

**DEFENSORIA PÚBLICA E FUTURO DA DEFESA CRIMINAL:
CONTROLE DA PROVA CIENTÍFICA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Graziela Paro Caponi

Defensora Pública do Estado do Pará.

Especialista em Direito Penal e Perícias Forenses. Mestranda em Ciências Criminais
pela FDUL (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa).

INTRODUÇÃO

O Brasil não adota paradigmas objetivos de admissibilidade da prova científica no processo penal, o que se afigura extremamente grave, considerando os bens jurídicos postos em julgamento. Tal fato, observável diante de um simples compulsar da omissa legislação, também é aferível no dia-a-dia da atividade profissional. Em conversas informais entre defensores públicos que atuam nas mais diferentes Comarcas do país, o que se constata como regra é uma profusão de laudos periciais expedidos por peritos “ad hoc”, ou até mesmo por institutos de Criminalística locais, elaborados de forma incompleta, expressando opiniões sem a indicação da metodologia adotada pelo subscritor no processo de formação de sua análise ou, de qualquer outro modo, produzidos em desacordo com padrões científicos mundialmente reconhecidos. É rotineira, ainda, situação ainda pior: a completa ausência de laudos periciais, dispensados inclusive em delitos não-transeuntes, a par da previsão legal em contrário. Desta feita, denúncias e decisões culminam por dispensar prova de materialidade, pautando-se em juízos abstratos, preconceitos, ideias vagas de senso comum ou construções de silogismos equivocados. Esta prática reiterada e odiosa, para além de mascarar falácias e apresenta-las como verossimilhanças, produz série de condenações injustas – afinal, independentemente do mérito da acusação, foi o acusado usurpado do direito à prova (aqui compreendido em seu sentido amplo, que deve abranger todas as circunstâncias da imputação). Trata-se de realidade, no entanto, a que os defensores públicos criminais não podem jamais se conformar.

Independentemente da presença de assistentes técnicos ou de formação específica na área de Criminalística, pretende-se demonstrar que é não apenas possível, mas urgente e necessário que o Defensor Público intervenha para assegurar neste aspecto a plenitude do direito à produção probatória – sendo a confiabilidade e adequação científica da prova, em verdade, parte integrante deste direito.

O que se propõe no presente trabalho é a adoção de tese institucional que, ao fim, fixe orientação de trabalho geral, extensiva a todos os defensores públicos criminais. A proposta não se encerra nisto: apresentam-se também reflexões pertinentes, objetivando traçar possibilidades e mecanismos de controle para o aperfeiçoamento da prova científica. Afinal, é nítido que o direito não pode isolar-se em relação às demais ciências. Especialmente em âmbito criminal, essa afirmação se mostra ainda mais

crucial; afinal, um processo penal legítimo e democrático não pode, jamais, se pautar em obscurantismos.

1 DEFENSORIA PÚBLICA E LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA: REALIDADE PRESENTE E OLHAR PRO FUTURO

1.1 Um orgulho institucional: a atuação perante os Tribunais Superiores

A Defensoria Pública vem protagonizando considerável, embora lenta, revolução no Processo Penal brasileiro. Este é um dado que verifica, *a priori*, através de constantes matérias jornalísticas¹ voltadas a relatar o número de recursos e ações autônomas de impugnação admitidas e providas nos tribunais superiores. Porém, não basta a catalogação numérica das referidas ações para justificar tal afirmação – é preciso ir além, perquirindo o seu conteúdo. E aqui, novamente, constata-se a constante participação da Defensoria Pública como autora direta ou interveniente em ações de destaque, a debater questões penais e processuais penais de relevo².

A Defensoria Pública, assim entendida a partir do princípio da unidade, é instituição responsável pela capilarização de novas teses em altas instâncias. O revolvimento de problemas jurídicos, a discussão aprofundada e qualificada de questões técnicas através de recursos e ações defensoriais, permite que o conteúdo das decisões proferidas alcance os mais vulneráveis (clientela preferencial do sistema de justiça penal).

Inobstante a Instituição não conte com colegiado nacional próprio, hábil à edição de diretrizes ou linhas-guia de atuação, os problemas rotineiros, comuns, próprios de qualquer processo criminal, encontram-se em constante discussão entre defensores. Seja

¹ Vide, por exemplo, DANTAS, Dimitrius. *Defensoria Pública é responsável por quase metade dos recursos apresentados em instâncias superiores*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/epoca/brasil/defensoria-publica-responsavel-por-quase-metade-dos-recursos-apresentados-em-instancias-superiores-24048594>. Acesso em: 20 de junho de 2022. Ainda, FARIA, Flavia e GARCIA, Guilherme. *Defensoria Pública supera advogados particulares em casos revistos por STJ e STF*. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/defensoria-publica-supera-advogados-particulares-em-casos-revistos-por-stj-e-stf.shtml>. Acesso em 20 de junho de 2022.

