

Reflexões sobre a força do laudo pericial oficial e o assistente técnico.

Flávio Mirzaⁱ

Resumo: O presente artigo visa estudar a força conferida aos laudos periciais, elaborados pelos peritos oficiais do Estado, em detrimento dos feitos pelos assistentes técnicos, indicados pelas partes. No Brasil, sendo a perícia oficial, a teor do artigo 159 do Código de Processo Penal, está enraizado na prática forense que os peritos oficiais são mais confiáveis, pois são estatais. Ou seja, não teriam interesse. Em se tratando de assistentes técnicos, por serem indicados pelas partes, seriam sempre vistos com desconfiança. Espera-se que com a entrada em vigor da Lei 11.690/08, dos estudos de Direito estrangeiro, bem como a uma mudança de mentalidade dos juízes, esse paradigma possa mudar.

Abstract: This paper aims to study the strength given to expert reports, prepared by experts state officials, instead of made by technical assistants, appointed by the parties. In Brazil, being the official expertise, the wording of Article 159 of the Code of Criminal Procedure, is rooted in forensic practice that official experts are more reliable as they are state owned. That is, there would be interested. In terms of technical assistants, to be appointed by the parties, would always be viewed with suspicion. It is hoped that with the entry into force of Law 11.690/08, the studies of foreign law, as well as a change in mindset of the judges, this paradigm can change.

Palavras-chave: laudo pericial oficial/estatal - assistente técnico - força probante.

1) Introdução

A teoria da prova, e mais especificamente a prova pericial, sempre estiveram em nossas preocupações/reflexões.¹

Com efeito, sendo a prova o cerne do processo, seu estudo avulta em importância, pois dela depende o julgamento do pedido.

¹ Ver, dentre outros, meu estudo sobre a avaliação da prova pericial. Cf. MIRZA, Flávio. Reflexões sobre a avaliação da prova pericial. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho (Org.). **Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos**, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 205-223.

Nosso escopo nesse breve trabalho é estudar a força emprestada aos laudos periciais oficiais e procurar trazer ao debate o papel desempenhado pelos assistentes técnicos.

É preciso acabar com a mentalidade de que os assistentes técnicos, por serem remunerados pelas partes, elaborarão laudos e pareceres sempre passíveis de desconfiança (para dizer o mínimo, pois muitos acham que chegam a defender qualquer tese, por mais absurda que seja, só para ganhar dinheiro).

2) Delimitação do tema

A perícia, na seara penal, é oficial, ou seja, realizada pelos órgãos estatais, a teor do artigo 159 do Código de Processo Penal.² Os peritos são, portanto, ligados ao Estado.

No Rio de Janeiro, até bem pouco tempo atrás, eram, inclusive, vinculados aos quadros policiais. Logo, o ICCE (Instituto de Criminalística Carlos Éboli) e o IML (Instituto Médico-Legal) estavam subordinados às ordens do Executivo, como mais um braço da estrutura policial do Estado.

Será que isso não comprometeria a isenção das perícias? Numa reposta açodada sim. Mas, e os juízes? Também não são servidores públicos? Também não estão ligados ao Estado (que, inclusive, os remunera)? Será que suas decisões, mormente quando o particular litiga contra o Estado, não ficariam comprometidas? A resposta é, obviamente, negativa.

Diante de tais indagações, procuraremos, no próximo tópico, discutir a força emprestada aos laudos elaborados por peritos oficiais, em detrimento de pareceres confeccionados por assistentes técnicos indicados pelas partes. Visando aclarar a questão, recorreremos ao Direito de outros países, notadamente os alinhados a *civil law*.

Então, após, serão feitas considerações sobre nosso ordenamento.

² Eis a redação do caput do artigo 159 do CPP: “Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais”.

Importa salientar que numa sociedade cada vez mais plural, cosmopolita e globalizada o conhecimento não pode ser imposto.

