

C O N S U L T A

A Associação Brasileira de Papiloscopistas Policiais Federais - ABRAPOL, a Federação Nacional de Profissionais em Papiloscopia e Identificação - FENAPPI e a Associação Brasiliense de Peritos Papiloscopistas - ASBRAPP, por intermédio de seu ilustre advogado, Dr. Rodrigo Mudrovitsch, solicitam-me que apresente considerações sobre a validade da Lei nº 12.030, de 17 de setembro de 2009, sob o ângulo da sua compatibilidade material com a Constituição Federal. O ponto de dúvida se refere à legitimidade da exclusão dos Papiloscopistas da enumeração dos peritos oficiais de natureza criminal constante do art. 5º do diploma.

A Lei nº 12.030/2009

A Lei nº 12.030/2009 apresenta esta redação:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais para as perícias oficiais de natureza criminal.

Art. 2º No exercício da atividade de perícia oficial de natureza criminal, é assegurado autonomia técnica, científica e funcional, exigido concurso público, com formação acadêmica específica, para o provimento do cargo de perito oficial.

Art. 3º Em razão do exercício das atividades de perícia oficial de natureza criminal, os peritos de natureza criminal estão sujeitos a regime especial de trabalho, observada a legislação específica de cada ente a que se encontrem vinculados.

Art. 4º (VETADO)

Art. 5º Observado o disposto na legislação específica de cada ente a que o perito se encontra vinculado, são peritos de natureza criminal os peritos criminais, peritos médico-legistas e peritos odontolegistas com formação superior específica detalhada em regulamento, de acordo com a necessidade de cada órgão e por área de atuação profissional.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação.

Percebe-se que a lei fala em peritos criminais, peritos médico-legistas e peritos odontolegistas quando lista os peritos oficiais que atuam no âmbito criminal, aos quais assegura autonomia técnica, científica e funcional para o desenvolvimento dos seus trabalhos (art. 2º), garantias que se completam com a previsão de um regime especial de trabalho (art. 3º). Não há alusão, contudo, aos Papiloscopistas. Apontar as repercussões constitucionais dessa lacuna é o objetivo deste estudo. Para isso, é relevante relatar as informações que me foram transmitidas pelas

consulentes, que também rememoram as características dos afazeres dos Papiloscopistas.

Quem são os Papiloscopistas

Os Papiloscopistas são profissionais que lidam com vestígios humanos em busca da verdade que anima o Processo Penal. Os Papiloscopistas, que também já foram conhecidos como datiloscopistas, dedicam-se a colher e analisar impressões deixadas pelas papilas dérmicas de quem haja tido contato com objetos - e mesmo outros corpos humanos - importantes para apuração de fatos de relevo criminal.

Essas papilas dérmicas, pequenas saliências da pele, existem nos dedos (daí o termo datiloscopia), na palma das mãos, bem como na sola dos pés e possuem qualidades importantes. Mantêm-se, em circunstâncias normais, inalteradas durante toda a existência do indivíduo. Apresentam infinita variedade de detalhes que não se repetem em outra pessoa. Compõem o que se costuma chamar de *impressões digitais*, que cada indivíduo possui, distinguindo-o de todos os seus semelhantes.

O Papiloscopista opera no lugar do crime, em laboratórios e em arquivos. O seu trabalho não dispensa o manuseio de substâncias químicas em pó, líquido ou gás, dotadas de toxicidade. Um dos expoentes entre os Papiloscopistas brasileiros, Marcos Antônio Mórmul, explica com clareza que:

"Papiloscopista é aquele profissional que trabalha com os vestígios humanos, ou seja, a

parte que identifica o autor do crime a partir destes elementos. É diferente do policial Perito Criminal Federal, que trabalha com as provas materiais do crime, a parte física, isto dentro das atribuições inerentes ao Departamento de Polícia Federal".¹

É quase ocioso ressaltar a considerável responsabilidade desses profissionais. Lidam com tarefa de complexidade técnica e a eles incumbe identificar não somente vítimas fatais dos crimes mais bárbaros, mas os perpetradores dos mais variados delitos, por meio de laudos que resultam da sua *expertise*. Os Papiloscopistas são especialistas em um domínio técnico de exigências requintadas e sempre em evolução, submetem-se a treinamento científico que lhes confere o poder de combinar materiais químicos, dominar técnicas de informática próprias e, afinal, interpretar resultados correspondentes, com firmeza e eficácia, em proveito da segurança pública e em prol da realização da Justiça Penal.