² Citando-se um exemplo recente, temos o protagonismo da Defensoria Pública do Rio de Janeiro na mudança de paradigma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o reconhecimento exclusivamente fotográfico, tema de destaque noticiado na própria imprensa do Tribunal. Vide *STJ traz novos avanços no entendimento sobre o reconhecimento de pessoas*. Portal STJ. Notícias. 17/03/2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/17032022-STJ-traz-novos-avancos-no-entendimento-sobre-o-reconhecimento-de-pessoas.aspx>. Acesso em 20 de junho de 2022.

em encontros presenciais, como seminários ou congressos; ou até mesmo em encontros virtuais (que acontecem através das mais diversas plataformas, como aplicativos de trocas de mensagens, *podcasts* etc) defensores dialogam constantemente, sem competitividade – sem que em tal comunicação intervenham ruídos próprios da concorrência, inerente ao mercado privado de prestação de serviços jurídicos. A partir de tais discussões, as teses aventadas podem se aperfeiçoar, ganhar corpo e se multiplicar, como verdadeiros parâmetros de atuação. Ao replicarem por todo o país, produz-se ampla repercussão - atingindo critério exigido pelos tribunais superiores.

Reconhecer o potencial da Defensoria Pública como agente de transformação social, e seu papel de guardião de garantias dentro do processo penal, é resultado lógico da análise de como os defensores dialogam e aperfeiçoam seus trabalhos em sua praxe cotidiana. Compreender esta dinâmica também é o primeiro passo para identificar problemas jurídicos urgentes e avistar o potencial de solução futura.

Assim, a partir desses espaços informais de diálogo, troca de experiências e capacitação, o conhecimento sobre problemas repetitivos se avoluma, sendo delineadas e construídas estratégias de atuação. Um temas de necessário debate e aperfeiçoamento é o controle da prova pericial - assunto ainda incipiente no direito processual penal brasileiro e ainda pouco questionado em tribunais.

1.2 O necessário atuar perante o primeiro grau de jurisdição: direcionamento, uniformidade e atuação pulverizada

Ao se propor tese institucional de aplicação uniforme e nacional sobre tema relevante, o que se busca, em verdade, para além de capacitar e orientar defensores, é também uniformizar condutas e assegurar coerência na ação defensorial.

A correção de falhas estruturais começa por nós, instituição mais jovem e plural do sistema de justiça. É a uniformização do trabalho realizado nas bases, isto é, no primeiro grau de jurisdição, que poderá transformar situações pontuais, pulverizadas, em questões de relevo e representatividade, suscetíveis de ascender aos altos graus do Judiciário. Daí a relevância e a importância de ser a presente tese apresentada em encontro nacional de Defensores.

2 O CONTROLE DA PROVA PERICIAL NO SISTEMA NORTE-AMERICANO: ORIGEM E INSPIRAÇÃO

2.1 Padrão de aceitação geral ou teste de Frye

O caso Frye vs Estados Unidos³ afigura-se paradigmático, ao tratarmos do tema da prova pericial e seu controle. No ano de 1922, um jovem negro que se encontrava sob custódia estatal, acusado de um roubo, veio a confessar um assassinato ocorrido mais de um ano antes. Posteriormente, o jovem retratou-se da confissão realizada em sede policial, tendo sido utilizado ferramenta popularmente conhecida como “detector de mentiras”, ou polígrafo⁴, para assegurar a credibilidade deste segundo depoimento. Ocorre que a técnica empregada tratava-se ainda de mecanismo experimental, que não contava com a devida aceitação da comunidade científica. Daí porque a ausência de consenso dos especialistas da área fez com que a condenação de Frye fosse mantida, descartando-se a prova obtida através da aplicação do polígrafo. O “padrão Frye”, consistente na admissão da prova técnica condicionada à aceitabilidade da comunidade científica especializada, tornou-se então parâmetro de controle probatório, por décadas⁵.

2.2 O caso Daubert: construção jurisprudencial e virada paradigmática sobre o tema

A utilização do “padrão de aceitação geral”, porém, revelou-se insuficiente. Afinal, técnicas experimentais e pouco ortodoxas poderiam ser validadas por um determinado segmento da comunidade científica e desconsideradas por outro⁶. É o caso, por exemplo, das marcas de mordida, notoriamente utilizadas pela “ortodontia forense” para identificar a autoria de delitos, e atualmente refutadas por sua alta taxa de erro. As chamadas “junk science” poderiam, equivocadamente, adquirir plena aceitabilidade diante de um juiz leigo, por se revestirem de aparente cientificidade, acaso não contestadas adequadamente. Era preciso estabelecer novos parâmetros de controle.

³ Frye v. Estados Unidos, 293 F. 1013 (1923).

⁴ ALDER, Ken. The Lie Detectors: The History of an American Obsession. Free Press, 2007.

⁵ VAZQUEZ, Carmen. Prova Pericial: da prova científica à prova pericial. Salvador: JusPodvm, 2020.

⁶ GROSCUP, J. L.; PENROD, S.; HUSS, M., Studebaker, C., & O’Neil, K. (2002). The effects of Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals on the admissibility of expert testimony in state and federal criminal cases. Psychology, Public Policy, & Law, 8, 339-372.