No Estado Democrático de Direito, a garantia da eficácia concreta dos direitos fundamentais passa pela possibilidade de as partes influírem, eficazmente, nas decisões estatais. E, ao indicarem assistentes técnicos, que irão dialogar/discutir com os peritos oficiais, essa missão aproxima-se de seu cumprimento. O contraditório será, pois, obedecido em seu viés mais importante, qual seja: o direito de influência.

3) Desenvolvimento do tema

As questões levantadas acima comportam algumas considerações, pois não é novidade que diversos serviços públicos são considerados, inclusive, de melhor qualidade (e, portanto, mais confiáveis)³ que os particulares - sendo um bom exemplo o das universidades públicas. A própria magistratura, bem como o Ministério Público, são compostos por servidores públicos.

Assim, veremos como alguns ordenamentos têm enfrentado a questão da perícia realizada por peritos oficiais, bem com a intervenção de assistentes técnicos.

Não nos utilizaremos com profundidade, nesse ponto, do modelo norte-americano. Isso porque o perito, nos EUA, a par de outras diferenças, é inquirido como testemunha, com todas as implicações, em frente ao Júri. Note-se que a própria sistemática da matéria não nos ajudaria. Valer-nos-emos dos ordenamentos vinculados a *civil law*.

³ Na Espanha, por exemplo, o perito ligado a órgãos oficiais do Estado goza de maior prestígio, não sendo necessário o exercício do contraditório na fase judicial (*juicio oral*). Eis a lição de Tereza Armenta Deu: “Como veremos em su momento, acudir a estos organismos oficiales supone, amén de determinadas garantías de veracidad, un eficaz instrumento a efectos de prueba si se consideran como ‘diligencias objetivas de valor incontestable’ (prueba preconstituída) y, por ende, no necesitadas de reproducción en el juicio oral, si no se impugnaron por las partes, y entran en juicio oral como prueba documental (leyéndose en el juicio oral conforme al art.730 de LECrim). De no ser así, deberían someterse a contradicción em la fase juicio oral, citando a quienes actuaron como *peritos* em el informe que se impugna, o articulándose contraprueba (SSTC 100/1958 y 24/1998, entre otras).” Cf. DEU, Tereza Armenta. **Lecciones de Derecho Procesal Penal**, 2ª ed., Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales, 2004, p. 165.

Na Espanha, como mencionado alhures (vide nota de rodapé n.º 03), a vinculação estatal rende ao perito maior *status*. Trata-se de algo semelhante ao Brasil, onde, a toda evidência, os peritos oficiais possuem proeminência sobre os assistentes técnicos das partes.

Melhor solução parece ter adotado a Itália.

Com efeito, há uma lista com o nome e a especialidade de cada perito em poder do tribunal.⁴ Valendo-se dela, o juiz nomeia o que melhor se adequar ao caso concreto, ressaltando-se que a inscrição no álbum do tribunal não vincula o magistrado, que deve, contudo, motivar sua escolha acaso desvinculada do mesmo.⁵

Cumprir acrescentar que, em virtude de recentes reformas pelas quais passou o processo penal italiano, dentre elas a inserção da possibilidade de realização de investigações feitas por particular⁶ (no caso, o acusado), algumas considerações se impõem.

As novidades da reforma, como adiantado, tocaram a prova pericial, levando VITTORIO GREVI a afirmar que “[...] la disciplina della perizia (artt.220-233) riveste nel nuovo codice una notevole importanza, anche grazie ad alcuni suoi innegabili tratti di novità.”⁷

Com efeito, o juiz continua tendo o poder de requisitar a prova pericial, entretanto, essa prerrogativa restringe-se à fase judicial (chamada de *dibattimento*). Nesta fase, a perícia pode ser determinada de ofício ou a requerimento das partes que podem indicar assistentes técnicos. É permitido ao juiz, entretanto, valer-se tão somente dos conhecimentos dos

⁴ “Presso ogni tribunale esiste un ‘albo dei periti, diviso in categorie’, otto delle quali costituiscono discipline sine quibus non: medicina legale, psichiatria, [...]” Cf. CORDERO, Franco. **Procedura Penale**, Quinta edizione, Milano: Giuffrè, 2000, p. 738.