Natureza de perícia do exame realizado pelos Papiloscopistas.

Os Papiloscopistas produzem laudos tipicamente periciais.

¹ Marcos Antônio Mórmul (entrevista <http://www.cursoaprovação.com.br/cms/entrevista.php?cod=1361>, acesso em 30.3.2012)

Sabe-se que o *laudo* é o “produto da análise técnica”, que culmina a realização da perícia, assinado pelo *expert* que o elaborou.²

A perícia, na conceituação precisa, concisa e definitiva de Hélio Tornaghi, “nada mais é do que uma pesquisa que exige conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”³. O trabalho desenvolvido pelos Papiloscopistas, como visto, consiste exatamente em pesquisas de fatos que demandam especificidade de conhecimentos técnicos e científicos. Não pode restar dúvida de que a sua ação perfaz as características assentadas do conceito de *perícia*. Os Papiloscopistas – e apenas eles – têm a competência técnica para expor os processos que seguiu, esquadrinhar os elementos que colheu, tratando-os e decifrando-os, para concluir pela identidade da pessoa, a quem a impressão que colheu aponta. A exposição por escrito desse exercício, segundo uma ordenação lógica, é o que o Processo Penal reconhece como um *laudo pericial*.

Não causa surpresa, portanto, que seja como a *laudo datiloscópico* ou *papiloscópico* que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alude quando se refere à redução escrita do esforço de avaliação metódica sobre materiais relevantes que o Papiloscopista executa.

Para mera finalidade exemplificativa, veja-se, a propósito, o que consta da Ext 1.015⁴, em que se desacreditou o argumento do extraditando de que não era

² Assim, Nestor Távora e Rosmar Antonni. *Curso de Direito Processual Penal*. Editora Juspodium, 2009, 2ª ed., p. 325.

³ Hélio Tornaghi. *Curso de Processo Penal*. São Paulo, Saraiva, 1980, vol. 1, p. 315. No mesmo sentido, por todos os demais doutrinadores, Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo Penal*. São Paulo, Saraiva, 2010, vol. 3, p. 273.

⁴ Rel. o Min. Joaquim Barbosa, DJe 11.10.2007, grifo acrescido.

a pessoa reclamada pelo país requerente, a partir de "identificação do extraditando comprovada por **Laudo de Perícia Papiloscópica**, que comprova tratar-se da mesma pessoa procurada pelo Governo da Alemanha".

Em outro caso, uma artilosa manobra de um indiciado em procedimento de flagrante pôde ser desfeita em *habeas corpus* no STF, salvando-se cidadão inocente de todos os transtornos da perseguição criminal. O paciente foi liberado das acusações penais, porque, nas palavras do relator, o Ministro Nelson Jobim, "foram feitas as comparações entre as impressões digitais do apelante, ora paciente, e as impressões constantes do auto de flagrante no processo. O **laudo datiloscópico** é conclusivo: não são as mesmas, ou seja, a pessoa que foi presa é outra".⁵

Da mesma forma, a Suprema Corte assentou, na ADI 1.477, que "não invade competência legislativa da União o disposto no art. 119 da Lei Orgânica do Distrito Federal, ao conferir aos **datiloscopistas** policiais, a garantia de independência funcional, na **elaboração de laudos periciais** (Constituição Federal, artigos 22, I e XVII, 21, XIII e XIV e 24, XI e XVI)".⁶

Com efeito, não há como recusar que o Papiloscopista produz laudo pericial. Toda a análise constante do documento que redige é realizada pelo Papiloscopista ele mesmo. É ele o responsável pela pesquisa e exame que desempenha. E é ele quem deve assinar o escrito que concebeu.