O julgamento de um caso cível, no ano de 1993 (Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. 509 U.S. 579) inaugurou uma nova perspectiva sobre o tema⁷. Ao decidir sobre o nexo de causalidade entre o uso de medicamento para enjôos e o aparecimento de malformações congênitas, a Suprema Corte Americana, mantendo o entendimento das instâncias inferiores, descartou a utilização de pareceres de especialistas independentes contratados pela parte autora, julgando improcedente a pretensão. Como razão de decidir, em síntese, declinou que não bastaria, para o fim de admissão da prova técnico-científica, a mera aceitabilidade por parcela de especialistas. Seria preciso aferir a observância a cinco critérios, objetivamente construídos:

- a) *testes empíricos* - as técnicas empregadas deveriam ser testáveis sobre padrões científicos vigentes; assim, deve-se perquirir se pode ser e/ou se foi testada;
- b) *publicações científicas e processo de revisão por pares* – a metodologia utilizada deve ter sido submetida ao crivo de publicação em revistas científicas de respaldo, inclusive tendo sido contraditada e revisada por outros especialistas;
- c) *conhecimento sobre taxas de erro* – deve-se averiguar se a taxa de erro a incidir sobre o uso do método é conhecida e, também, aceitável;
- d) *tecnologia padronizada e controle da técnica empregada* – as técnicas e metodologias empregadas para a elaboração do laudo não podem ter sido desenvolvidas exclusivamente para o litígio, ou com o objetivo de produzir a conclusão pretendida, devendo ser padronizada, geral e sujeita a controle externo;
- e) *aceitabilidade pela comunidade científica*.

2.3 Padrão Daubert: uma necessária reflexão

A delimitação do chamado “Padrão Daubert” se constituiu verdadeiro marco, definindo parâmetro decisório sobre a prova pericial a partir do qual outros casos foram julgados⁸.

⁷ BERGER, Margaret A.. The Supreme Court’s Trilogy on the Admissibility of Expert Evidence”. Reference Manual on Scientific Evidence, second edition, Federal Judicial Center, Washington, DC, 2000.

⁸ Outros dois processos, General Electric Co. v. Joiner (1997) e Kumho Tire Company v. Carmichael (1999), os quais compõem a denominada “Trilogia Daubert”, junto com o próprio caso homônimo. Por limitação metodológica não será trazido conteúdo aprofundado sobre o tema, que tem ampla literatura científica, indicando-se, porém, alguns artigos de referência: FAIGMAN, David L. Judges as “Amateur Scientists.” *Boston University Law Review*, Boston: Boston University School of Law, vol. 86, n. 5, pp. 1207-1225, Dez. 2005 e DIXON, L., & GILL, B. Changes in the standards for admitting expert evidence in federal civil cases since the Daubert decision. *Psychology, Public Policy, & Law*, 8, 251-308.

A jurisprudência norte-americana seguiu interpretando os referidos critérios em outros casos emblemáticos, além de ter procedido à revisão das Regras Federais sobre Evidências, normas seguidas também pelos tribunais estaduais como referencial de atuação.

É possível considerar, a partir desta introdução histórica, que a delimitação de parâmetros objetivos para o controle da prova pericial, no direito norte-americano, não se deu de modo unívoco (por exemplo, por simples interpelação legislativa) demandando longa construção jurisprudencial e doutrinária – que não se encerraram, aliás, com a edição e revisão de regras normativas.

A utilização dos critérios Daubert como parâmetro interpretativo legítimo às normas hoje existentes sobre controle da prova pericial, no Brasil, não se trataria de mero transplante do instituto, já que teríamos de considerar, necessariamente, a espantosa semelhança entre o processo histórico que culminou em sua edição e a nossa atual sociedade. As dúvidas sobre determinada ciência não podem servir à desconsideração ou distorção de métodos e técnicas amplamente aceitos. A superação do parâmetro científico, com a dispensa incondicionada da prova pericial, resulta num caminho perigoso a se percorrer, especialmente em matéria penal, em que estão em jogo os bens da vida mais preciosos de determinada pessoa, quando acusada de um delito.

3 BRASIL E PROVA PERICIAL

3.1 Controle da prova científica no Código de Processo Penal

O abismo de diferenças inegáveis a distanciar o sistema processual penal norte-americano do brasileiro, tal como se afirmou, não pode servir de desestímulo à busca pelo controle rigoroso e científico da prova pericial, em terras tupiniquins. Afinal, é nítido que, tal como ocorre no sistema anglo-saxão, entre nós também não há uma previsão legislativa analítica, detalhada e extensa sobre o tema, demandando-se a interposição de uma construção conjunta, doutrinária e jurisprudencial.

