. 5º, respectivamente nos incisos LIV e LV.

As Constituições de 1891 (art. 72, § 16) e de 1946 aludem à "plena defesa". A Constituição de 1934 (art. 113, n. 24) e a Lei Fundamental vigente usam a locução "ampla defesa".

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, art. XI, n. 1, assim se expressa: "Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

A garantia da plena ou ampla defesa significa o mesmo que "*due process of law*", como salientam os tratadistas, a exemplo de Mangoldt. Procede especialmente da Magna Carta de 1215" (Comentários à Constituição Brasileira 1º vol., Ed. Saraiva, 1989, São Paulo, p. 176).

43 - O "caput" do art. 37 da C.F. está assim redigido: "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela EC 19, de 1998)..".

44 - Comentei-o: "Em minha concepção, portanto, a União tem competência de atribuições e legislativa maior, cabendo competência residual aos Estados, além daquela que lhes é própria.

O fato de possuir competência residual, a que o § 1º se refere, não elimina a relevância da mesma, visto que a União, por ter competência exaustivamente discriminada, não pode atuar além das áreas permitidas pela Constituição.

O dispositivo mencionado poderia, assim, ser lido da seguinte forma: "Aos Estados são reservadas as competências não vedadas pelas Constituições, enquanto à União é vedado o exercício de competência não outorgada pela Constituição".

A regra acima colocada, pela qual aos Estados tudo é permitido, menos o que lhes é vedado pela Constituição, e à União tudo é vedado, menos o que lhe é permitido, reduz o impacto de considerar a competência residual como meramente complementar, sem força maior" (Comentários à Constituição do Brasil, 3º vol., Tomo II, Ed. Saraiva, 2002, p. 92/3).

45 - Constituição do Estado de S. Paulo: ARTIGO 140 - "§ 5º - Lei específica definirá a organização, funcionamento e atribuições da Superintendência da Polícia Técnico-Científica, que será dirigida, alternadamente, por perito criminal e médico legista, sendo integrada pelos seguintes órgãos;

1 - Instituto de Criminalística;

2 - Instituto Médico Legal".

46 - Textos das leis examinadas pelo parecerista.

47 - Não há incompatibilidade entre o que escrevi e a decisão na ADIN 236-8, em que se discutiu autonomia da Polícia Penitenciária, que sendo órgão de vigilância, estaria subordinada à Polícia como órgão de segurança. A situação é diferente dos peritos cuja atuação é autônoma e independente.

Informações bibliográficas:

MARTINS, Ives Gandra da Silva **Autonomia e Independência da Função dos Peritos Criminais à Luz da Lei Suprema e do Código de Processo Penal - Parecer**. Editora Magister - Porto Alegre. Data de inserção: 25/08/2008. Disponível em: www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=261 . Data de acesso: 30/04/2010.