Esse laudo pericial, além disso, é produzido por quem se qualifica como perito **oficial**. Perito oficial é

⁵ HC 74.941, DJ 18.5.2001.

⁶ Relator o Ministro Octavio Gallotti, DJ 5.11.1999.

quem ocupa cargo público com atribuição para realizar exames que *iluminem as provas*, no dizer de Hélio Tornaghi⁷; são “técnicos do Estado”, funcionários do Estado que pertencem a organizações policiais.⁸

Os Papiloscopistas são detentores de cargos públicos, estão a serviço do Estado, entregando-se a atividades essenciais à segurança pública, que exigem conhecimento especializado, expressamente designadas nas leis que os preveem. Não se há de recusar-lhes a qualificação de *peritos oficiais*.

A essa conclusão, por sinal, chegou a Procuradoria-Geral da República, ao opinar no HC 76.974, perante o Supremo Tribunal Federal:

“Considerando-se que ‘perito’ é o especialista em determinado assunto e que ‘oficial’ é a característica de quem é investido na função por lei e não por nomeação feita pelo juiz, o papiloscopista - profissional detentor de conhecimento específico, investido em cargo público com força de lei - é perito oficial, independentemente de não possuir o termo ‘perito’ na definição da profissão”.⁹

⁷ Tornaghi, ob. cit., p. 317.

⁸ Tornaghi, ob. cit., p. 325. Lembra o autor, neste lugar, que “as organizações policiais de quase todas as unidades da Federação têm institutos de criminalística ou repartições congêneres, de que fazem parte peritos públicos, funcionários do Estado. Existem ainda os institutos tecnológicos, os bromatológicos, os de identificação, os de estatística e outros, que também contam com peritos oficiais, dos quais pode a autoridade socorrer-se”. No mesmo sentido, Fernando Capez: “o termo *perícia* é originário do latim *peritia* (habilidade especial) e *perícia* oficial é aquela elaborada por um técnico ou profissional integrante dos quadros funcionais do Estado” (*Curso de Processo Penal*. São Paulo, 1999, p. 255).

⁹ Parecer, de 2008, da Subprocuradora-Geral da República Julieta Cavalcanti de Albuquerque, a mim apresentado pelas consulentes.

Os Papiloscopistas formam, junto com outros profissionais, o corpo dos *peritos oficiais* a que o Código de Processo Penal se refere tantas vezes nos seus preceitos.

Importância do laudo elaborado pelo Papiloscopista

Com apoio no trabalho do Papiloscopista, incontáveis dramas processuais encontram o seu justo desfecho – quer isentando cidadãos de graves suspeitas, quer assegurando que o Estado de Direito cumpra, com exatidão, a sua tarefa de punir os criminosos.

Sobre o papel de suma relevância dos Papiloscopistas já se mencionou, do Supremo Tribunal Federal, caso em que se salvou um inocente de uma trama incriminadora¹⁰. O exemplo, evidentemente, não é isolado, a ele se podendo somar outros tantos do próprio STF.¹¹

¹⁰ HC 74.941, DJ 18.5.2001.

¹¹ A propósito, a Ext 1.015, Rel. o Ministro Joaquim Barbosa, DJe 11.10.2007. Na Ext 920 (rel. o Ministro Celso de Mello, DJ 20-04-2007), recusou-se a extradição requerida, uma vez que, como se lê no acórdão, “comprovação pericial, no caso, mediante análise papiloscópica comparativa, [demonstrou] que a extraditanda e a verdadeira pessoa reclamada pelo Estado requerente não são “unam et eadem personam”. Veja-se, também, o HC 72.451 (rel. o Ministro Marco Aurélio, DJ 19.4.1996), em que se disse: “exurgindo descompasso entre as impressões digitais constantes do boletim de identificação criminal alusivo ao delito e as do acusado via denuncia, impõe-se a conclusão sobre a ilegitimidade passiva, declarando-se nulo o processo a partir, inclusive, da peça primeira, ou seja, da denuncia”. De novo, e para realçar a pericia papiloscópica como exame de corpo de delito, o HC 78.749 (rel. o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 25.6.1999): “(...) Exame de corpo de delito: objeto. O exame de corpo de delito tem por objeto, segundo o art. 158 C.Pr.Penal, os vestígios deixados pela infração tal como concretamente praticado: imputando-se aos acusados a subtração e comercialização de entorpecente depositado em repartição policial, o objeto do exame de corpo de delito obviamente não poderia ser a droga desaparecida, mas sim os vestígios de sua subtração, entre os quais as impressões digitais deixadas nos pacotes de materiais diversos colocados no depósito