Nossa legislação processual penal é bastante omissa sobre o tema. Tem-se que a obrigatoriedade da prova técnico-pericial está grafada no artigo 158 do Código de Processo Penal Brasileiro (CPP). Ao determinar que, em infrações que deixem vestígios, torna-se obrigatória a realização do exame de corpo de delito, e que este não pode ser suprido pela confissão do acusado, buscou-se estabelecer um dever ao Estado-Acusação, e Estado-Julgamento, de franquear o acesso do acusado a este tipo de prova, independentemente de seu interesse ou manifestação de vontade. O problema é que o próprio Código de Processo Penal trouxe hipóteses de dispensa da prova pericial, como, por exemplo, no desaparecimento dos vestígios (art. 167) ou, ainda, na admissão do exame de corpo de delito indireto.

Em matéria processual penal, a regra é a flexibilização das regras, aparentemente; afinal, é o que também se observa no artigo 159. Ao estabelecer a oficialidade do perito, grafou o legislador a necessidade específica de ser este servidor público de carreira. Porém, o próprio dispositivo permite que, na falta de perito oficial, duas pessoas “idôneas” possam substituí-lo.

Em matéria de prova pericial penal, a incoerência e omissão legislativa se avolumam. No mesmo dispositivo, em seu parágrafo terceiro, há previsão expressa quanto à admissibilidade de assistente técnico, assim como, à possibilidade de formulação de quesitos pelas partes. No entanto, não há previsão quanto à intimação das partes para tanto, prazo ou nada semelhante.

Muito embora a grande maioria dos exames e perícias sejam realizados em fase de inquérito, o parágrafo quinto do mesmo artigo condiciona a atuação das partes, em termos de esclarecimentos e impugnações, ao curso do processo judicial.

A partir do artigo 161, o Código passa a traçar regras específicas sobre determinados tipos de exames. Assim, imiscuindo-se de seu dever de esclarecer mecanismos efetivos de controle da prova pericial em geral, o Código de Processo Penal passa a estabelecer regramentos aplicáveis a perícias diversas, sem estabelecer, no entanto, consequências ao seu descumprimento.

Assim é que, por exemplo, o artigo 165 estabelece como facultativa, no exame necroscópico, a juntada de provas fotográficas, esquemas ou desenhos para representar lesões encontradas no cadáver – o que, infelizmente, culmina na interpretação de que tais elementos são dispensáveis ou desnecessários, quando na verdade revelam-se

fundamentais à análise e eventual impugnação do quanto concluído pelo subscritor do laudo.

O artigo 182 parece ser o dispositivo que melhor fundamenta o controle da prova pericial, ao determinar que “o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”. Todavia, não há qualquer previsão relacionada às hipóteses de rejeição, requisitos ou critérios, sequer para orientar o julgador ou estabelecer margem de atuação à defesa.

O legislador praticamente sepulta a atuação defensiva em matéria de controle da prova pericial ao estabelecer hipótese ampla de denegação de requerimentos, quando estabelece no artigo 184 que, à exceção do exame de corpo de delito, qualquer outra perícia pode ser rejeitada pelo julgador quando não for necessária ao esclarecimento da verdade. A cláusula aberta e genérica estabelecida pelo comando da lei⁹ consagra o absurdo: afinal, o que é “verdade”? Esta relaciona-se ao fato ou a circunstâncias do fato? Como estabelecer se determinada prova é necessária ou não, inclusive para eventual incidência de uma atenuante ou causa de diminuição de pena, sem que se conheça previamente seu conteúdo, as conclusões ou a determinação de seu resultado? As regras sobre o exame pericial são antigas e carecem de atualização; entretanto, a última reforma processual data de 2008.

Assim é que, na praxe forense, a exceção ganhou ares de regra. Cotidianamente, dispensam-se os exames por falta de aparato técnico – seja para a coleta, registro, preservação ou análise dos vestígios; ou mesmo por se entende-los meramente protelatórios, independentemente da demonstração do resultado prático pretendido em benefício do acusado.

Diante da incompletude da matéria em âmbito processual penal, indaga-se: seria possível, ainda assim, exercer controle sobre a prova pericial?

3.2 Prova pericial e o CPC

O Código de Processo Civil brasileiro, em vigor desde o ano de 2015, possui doutrina um pouco mais ampla e abrangente sobre o controle da prova pericial.

Já no artigo 464, §1º, por exemplo, estabelece circunstâncias em que se permitirá a dispensa da prova pericial, devendo o magistrado fundamentá-la em uma dessas

⁹ 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.

hipóteses: I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico; II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas; ou III - a verificação for impraticável. Outra circunstância expressa de dispensa é a do art. 472, que seria diante da apresentação de pareceres técnicos ou documentos elucidativos, pelas partes, suficientes à decisão, compondo-se assim de rol taxativo e motivado de hipóteses de dispensa.

Sendo deferida a perícia, o juiz nomeará perito especializado e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo (art. 465). Da intimação deste despacho correrá o prazo de quinze dias, dentro do qual as partes poderão ofertar quesitos e, se quiserem, indicar assistente técnico ou, também, arguir impedimento ou a suspeição do perito. O juiz também poderá ofertar quesitos e indeferir aqueles que julgar impertinentes (art. 470).