⁵ Essa parece ser a opinião da melhor doutrina, apoiada em jurisprudência da Corte de Cassação, *in verbis*: “L’iscrizione all’albo speciale non è, quindi, vincolante per il giudice il quale però, discostandosene, deve motivare la nomina del perito evitando scelte del tutto discrezionali e ingiustificate (Cass., sez. VI, 15 giugno 2000, p.m. in proc. Campiano, in Cass. Pen., 2001, 2345).” Cf. APRILE, Ercole. **La Prova Penale** (artt.187 – 271 cod. proc. pen.), Milano: Giuffrè, 2002, p. 237. Veja-se, também, o magistério de Andrea Antonio Dalia e Marzia Ferraioli: “Il giudice che intende nominare, como perito, un esperto non iscritto negli albi, è tenuto ad indicare, nell’ordinanza di nomina, le ragioni della scelta, che deve essere circoscritta, comunque, a soggetti che prestino attività professionale presso un ente pubblico.” Cf. DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di Diritto Processuale Penale**, Quinta edizione, Padova: Cedam, 2003, p. 239.

⁶ Para uma visão mais detalhada sobre a chamada investigação privada no Direito italiano, cf. VENDITTI, Pasquale; VENDITTI, Giuseppe. **Le investigazioni private**, Milano: Altagamma, 2006.

⁷ Cf. GREVI, Vittorio. Prove. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio (Org.). **Compendio di Procedura Penale**, Seconda Edizione, Padova: Cedam, 2003, p. 330.

assistentes técnicos (artigos 225 e 233 do Código de Processo Penal italiano) nomeados pelas partes. A aferição da idoneidade do saber manifestado basear-se-á no exame cruzado das declarações e conclusões.

Na fase das investigações preliminares (*indagini preliminari*)⁸, o juiz só pode determinar a realização de prova pericial, ou seja, nomear um perito para realizá-la, a requerimento das partes e em caso de urgência (artigo 392, 1, f, do Código de Processo Penal italiano), sendo que tais requisitos são cumulativos. As partes, por sua vez, ao invés de requerer tal medida, podem atalhar o caminho, valendo-se de assistentes técnicos (*consulenti tecnici*). A acusação e a parte civil, assim como o réu, contratam, pois, “peritos” para auxiliá-las.

Em face disso, a primeira objeção que se poderia fazer é quanto a uma possível privatização do processo penal. Isso porque o Ministério Público pagaria os honorários do assistente técnico (seu “perito”), pois, enquanto órgão do Estado, tem possibilidade para tanto, já o acusado ficaria desfavorecido.

Parece-nos que a saída esteja no modelo norte-americano. Nos EUA, se o acusado possuir recursos, contratará seu assistente técnico. Do contrário, poderá valer-se dos peritos que integram a justiça gratuita. A “defensoria pública” dos EUA tem um quadro de peritos que atuam em auxílio aos hipossuficientes.

De toda sorte, como ninguém trabalha de graça, faz-se necessária uma remuneração justa pelo trabalho.

No Brasil, pensamos que deva continuar a existir a perícia oficial. Mas, com real e efetiva possibilidade de sua contradição.

⁸ “La indagini preliminari sono l’attività di ricerca e raccolta di informazioni che il pubblico ministero e la polizia giudiziaria, acquisita la notizia che un reato sarebbe stato commesso, svolgono per consentire allo stesso pubblico ministero di assumere ‘le determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale’ (art.326), cioè di decidere se esercitare o non esercitare tale azione.” Cf. SCAPARONE, Metello. *Indagini preliminari e udienza preliminare*. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio (Org.). **Compendio di Procedura Penale**, Seconda Edizione, Padova: Cedam, 2003, p. 456.

Em verdade, pensamos que a ideia de uma perícia dita oficial, nos moldes do vetusto e autoritário Código de Processo Penal, denota uma visão errônea de Estado, impensável, portanto, nos dias atuais.