As consulentes compilaram um extenso catálogo de acórdãos que ilustra, de modo peremptório, a importância dos laudos elaborados pelos Papiloscopistas. Referem-se a mais de mil acórdãos, só do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em que a perícia papiloscópica se revelou crucial para a solução de processos criminais.¹²

A clara função de perito oficial dos Papiloscopistas levou o Ministério Público Federal a ajuizar ação civil pública, combatendo entendimento de órgão da Polícia Federal, que lhes negava tal qualificação.¹³ É relevante, para os desdobramentos desta consulta, que se enfatizem dois aspectos lucidamente percebidos pela sentença proferida. O magistrado assinalou a desimportância do nome que acaso se ligue às funções típicas do Papiloscopista, realçando que a atenção deve ser retida sobre as atividades e competências que a lei lhe defere. Lembrou, em segundo lugar, os riscos para a segurança buscada no processo penal, se recusada a qualificação de peritos oficiais para os Papiloscopistas. É oportuno

onde se achava a cocaína para dissimular a retirada dela”.

¹² Entre tantos, a Apelação Criminal n. 2002.02.1.02038-8 (j. 19.8.2004); Apelação Criminal 18.377/97 (j. 26.2.1998), Apelação Criminal n. 14.187 (j. 18.8.1994); Apelação Criminal 2002.01.1.0412385 (j. 24.6.2004); Apelação Criminal n. 1944799, DJ 25.8.1999; Apelação Criminal 2003.01.1028856-8, DJ 26.10.2005; Apelação Criminal 20020750007005, DJ 13.11.2002; Apelação Criminal 20020110506409, DJ 28.8.2003; Apelação Criminal 20020110834083, DJ 31.8.2005; Apelação Criminal 20020710175829, DJ 2.2.2005, para ficarmos em enumeração meramente exemplificativa.

¹³ Processo n. 2006.38.00.020448-7, ajuizada perante a 17ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais. A sentença assim resumiu o que estava sendo disputado: “Nesta ação civil pública está em causa a atividade do Papiloscopista Policial Federal. Precisamente, pretende-se invalidar decisões tomadas pela Corregedoria-Geral da Polícia Federal com base no Parecer SELP/CGCOR/COGER n. 73/2005-AP, que determinou que os papiloscopistas apenas poderão atuar como peritos na elaboração de laudos papiloscópicos, quando nomeados por autoridade, por não serem considerados peritos oficiais”.

transcrever estes extratos da decisão que assegurou aos Papiloscopistas Policiais Federais que “possam realizar laudos papiloscópicos independentemente de nomeação *ad hoc*”:

“Anoto, primeiramente, que o art. 1º do Decreto-Lei n. 2.251, de 26 de fevereiro de 1985, ao criar os cargos integrantes da carreira policial federal, entre eles o de Perito Criminal, criou, igualmente, o cargo de Papiloscopista Policial Federal e não estabeleceu em momento algum que a denominação *perito oficial* seja privativa dos Peritos Criminais Federais. E não fez por uma razão evidente: na área de sua atuação, os Papiloscopistas Policiais Federais são os *experts*, ou em outras palavras, os peritos na matéria. (...) É ele quem faz a coleta, a análise e a perícia. Sua preparação técnica o torna um especialista na no assunto de maneira que malferir a autonomia funcional submeter a necessidade do desempenho funcional do servidor ocupante do cargo de Papiloscopista Policial Federal à conveniência de ocupante de outro cargo. Isso, efetivamente, pode vulnerar a prova técnica colocando forte dúvida sobre a atuação discricionária daquele que avaliando a necessidade procederá à nomeação *ad hoc*. (...) A questão não pode ser reduzida ao aspecto filológico, quando está amparada por uma substancialidade que torna o papiloscopista o especialista, o *expert* sobre