O perito nomeado terá o prazo de cinco dias para apresentar, além de seus dados pessoais e proposta de honorários, currículo com comprovação da especialização na área de conhecimento objeto da perícia (art. 465, §2º).

O artigo 466, em seus parágrafos, prevê a figura do assistente técnico de confiança da parte, os quais não se sujeitam às hipóteses de impedimento e suspeição, e que gozam da prerrogativa de prévia intimação pessoal acerca dos exames e diligências a serem realizadas pelo perito oficial, facultando-se-lhes o comparecimento.

Além das hipóteses de impedimento e suspeição, cujo regime jurídico é o mesmo previsto a magistrados, o perito oficial poderá ainda ser substituído quando lhe faltar conhecimento técnico ou científico, ou no descumprimento dos prazos legais (art. 468).

O artigo 473 é o que melhor define critérios de controle à prova pericial, em âmbito civil. Em seu caput e incisos I e II estabelece requisitos obrigatórios da perícia, como a exposição de seu objeto, e sua análise, passando, no inciso III, a indicar expressamente que o laudo deve apontar “a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou”. Aqui tem-se disposição claramente inspirada em Frye, por trazer a cláusula da aceitação geral.

A resposta aos quesitos deve ser conclusiva, fundamentada e redigida em linguagem simples, sendo previsto que o perito deve indicar como alcançou suas conclusões. Há, portanto, foco no método, vetando-se no parágrafo segundo do mesmo dispositivo que o

perito venha a ultrapassar os limites de sua designação, através da emissão de opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia.

Permite-se ao perito e assistentes técnicos a oitiva de testemunhas (§3º), a solicitação de informações, esclarecimentos e a instrução do laudo por quaisquer elementos capazes de esclarecer a perícia (como planilhas, gráficos, fotografias etc).

Da juntada do laudo pericial, caberá a intimação das partes para, no prazo comum de quinze dias (art. 477, §1º), manifestarem-se, inclusive ofertando quesitos suplementares, pedido de esclarecimentos ou impugnação, sendo no mesmo período franqueado aos assistentes técnicos a oferta de parecer. O regramento quanto aos prazos e a prévia intimação das partes é, nitidamente, uma figura de controle, embora consista em dilação do processo geralmente incompatível com o processo penal, especialmente quando o acusado responde ao feito preso. Entretanto, é certo que a ausência de previsão acerca do tema dificulta o próprio exercício do direito de controle da prova pericial. Daí porque a utilização do Código de Processo Civil de modo suplementar permite com maior amplitude o exercício de tal atividade.

A figura da “perícia consensual” está também prevista. Trata-se de hipótese em que as partes, de comum acordo, elegem perito (art. 470), desde que sejam maiores e capazes e a matéria objeto da ação possa ser objeto de composição.

Há ainda previsão acerca da denominada “prova técnica simplificada” (art. 464, §2º a 4º). Esta consiste na oitiva de especialista na área de conhecimento objeto da perícia, a ser arguido sob ponto controvertido específico.

Denota-se que a previsão legal acerca do controle da prova pericial no sistema processual cível brasileiro rege-se por franca inspiração no que restou convencionado em direito norte-americano, chegando a reproduzir disposições contidas nas Regras Federais sobre Evidências. Muito embora os critérios definidos assemelhem-se ao que foi consignado na decisão do caso Frye, as hipóteses de impugnação do perito e dos respectivos laudos detém estrutura semelhante ao que se convencionou na Trilogia Daubert, ainda que com menor detalhamento. É justificável: a discussão que resultou na aprovação do Código de Processo Civil é antiga; seu processo legislativo é contemporâneo à própria construção dos precedentes norte-americanos paradigmas.

Assim, embora em vigor somente a partir de 2015, o texto-base proposto já havia sido redigido tempos antes, o que explica o atraso. Mas, ainda assim, observa-se que o

Código Processual Civil traduz-se em conjunto de regras mais claras, modernas e específicas que o disposto no Código Processual Penal, daí porque a possibilidade de sua invocação, em matéria criminal, como fonte legislativa suplementar.

3.3 A interveniência das “guided lines” policiais como parâmetro de controle

Pouco difundidos fora dos cursos preparatórios às carreiras policiais federais ou estaduais, os denominados “Procedimentos Operacionais Padrão” (POPs), especialmente os relacionados à Criminalística, configuram-se orientações de trabalho que desenham verdadeiras regras de conduta e atuação ética dos peritos.

Seria possível a existência de um Procedimento Operacional Padrão (POP) editado no âmbito de cada polícia civil ou científica estadual, a nortear a atuação pericial no âmbito daquela unidade federativa¹⁰; porém, sabe-se que nem todos os Estados efetivamente produziram este tipo de conteúdo, o que não esquivava seus agentes de seguirem recomendações gerais de atuação.