Trata-se de concepção em que há presunção (quase absoluta, para não dizer absoluta!) de legalidade e legitimidade do laudo produzido pelo perito oficial, equiparando-o a um verdadeiro ato administrativo estatal.⁹

Note-se que o saber expresso no laudo pelo perito oficial é tido como absoluto (vide nota de rodapé n. 9).

Assim, nos parece correto afirmar que a força emprestada é compatível com a que se empresta ao ato administrativo (em perspectiva vetusta e equivocada do mesmo, como será demonstrado).

Não há dúvida quanto à relevância, para a manutenção da capacidade de força do Poder Executivo, do instituto do ato administrativo.

Na lição de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO,

“[...] ato administrativo é a manifestação unilateral de vontade da administração pública que tem por objeto constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados ou entre seus próprios entes, órgão e agentes.”¹⁰

⁹ Essa concepção parece encontrar eco nos tribunais, haja vista a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, donde se extrai o seguinte trecho: “Laudo pericial, assinado por experts oficiais, tem presunção de legitimidade.” Apelação Criminal nº 2005.38.02.002020-0/MG, 3ª Turma, Relator: Tourinho Neto, publicado em 15/09/2006, DJ p. 28. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 20 dez. 2006. Infelizmente, no Supremo Tribunal Federal ainda se encontram decisões privilegiando tal concepção. A propósito, veja-se o *habeas corpus* nº 83.657, 2ª Turma, Relator: Min. Celso de Mello, publicado no ementário volume 02148-5, p. 01025. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2006.

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 136.

Trata-se, portanto, de prolação surgida unicamente no seio do Estado que tem o condão de vincular terceiros, sejam eles servidores ou cidadãos, sem qualquer função pública.¹¹

Note-se que eventual derrogação do Direito Civil apresenta-se por meio dos chamados “atributos” do ato administrativo, que são as qualidades específicas deste ato unilateral estatal que garantem a existência e a efetivação dos seus efeitos.

Inobstante a discussão doutrinária sobre a nomenclatura que devam receber tais atributos, não há grandes distanciamentos sobre ao que se referem. Adotaremos, pois, a classificação de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, que fala em presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade.¹²

Os três últimos atributos são gradações do vínculo que surge entre a Administração Pública e o administrado. Enquanto na imperatividade se enuncia a inserção do particular em relação jurídica sobre a qual não teve qualquer intervenção prévia, o atributo da exigibilidade permite a utilização de meios de coerção indiretos que levem a este terceiro a convicção que deva atuar conforme a vontade estatal. Num último estágio, situações de urgência ou permissões legais permitem à própria Administração que ingresse na esfera do particular e exerça, de forma própria, o comando que emitira. A tal possibilidade de constrangimento físico dá-se o nome de executoriedade do ato administrativo.

¹¹ A atividade administrativa do Estado é caracterizada pela existência de uma série coordenada de prerrogativas e sujeições. Este modelo ainda é fruto direto do advento da conformação estatal fundada numa separação de poderes, cujo exemplo rematado é o surgido com a Revolução Francesa. O poder do Estado, antes concentrado nas mãos do príncipe, passa a ser distribuído entre diversas funções distintas, embora de forma alguma estanques, possuindo, assim, diversos pontos de relacionamento e interseção. Nesse prisma, se o Executivo, ramo do poder destinado à implementação das políticas públicas, era um temor natural, devido aos desmandos do “rei-absoluto”, também a sua inação era preocupante, sobretudo se originada das interpretações impostas pelo Judiciário, de tradicional vinculação com os interesses da nobreza. Esse fino equilíbrio que deveria pautar a existência do Executivo é representado em seus extremos, nesse início da Revolução Francesa, pelo “Princípio da Legalidade Administrativa” de um lado e pela existência de um “Conselho de Estado”, submetido, hierarquicamente ao governante, pelo outro. Garantia-se, assim, a submissão estrita do governante à “vontade geral” sem que, com isso, sua ação fosse pautada pelo entendimento dos tribunais. Ainda que a insubmissão total ao Poder Judiciário seja insustentável no atual estágio do nosso Estado Democrático de Direito, justificam-se algumas situações juridicamente diferenciadas em prol da Administração. Isso em razão dos interesses especiais que ela defende, qualificados, globalmente, de “interesse primário”. Ou seja, aqueles atinentes a toda sociedade, se observados os seus membros na qualidade de cidadãos de uma coletividade e não vistos pelos seus interesses meramente individuais.