o assunto. (...) Enfim, o STF já se manifestou no sentido de que “não há impropriedade técnica ao atribuir aos Papiloscopistas Policiais a competência para elaborarem seus laudos periciais”.

A sentença foi confirmada no Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Na AC 2006.38.00.020448-7/MG¹⁴, foi dito de modo sugestivo para o desvendamento dos aspectos constitucionais da questão:

“(...) Conforme aponta a sentença recorrida, a expressão etimológica “perito oficial” não comporta a restrição de que foi objeto no Parecer e nos despachos que o aprovaram, e que resultou na determinação de que os Papiloscopistas Policiais Federais sejam nomeados peritos *ad hoc* pela autoridade policial pelo fato de não serem considerados peritos oficiais no âmbito do Departamento de Polícia Federal.

(...)

5. A investidura no cargo e a aprovação no Curso de Formação Profissional ministrado pela Academia Nacional de Polícia proporcionam ao servidor a técnica, a capacidade e a habilitação obtidas através do cumprimento de cada etapa de sua formação profissional. São, portanto, peritos. E são peritos oficiais por serem técnicos integrantes dos quadros funcionais do Estado. São servidores públicos e, como tal, portadores de fé pública.

¹⁴ DJ 19.2.2010. Grifos na citação acrescentados.

6. Tecnicamente capazes, **estão legitimados para elaborar e assinar os respectivos laudos periciais, o que sempre foi aceito tanto na esfera judicial,** como demonstram os julgados trazidos aos autos, quanto no âmbito da própria Polícia Federal. Sem fundamentação lógica e jurídica a conclusão e a orientação contidas no Parecer em questão, e que redundaram nos despachos acertadamente invalidados pela sentença de primeiro grau.

Confirmam-se - bem se vê - as premissas expostas até aqui. Os Papiloscopistas, independentemente de terem o termo "perito" agregado à denominação do seu cargo, cumprem funções que, por suas características, situam-nos como tais, no sentido assumido pelo Código de Processo Penal. Elaboram exames técnicos, que exigem saber especializado, e - desde há muito - são tidos como legitimados a atuar nessa competência. Mais ainda, recusar-lhes a qualificação importa insegurança para as investigações policiais.

Importância de se resguardar a independência e a isenção do trabalho dos Papiloscopistas

As ponderações desenvolvidas na sentença aludida foram também objeto da atenção fecunda do Supremo Tribunal Federal na ADI 1.477 (DJ 5.11.1999). Ali, refutaram-se todas as críticas de inconstitucionalidade dirigidas a lei do Distrito Federal, que assegurara aos Datiloscopistas dessa unidade da Federação a independência funcional para a elaboração dos seus laudos. O voto do relator, Ministro Octavio Gallotti,

endossou este sentir da Procuradoria-Geral da República:

“A garantia de independência na elaboração de laudos periciais que venham a ser elaborados pelo datiloscopista policial, cerne da controvérsia em apreço, não conflita com a Constituição Federal.

(...)

(...) Na medida em que assegura aos seus destinatários independência funcional para que possam realizar com o tecnicismo e imparcialidade que lhes são exigidos os laudos periciais, afasta esse dispositivo legal a ingerência deletéria de toda sorte que possa eventualmente desvirtuar um trabalho eminentemente técnico-científico como se caracteriza a perícia”.

O voto do Ministro Marco Aurélio, no julgado, é expressivo dessa mesma linha de análise. Refere-se às atividades de peritos criminais, médicos legistas e **datiloscopistas policiais** como “atividades essencialmente técnicas e que, portanto, não podem ficar subordinadas a outras interferências, a outras ingerências”.