O parâmetro federal de conduta encontra-se delineado pela própria Secretaria Nacional de Segurança Pública, que no âmbito do Ministério da Justiça editou seus procedimentos operacionais padronizados através dos chamados Cadernos de Referência, ou Manuais, temáticos acerca de algumas áreas de referência.

O mais conhecido deles é voltado à padronização da perícia criminal. Editado em 2013¹¹ e distribuído livremente pela própria página institucional da Secretaria, o documento identifica como deve ser feita a coleta e preservação dos vestígios nas mais diversas áreas periciais, como também, esclarece o método de realização dos respectivos exames. É possível encontrar orientações sobre exames de balística, genética forense, informática forense, local de crime, medicina legal, papiloscopia e química forense. Indica-se a estrutura do laudo, quesitos, discriminação das informações

¹⁰ Não sendo objeto do presente trabalho, não iremos referenciar todos os Estados da Federação, embora se saiba que há uma considerável parcela de unidades federativas que ainda não buscaram produzir regras próprias de atuação. O tema é ainda tão recente que no âmbito do Estado do Pará o referido POP foi compilado no formato de um manual e lançado somente em maio/2022, vide *CUNHA, Alexandre. Padronização de procedimentos busca eficácia de perícias em local de crime. Polícia Científica do Estado do Pará, 24 de maio de 2022. Disponível em <https://www.policiacientifica.pa.gov.br/index.php/2022/05/24/padronizacao-de-procedimentos-busca-eficacia-de-pericias-em-local-de-crime/>. Acesso em 20 de junho de 2022.*

¹¹ BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Procedimento operacional padrão: perícia criminal / Secretaria Nacional de Segurança Pública. Brasília : Ministério da Justiça, 2013.

que precisam constar obrigatoriamente do documento e, mais que isto, informa-se também dados acessórios que um laudo necessita conter.

Um laudo lacônico, que não estabelece nexos de causalidade entre os elementos identificados e a imputação, não poderia ser admitido como prova, devendo ser suprido em suas lacunas e, na eventualidade de tornar-se impossível sua complementação, deve ser declarado ilícito, e desentranhado do processo.

O Procedimento Operacional Padrão (POP), em verdade, suplementa a lei, e deve ser utilizado como parâmetro de impugnação sempre que um laudo apresentado não se adequar às suas regras. Até mesmo naquilo que houver contradição, é possível sustentar-se a prevalência do POP, pelos critérios cronológico (trata-se de norma mais recente) e de especialidade. Afinal, não cabia ao legislador processual penal, na longínqua década de oitenta, possuir conhecimentos especializados em criminalística ou prever o avanço da ciência e das tecnologias disponíveis aos peritos. Também não seria a lei processual penal necessariamente analítica o suficiente para abordar todos os procedimentos e métodos adequados à formação da prova pericial, em suas diversas especialidades.

Os conflitos com a lei, aliás, não são tão raros. Retome-se aqui um exemplo já citado em momento anterior. Diferentemente do que ocorre com o Código de Processo Penal, em que os desenhos esquemáticos, fotografias ou croquis a compor um laudo de lesões corporais, ou cadavérico, têm natureza de facultatividade, no respectivo POP afiguram-se elementos obrigatórios. Ora, o POP foi editado nos anos 2010, em que a popularização dos aparelhos celulares e máquinas fotográficas permitiu a todos extrair registros desta natureza. Além disso, modelos de croquis padronizados podem ser facilmente acessados pela rede mundial de computadores e impressos em qualquer repartição pública. Não há justificativa para sua utilização permanecer facultativa. A literatura especializada é farta ao expressar a necessidade de tais registros, inclusive para eventual apreciação pelo assistente técnico. Assim, tendo por referência o próprio conteúdo do POP, é possível impugnar um laudo pericial desacompanhado destes elementos.

Há ainda outros documentos a ser utilizados, como o caderno de Referência na Investigação de Homicídios¹², que indica procedimentos úteis na preservação do local de crime e que poderão ser cruciais na formação do futuro laudo.

Destarte não detenham natureza jurídica de lei, tratam-se de normas administrativas com força vinculativa, cuja desobediência pode levar à procedimento disciplinar por parte do agente público infrator. Além disso, representam padrões técnicos mínimos vigentes, mundialmente reconhecidos, que asseguram a cientificidade dos procedimentos, métodos e insumos utilizados.

Dáí porque argumenta-se pela possibilidade de sua utilização como parâmetro de controle judicial em matéria processual penal, isto é, diretamente pelo Magistrado, sem a necessidade de interferência das instâncias administrativas.

A desobediência a uma linha-guia (*guided line*), como são os citados POPs, representa a infringência a um padrão científico de confiabilidade e autenticidade - o que torna a prova ilícita, por interpretação extensiva do art. 157 do CPP. Muito embora a literalidade do dispositivo em questão faça expressa menção a normas constitucionais ou legais¹³, é evidente que tal conceito abarca normas administrativas editadas com força de lei.