¹² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 369.

Todos os atributos se destacam por, além de prescindir do particular, também se darem sem qualquer necessidade de apelo ao Poder Judiciário. No entanto, se esses últimos três sucintamente descritos são meios de força, a presunção de legitimidade também ocorre sobre os atos ampliativos¹³, aqueles que aumentam o patrimônio jurídico do cidadão, como são as licenças, as permissões (atos negociais) e os pareceres e vistos (atos enunciativos).¹⁴

A presunção de legitimidade é composta de duas afirmações: a de que o ato possui validade, foi emitido em conformidade com a lei, e a de que os fatos subjacentes aos motivos daquele ato administrativo correspondem à realidade. Esta característica, também chamada de “presunção de veracidade” é o que permite a fé pública nos documentos estatais¹⁵ e leva à inversão do ônus da prova em favor da Administração Pública quando levado o ato administrativo a juízo.¹⁶

Tal concepção é insustentável.

Esse laudo, que corporificou o ato administrativo e vem impregnado da concepção acima mencionada, ao ser usado no processo, fará tábula rasa dos direitos e garantias fundamentais assegurados em nível constitucional. Assim, como bem afirmaram SÉRGIO FERRAZ e ADÍLSON ABREU DALLARI, é a administração (o Poder Público) “quem tem que demonstrar a legalidade de sua atuação”, salientando que “a presunção de legalidade vale até o momento em que o ato for impugnado.”¹⁷

Na Espanha, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA adverte que democracia pressupõe transparência e uma ampla gama de liberdades, dentre elas a liberdade de informação. Aduz, ainda, que deve haver liberdade de crítica, bem como controle dos atos de poder do Estado “en cuanto cualquier duda razonable pueda plantearse sobre la corrección de su actuación.”¹⁸ CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ sustenta, na mesma linha, que a presunção de veracidade dos atos administrativos (do Poder Público) comporta diversos

¹³ *Ibid.*, p. 370.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 210.

¹⁵ *Ibid.*, p. 182.

¹⁶ *Ibid.*, p. 183.

¹⁷ Cf. DALLARI, Adílson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 139.

¹⁸ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la Administración**, Madrid: Civitas, 2000, p. 110-111.

temperamentos e condições. Aduz, outrossim, que a jurisprudência espanhola vem reconhecendo a impossibilidade de que tal presunção seja vista de forma absoluta.¹⁹

Em França, O Conselho de Estado já determinou, em diversas oportunidades, que essas presunções de veracidade e legitimidade, vistas de forma absoluta, representam grave afronta aos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Não se pode, pois, considerá-las intocáveis, deve haver uma motivação (explicação) convincente.

Tratando de matéria probatória no processo administrativo, ALAIN PLANTEY e FRANÇOIS-CHARLES BERNARD, após concluir pela igualdade entre Estado e particular, sustentam a inadmissibilidade de inércia probatória por parte da Administração que, não raro, limita-se a apresentar documentos meramente descritivos, como, p.ex., autos de infração. Sustentam que o Poder Público precisa contribuir para a descoberta da verdade.²⁰

Na Itália, VINCENZO CERULLI IRELLI aponta como pressuposto essencial do processo administrativo sua correta instrução. Nesse sentido, apoiado em precedentes do Conselho de Estado Italiano, rechaça qualquer presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos que não tenham base em provas.²¹

No direito argentino, é interessante notar a posição de AGUSTÍN GORDILHO. Após discorrer sobre a prova no processo administrativo, entende o autor que a presunção de legalidade dos atos administrativos não pode levar o julgador a adotar a máxima de que “en la duda a favor del Estado.”²²

Transpondo a questão para o laudo do perito, não é possível cogitar-se de uma presunção de veracidade e legitimidade tão somente pela vinculação do *expert* ao Estado.