Do precedente do Supremo Tribunal Federal, entre outras lições, pode-se colher a de que os Papiloscopistas indubitavelmente produzem laudos, que esses laudos são oficiais, porque emanados de órgãos oficiais, e que todo o cuidado com a independência desses profissionais é de ser vista positivamente.

Entre as informações que me foram repassadas, afinal, há considerações das entidades consulentes a respeito da motivação corporativista que pode ter animado o esquecimento dos Papiloscopistas durante o processo legislativo em torno da lei em exame. Fala-se em interesses políticos menores na restrição do número dos participantes habilitados ao desempenho dessas tarefas. Aponta-se, como evidência disso, o art. 4º do projeto de lei, que veio a ser vetado e que, segundo é argumentado, “na prática, acabava com o ‘perito ad hoc’”. Há notícias de pareceres da AGU favoráveis ao tratamento dos Papiloscopistas como peritos oficiais.

PRIMEIRAS CONCLUSÕES PARCIAIS

A esta altura, é possível fixar algumas noções sobre a atividade dos Papiloscopistas, úteis para a análise do cotejo da Lei nº 12.030/2009 com a ordem constitucional.

Tem-se que os Papiloscopistas desempenham atividades em nome do Estado, cumprindo esforços tipicamente estatais, relacionados com a apuração de vestígios humanos determinantes para o esclarecimento de fatos de repercussão penal.

O Papiloscopista depende, para o seu trabalho, de se assenhorar de noções científicas de apurado cunho técnico e em processo de constante evolução. O trabalho que realiza consiste na aplicação desse saber especializado sobre fatos da realidade. A exposição do labor do Papiloscopista e das conclusões a que chega

encontra perfeita equivalência no conceito, assentado na doutrina e na jurisprudência, de *perícia*.

Os Papiloscopistas são profissionais que ocupam cargo público, em organizações estatais devotadas à garantia da segurança pública, entre cujas atribuições insere-se a elaboração dessas perícias. As perícias que concebem são, portanto, perícias oficiais, sendo eles, em consonância, **peritos oficiais**, dada a própria natureza jurídica do seu vínculo estatal e a competência que exercem.

Para que desempenhem as suas tarefas, que, como a maior parte das perícias, se desenrola antes mesmo de iniciada a ação penal, é do interesse da verdade que estejam livres de intromissões espúrias.

CONSEQUÊNCIAS ADVERSAS DECORRENTES DA EXCLUSÃO DOS PAPILOSCOPISTAS DO ROL DOS PERITOS OFICIAIS DE NATUREZA CRIMINAL

Deixar de reconhecer que os Papiloscopistas são peritos oficiais, sobre repugnar à lógica e arrepiar a semântica, acarreta consequências negativas para o campo do processo penal.

Se os Papiloscopistas não forem considerados peritos oficiais, a coleta de material do mais pronunciado interesse para a apuração da verdade expõe-se a ficar comprometida. A tarefa poderá deixar de ser realizada, ou a sua prática poderá se contaminar pelo subjetivismo de terceiros, com todas as óbvias implicações sobre a confiabilidade que deve ser apanágio de trabalhos técnicos em área tão sensível às liberdades individuais, como é o processo penal.

De fato, na forma do art. 159 do Código de Processo Penal, a perícia deve ser realizada por perito oficial. Na falta deste, por duas pessoas, que cumpram os requisitos dos §§ 1º e 2º do mesmo artigo, e escolhidas, é claro, com boa margem de liberdade, pela autoridade que estiver conduzindo as apurações - portanto, tendencialmente, pela autoridade policial.

As preocupações com a isenção e o compromisso de todo o sistema processual com as fórmulas de controle de poder, que asseguram a integridade na apuração de fatos, sofrem, assim, marcado retrocesso, se os Papiloscopistas não são vistos como peritos oficiais de natureza criminal.

Tudo isso engendra consequências de ordem constitucional não negligenciáveis, que cumpre pôr a descoberto.