Entrementes, a conduta do servidor público que deixa de praticar ato administrativo vinculado, como determinado pelas próprias normas administrativas a que se encontra incorporado, implica em direta ofensa ao preceito constitucional da legalidade (CRFB, art. 37, *caput*), que rege a Administração Pública, o que torna a prova ilícita, do mesmo modo.

¹² BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Investigação criminal de homicídios / colaboração: Ademário de Moraes... [et al.]. – Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SeNASP), 2014.

¹³ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

4 CONTROLE DA PROVA CIENTÍFICA CRIMINAL: POSSIBILIDADES

4.1 O necessário reconhecimento do acesso à prova científica como direito fundamental

Tal como já afirmado anteriormente, o Código de Processo Penal vigente, em sua atual redação, obstaculiza o trabalho da defesa, à medida em que, prevendo expressamente ampla hipótese de dispensa, praticamente relega à prova pericial um papel coadjuvante no processo, quando deveria, em matéria probatória, ser protagonista.

Como superar uma previsão legislativa arcaica, omissa, incompleta e absolutamente prejudicial? Primeiramente, é preciso reconhecer a prova pericial como verdadeiro direito fundamental da pessoa.

O direito fundamental à prova pericial estaria evidenciado na própria DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948), quando esta estabelece em seu artigo 11.1 que “todo ser humano 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”

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) trouxe, em seu artigo 14, 3, b, que a toda pessoa acusada de um delito deve ser assegurado dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa.

Trata-se de disposição repetida pela CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969), também denominada PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA, que expressou em seu artigo 8º, dentro do rol de garantias judiciais, a concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa. Porém, de modo inédito e absolutamente brilhante, o diploma consagrou no inciso f, o direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

Assim, ao estabelecer expressamente o direito de acesso ao perito, enquanto pessoa que também pode lançar luz sobre os fatos, efetivamente reconheceu a perícia enquanto decorrência de um processo minimamente justo.

GOMES FILHO¹⁴ explica que no âmbito de um “modelo internacional de processo justo”, a menção ao perito junto das testemunhas não exclui a garantia em relação ao meio de prova documental consubstanciado no laudo pericial. Isto porque na tradição anglo-americana prepondera a via testemunhal para a introdução de elementos informativos no processo, inclusive quanto à prova pericial. Inclusive o perito é denominado *expert witness* – ou “testemunha especializada”, em uma tradução livre. Assim, em tal sistema, as partes devem trazer os peritos à audiência para sua oitiva, independentemente da produção de laudos, sendo assegurado a cada parte a introdução de especialistas dos mais diversos ramos. Estes serão inquiridos pela parte responsável por sua contratação e, também, pela parte contrária, produzindo-se um contraditório oral amplo. A preponderância da oralidade, evidentemente, auxilia na duração razoável do processo, dado que não serão necessárias impugnações escritas.

Embora na tradição processual penal brasileira, cujas matrizes remontam aos modelos europeus, prepondere a produção da prova pericial através da modalidade documental, por intermédio dos laudos de exame de corpo de delito, seus quesitos e impugnações, resta claro que não seria preciso delinear de modo expresso tal forma ou modalidade, uma vez que a introdução dos peritos no documento já se mostra suficiente para alçar o gênero probatório no qual este se encerra à categoria de direito fundamental.

É especificamente nessa garantia, expressada enquanto meio de defesa, que a prova pericial se encerra. Que esta se presta como suporte à acusação, e garantia às vítimas, não há dúvidas; entretanto, é preciso reconhecer-se que sua produção esquiva o cometimento de injustiças e condenação de inocentes. Afinal de contas, a nenhuma sociedade civilizada interessa abdicar de valores como o postulado do estado de inocência em nome de ideais difusos, populistas, advindos de mera conflagração de pânico moral.

4.2 O problema da ausência de fase processual específica: como suprir?

O fato de não contar o CPP com previsão específica acerca da fase processual em que deve ocorrer a impugnação dos laudos periciais, tampouco prazo para interposição de quesitos suplementares, não pode servir de óbice ao exercício deste direito.

¹⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 73-75.

Sempre que possível, o Código de Processo Civil deve ser utilizado como padrão referencial, tratando-se de norma supletiva de idêntica hierarquia legislativa.

Quanto ao conteúdo da referida impugnação, é preciso estabelecer-se que também a omissão legislativa não deve obstruir a atuação defensorial. Neste sentido, as regras contidas na lei processual cível acerca dos critérios, regras e forma de aceitação dos laudos e peritos mostram-se, igualmente, aplicáveis.

No mais, ao questionar conteúdo específico (como, por exemplo, a falta de resposta pormenorizada a um quesito, ou a ausência de croqui a acompanhar um laudo cadavérico, dentre outros) sempre será possível a utilização dos procedimentos operacionais padrão locais, além das regras editadas em esfera federal pela Secretaria Nacional de Segurança Pública.

Por fim, tem-se que os critérios Daubert, na condição de *soft law*, podem ser igualmente invocados.

Em inúmeras ocasiões, nossos tribunais já utilizaram precedentes oriundos de direito estrangeiro como referencial e paradigma decisório, na falta de correspondentes pátrios¹⁵.