Nem se venha falar em supremacia do interesse público sobre o privado. Ou seja, o laudo do perito oficial, que encarna o interesse público, “desinteressado”, deveria estar acima

¹⁹ Cf. RODRÍGUEZ, Concepción Barrero. **La Prueba en el Procedimiento Administrativo**, Navarra: Editorial Aranzadi, 2003, p. 217 e ss.

²⁰ Cf. PLANTEY, Alain; BERNARD, François-Charles. **La Preuve Devant Le Juge Administratif**, Paris: Economica, 2003, p. 92-96.

²¹ Cf. IRELLI, Vincenzo Cerulli. **Corso di Diritto Amministrativo**, Torino: G. Giappichelli Editore, 2001, p. 406.

²² Para uma ampla compreensão do tema, consulte-se GORDILHO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**, v. VII, t. 4, Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

do interesse do particular que o contesta. Na atual quadra do Estado Democrático de Direito, um suposto e genérico interesse, denominado público, precisa ser perfeitamente especificado, não bastando sua mera invocação. É dizer: não há que se falar, genericamente, em um “princípio da supremacia do interesse público” em nossa ordem constitucional.²³

Ora, se no Direito Administrativo não se pode mais falar em veracidade e legitimidade absoluta de seus atos, como poderia ser diferente no Direito Processual Penal?

Assim, não é possível que o laudo pericial (oficial) continue a gozar de prestígio absoluto, por ser oficial!

É preciso que o perito seja confrontado, em igualdade de condições pelas partes, a fim de que não possa “esconder-se” nas presunções, acima mencionadas, atinentes ao ato administrativo, ou melhor, que seu laudo não seja imotivado, carente de embasamento. Isso será feito com o concurso de assistentes técnicos habilitados para tanto.

Na doutrina pátria, ADA P. GRINOVER já vislumbrava a possibilidade de as partes contratarem assistente técnico²⁴. Inobstante, é certo que o juiz, na esmagadora maioria das vezes, prefere, comodamente, aceitar a perícia oficial, fazendo letra morta o artigo 182 do Código de Processo Penal.

Lamentavelmente, diante do enorme número de demandas que chegam ao Judiciário, o réu é mais um nome no papel e o ofício de julgar é visto, não raro, como um mero trabalho de subsunção. Assim, premissa maior, premissa menor e síntese, aliadas a uma crescente especialização de funções (julgar e produzir laudos), parece-nos tornar a justiça cada vez mais desumana e burocratizada. O juiz adota, então, uma postura passiva. Julga, enquanto o perito

²³ Para uma visão mais geral, consulte-se SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

²⁴ “As referências que se fizeram à doutrina estrangeira e nacional, bem como às propostas de lege ferenda não significam, em absoluto, que o direito à designação de assistente técnico pelas partes seja estranho ao nosso direito processual penal vigente.” Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito à prova. Contraditório e perícias penais. O direito ao assistente técnico. In: _____. **O Processo em Evolução**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 336.

oficial produz o laudo que lhe servirá de base. Valendo-me das palavras de DAMASKA, é como se estivesse anestesiado.²⁵

Não se trata de privatizar o processo penal, mas de acabar com a perícia oficial-absoluta. Buscando-se assistentes técnicos nas universidades (e em instituições de pesquisa), o exame do magistrado será embasado com mais segurança.

Questões relativas a impedimentos e suspeições dos peritos oficiais continuaram a existir. Já no que tange ao assistente técnico, sua atuação seria semelhante a do advogado, ou seja, o mesmo agiria com o que ADA P. GRINOVER e outros chamaram de “*legítima parcialidade institucional*”.²⁶

Por óbvio, não estamos sustentando que o assistente técnico produza um laudo inverossímil, que não guarde compromisso com o conhecimento científico, só porque foi “contratado” pela parte. Sua função será a de trazer outra visão, igualmente científica, a exame. Evidentemente, seu saber, quando for o caso, sujeitar-se-á, a *testability*, *refutability* e *falsifiability*.²⁷

Isso haveria de gerar benefício às partes, na medida em que o ordenamento lhes facultaria (em igualdade de armas), a possibilidade de trazer ao conhecimento do juiz, influenciando eficazmente em sua decisão, material pericial-probatório. E, a imparcialidade do julgador restaria fortalecida.