Reconhecemos a dificuldade em realizar referido controle, sem o devido auxílio de assistentes técnicos – sendo que a Defensoria Pública brasileira, em regra, permanece desprestigiada financeiramente, a despeito de sua propalada respeitabilidade social. Aí é que será necessário o devido trabalho de investigação defensiva – sendo legítimo ao defensor que possua quaisquer conhecimentos em Criminalística questionar diretamente os laudos periciais. E, sempre que necessário, incumbe-lhe auxílio externo.

Frise-se que o auxílio externo poderá ser obtido através de entidades públicas ou privadas, tais como universidades, repartições públicas diversas etc, mediante requisição. A prerrogativa de requisitar é, para além de uma ferramenta de trabalho indispensável, garantia ao assistido de que o defensor usará de todos os meios legítimos em seu favor.

¹⁵ Vide, a este respeito, o completo trabalho de SIGNORETTI, Diogo Brandau. A utilização de precedentes estrangeiros pelo Supremo Tribunal Federal – fundamentos e critérios. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2013.

CONCLUSÕES

Diante do exposto, é possível concluir, inicialmente, que o passado e presente da Defensoria Pública confluem para a formação de teses institucionais a serem cada vez mais difundidas e aplicadas, como mecanismo de litigância estratégica.

Acerca do tema do controle pericial, tendo sido exposta de forma exaustiva a respectiva fundamentação, cabe proposta específica de tese vinculativa, que poderia ser assim delimitada:

Incumbe ao defensor público criminal, diretamente ou mediante requisição a terceiros, no exercício de sua função e em prol do assistido, atuar diretamente no controle da prova pericial, suprindo a lacuna legislativa. Para tanto, deverá invocar fontes primárias do Direito (como, por exemplo, o Código de Processo Civil Brasileiro), ou secundárias (tais quais os critérios Daubert, guided lines policiais etc) como parâmetros para a impugnação de laudos, pareceres, exames ou técnicas que não se amoldem aos padrões internacionalmente reconhecidos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ALDER, Ken. The Lie Detectors: The History of an American Obsession. Free Press, 2007.

BERGER, Margaret A.. The Supreme Court's Trilogy on the Admissibility of Expert Evidence". Reference Manual on Scientific Evidence, second edition, Federal Judicial Center, Washington, DC, 2000.

COSTA, Vladimir Morcillo da. Prova pericial no processo penal, dissertação de mestrado apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

CUNHA, Alexandre. Padronização de procedimentos busca eficácia de perícias em local de crime. Polícia Científica do Estado do Pará, 24 de maio de 2022. Disponível em

<https://www.policiacientifica.pa.gov.br/index.php/2022/05/24/padronizacao-de-procedimentos-busca-eficacia-de-pericias-em-local-de-crime/>. Acesso em 20 de junho de 2022.

DANTAS, Dimitrius. Defensoria Pública é responsável por quase metade dos recursos apresentados em instâncias superiores. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/epoca/brasil/defensoria-publica-responsavel-por-quase-metade-dos-recursos-apresentados-em-instancias-superiores-24048594>. Acesso em: 20 de junho de 2022.

DIXON, L., & GILL, B. Changes in the standards for admitting expert evidence in federal civil cases since the Daubert decision. *Psychology, Public Policy, & Law*, 8, 251-308.

FAIGMAN, David L. Judges as “Amateur Scientists.” *Boston University Law Review*, Boston: Boston University School of Law, vol. 86, n. 5, pp. 1207-1225, Dez. 2005.

FARIA, Flavia e GARCIA, Guilherme. Defensoria Pública supera advogados particulares em casos revistos por STJ e STF. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/defensoria-publica-supera-advogados-particulares-em-casos-revistos-por-stj-e-stf.shtml>. Acesso em 20 de junho de 2022.

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

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 73-75.

GROSCUP, J. L.; PENROD, S.; HUSS, M., Studebaker, C., & O’Neil, K. (2002). The effects of *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* on the admissibility of expert testimony in state and federal criminal cases. *Psychology, Public Policy, & Law*, 8, 339-372.

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Investigação criminal de homicídios / colaboração: Ademárcio de Moraes ...[et al.]. – Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SeNASP), 2014.

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Procedimento operacional padrão: perícia criminal / Secretaria Nacional de Segurança Pública. Brasília : Ministério da Justiça, 2013.

KNIJNIK, Danilo. Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SIGNORETTI, Diogo Brandau. A utilização de precedentes estrangeiros pelo Supremo Tribunal Federal – fundamentos e critérios. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2013.

STJ traz novos avanços no entendimento sobre o reconhecimento de pessoas. Portal STJ. Notícias. 17/03/2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/17032022-STJ-traz-novos-avancos-no-entendimento-sobre-o-reconhecimento-de-pessoas.aspx>. Acesso em 20 de junho de 2022.

VAZQUEZ, Carmen. Prova Pericial: da prova científica à prova pericial. Salvador: JusPodvm, 2020.