²⁵ “Come conseguenza dell’abitudine e della specializzazione, le reazioni del funzionario in quanto professionista e in quanto persona sono sciesse: egli acquista la capacità di anestetizzare la propria sensibilità umana, se necessario, e di prendere, nella sua qualità di funzionario, decisioni che egli non avrebbe mai preso come individuo.” Cf. DAMASKA, Mirjan R. **I volti della giustizia e del potere**, tradução de Andrea Giussani e Fabio Rota, Bologna: Società editrice il Mulino, 1991, p.53.

²⁶ “Disse a mais conceituada doutrina que o advogado, na defesa judicial dos interesses do cliente, age com legítima parcialidade institucional. O encontro de parcialidades institucionais opostas constitui fator de equilíbrio e instrumento da imparcialidade do juiz.” Cf. ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 220.

²⁷ O presente artigo trata de laudos que expressem conhecimentos científicos e pareceres (típicos das ciências humanas). Assim, quando nos referimos a *testability*, *refutability* e *falsifiability*, estamos falando dos ensinamentos de Karl Popper no que pertine ao conhecimento científico e à maneira de aferí-lo. Cf. POPPER, Karl. **Conjectures and Refutations**, Londres: Routledge & Kegan, 2000. Confira-se, ainda, POPPER, Karl. **Em busca de um mundo melhor**, tradução de Milton Camargo Mota, São Paulo: Martins, 2006.

Como mencionado acima, a força quase absoluta conferida aos laudos produzidos pelos peritos oficiais findava por tornar assaz difícil a aplicação do artigo 182 do Código de Processo Penal.

Assim, em boa hora, veio a lei 11.690, de 2008,²⁸ que instituiu, expressamente, a figura do assistente técnico.

Sabemos, na esteira dos ensinamentos de OSCAR CHASE²⁹, que o processo é um fenômeno cultural.

Sabemos, outrossim, que após anos de uma prática forense em que a perícia oficial era acatada simplesmente por ser oficial, a realidade não mudará do dia para a noite. Ou seja, os juízes demorarão a introjetar a figura do assistente técnico (e a conferir importância/credibilidade aos seus laudos e pareceres), posto que possuam tais atributos, conquistados em anos de trabalhos sérios.

Repise-se que, mesmo antes da lei 11.690/08, não era incomum as partes juntarem aos autos laudos de *experts*, sustentando suas posições. E, também não era incomum, a desconsideração dos mesmos sob o argumento de que a perícia no processo penal é sempre oficial.

Agora, posto que a oficialidade persista, a instituição do assistente técnico, por lei, deverá (espera-se!) levar a questão a outro patamar.

Por fim, cumpre destacar problema não tão atual, porém persistente, e bastante tormentoso sobre o tema: o mau vezo (para dizer o mínimo) de alguns magistrados que desconsideram laudos e pareceres importantes ao argumento de que “pagando” qualquer pessoa os obtém.

Trata-se de afirmação descabida, preconceituosa e absurda.

²⁸ Dissemos em boa hora, mas, em verdade, o vetusto Código de Processo Penal precisa de uma reforma geral, ou melhor, urge que se faça outro, alinhado à Constituição de 1988. Isso porque a edição de leis pontuais finda por transformá-lo em verdadeira colcha de retalhos.

²⁹ CHASE, Oscar G. **Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context**, New York: New York University Press, 2005.

Com efeito, um profissional sério (p.ex., um médico, um professor titular de uma conceituada universidade *etc*) jamais aceitaria sustentar uma posição com a qual não concorde por estar sendo pago. Obviamente, não somos inocentes e há maus profissionais em todos os setores (até na magistratura!). Mas, generalizar e inquirir um parecer de imprestável (como fazem muitos juízes) porque pago, é de uma arrogância incrível. Ora, honesto e bom é só quem concorda com a posição do magistrado?...

Note-se que, além das considerações expendidas no laudo/parecer, a qualificação do profissional deve ser levada em conta. Não como argumento de autoridade, mas como indício de que o assistente possui uma carreira sólida e a titulação/qualificação adequada para emitir sua opinião.

4) Conclusão

O singelo estudo visou fomentar a discussão sobre o tema e levar à reflexão os papéis dos peritos oficiais e dos assistentes técnicos na seara processual penal, onde ainda impera a ideia (errada, diga-se de passagem!) de que o fim justifica os meios.

Buscou-se discutir, com apoio em ordenamentos alienígenas, como resolver a questão da força dos laudos periciais oficiais em contraposição aos assistentes técnicos que também manifestam opiniões importantes e técnicas.

Repise-se: não será de imediato que as coisas mudarão.

Com efeito, a mudança de paradigma (de cega submissão aos laudos oficiais - algo arraigado na cultura jurídica nacional por anos), levará tempo para ocorrer.

Entretanto, com a apresentação de pareceres cada vez mais consistentes e confiáveis pelos assistentes técnicos, indicados pelas partes, o quadro sofrerá alteração.

Na conformidade do que foi escrito, a indicação dos assistentes técnicos, desde que sejam ouvidos de “espírito aberto” e como mais uma fonte de conhecimento, contribui para a participação democrática no processo.

5) Referências Bibliográficas

- 1) APRILE, Ercole. **La Prova Penale** (artt.187 – 271 cod. proc. pen.), Milano: Giuffrè, 2002.
- 2) ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- 3) CHASE, Oscar G. **Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context**, New York: New York University Press, 2005.
- 4) CORDERO, Franco. **Procedura Penale**, Quinta edizione, Milano: Giuffrè, 2000.
- 5) DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di Diritto Processuale Penale**, Quinta edizione, Padova: Cedam, 2003.
- 6) DALLARI, Adílson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2001.
- 7) DAMASKA, Mirjan R. **I volti della giustizia e del potere**, tradução de Andrea Giussani e Fabio Rota, Bologna: Società editrice il Mulino, 1991.
- 8) DEU, Tereza Armenta. **Lecciones de Derecho Procesal Penal**, 2ª ed., Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales, 2004.
- 9) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.
- 10) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y contról de la Administracion**, Madrid: Civitas, 2000.
- 11) GORDILHO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**, v. VII, t. 4, Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.
- 12) GREVI, Vittorio. Prove. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio (Org.). **Compendio di Procedura Penale**, Seconda Edizione, Padova: Cedam, 2003.
- 13) GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito à prova. Contraditório e perícias penais. O direito ao assistente técnico. In: _____. **O Processo em Evolução**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

- 14) IRELLI, Vincenzo Cerulli. **Corso di Diritto Amministrativo**, Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.
- 15) MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- 16) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- 17) PLANTEY, Alain; BERNARD, François-Charles. **La Preuve Devant Le Juge Administratif**, Paris: Economica, 2003.
- 18) POPPER, Karl. **Conjectures and Refutations**, Londres: Routledge & Kegan, 2000.
- 19) _____. **Em busca de um mundo melhor**, tradução de Milton Camargo Mota, São Paulo: Martins, 2006.
- 20) RODRÍGUEZ, Concepción Barrero. **La Prueba en el Procedimiento Administrativo**, Navarra: Editorial Aranzadi, 2003.
- 21) SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- 22) VENDITTI, Pasquale; VENDITTI, Giuseppe. **Le investigazioni private**, Milano: Altagamma, 2006.

ⁱ Doutor em Direito. Professor Adjunto de Direito Processual Penal da Universidade Católica de Petrópolis (graduação e mestrado – permanente). Professor Adjunto de Direito Processual Penal da UERJ (graduação e pós-graduação *stricto sensu*). Advogado.