Devido processo legal e a sua concretização no modelo garantista do Processo Penal.

A Constituição proclama, como direito fundamental, a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV). Trata-se de uma garantia que possui um amplo espectro e que se realiza por meio de desenvolvimento legislativo ordinário.¹⁵

A legislação cinzela o significado das exigências dessa garantia, que é também princípio diretor de todo o ordenamento jurídico. Para o legislador do processo

¹⁵ Ensina Gilmar Ferreira Mendes que "o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas". (Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 592).

penal, o princípio exige que se confira ao procedimento em que se põe em disputa a liberdade do indivíduo uma configuração capaz de preservá-lo ao máximo de todos os riscos de injustiça, em homenagem ao respeito que merece a sua intrínseca dignidade humana. Exige-se o processo justo. Impõe-se o processo em que o indivíduo não se torne um objeto da ação estatal, o que se traduz na necessidade de uma deferência para com a sua presunção de inocência e o resguardo da sua autonomia. Daí não poder prescindir o Estado de ver caracterizado de modo nítido o fato delituoso, a sua autoria e a culpa do seu perpetrador, como pressuposto para a realização do que também é um dever constitucional, inerente à condição de Estado democrático de direito – o dever de punir as condutas que gravemente perturbam a ordem social.

Gilmar Ferreira Mendes, nessa linha, explica que “o princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos públicos e privados, que exerçam, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à justiça”¹⁶. Na mesma página, Gilmar Ferreira Mendes ainda acrescenta que são contrárias à máxima do *fair trial* “todas as condutas suspicazes”.

Está visto que o princípio do devido processo legal, exige uma ordenação processual asseguradora do respeito ao perseguido criminalmente como pessoa

¹⁶ ob. cit., p. 593.

merecedora de todo o respeito à sua dignidade humana e que também seja eficaz, para que se cumpra a missão do Estado democrático de Direito de promover a segurança pública, por meio da aplicação pertinente das sanções penais. Essa exigência não tem o seu objeto restrito aos atos do juiz e dos acusadores, mas também abarca as atividades de todos os que colaboram para que a delicada tarefa se desenrole com eficiência e precisão. Aplica-se, por igual, assim, aos peritos, aos órgãos de investigação e de identificação criminal. Também nessa área, reclama-se do legislador refinamento de normatização, que dê execução a essas demandas.

Isso é feito entre nós segundo um modelo processual nitidamente garantista, conforme a própria jurisprudência dos Tribunais Superiores reconhece. Daí ter o STJ afirmado que “no modelo garantista hoje vigente, não se pode conceber que os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sejam observados tão somente na feição formal. Ao revés, exige-se a observância desses postulados na essência material, assegurando-se um processo judicial devido, justo”.¹⁷

Da mesma forma, no Supremo Tribunal Federal, proclama-se que o processo penal “rege-se pelo princípio da instrumentalidade das formas, do qual se extrai que as formas, ritos e procedimentos não existem como fins em si mesmos, mas como meios de se garantir um processo justo, equânime, que confira efetividade aos postulados constitucionais da ampla defesa, do contraditório, e do devido processo legal”.¹⁸

¹⁷ HC 90.718/GO, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 2.5.2011.

¹⁸ RHC 110429, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 21.3.2012.

A confirmar que o padrão do devido processo legal configura um princípio que se aplica a qualquer processo e a qualquer das partes, o STF assegura que “o princípio constitucional do devido processo legal protege a forma como o processo se desenvolve e é de aplicação igual para as partes do litígio, acusação e defesa.”¹⁹ A produção de provas no processo penal deve ser, pois, regulada com obséquio ao papel do legislador ordinário de conformador e de primeiro responsável pela densificação dessa garantia.

O legislador está incumbido, pela sua vinculação aos direitos fundamentais e pela sua razão de ser num Estado democrático de Direito, de dispor sobre o sistema de provas de modo sempre atento às necessidades de um desfecho justo, respeitoso dos direitos básicos e célere para os processos criminais.

Se no núcleo da ideia de Estado de Direito está a limitação jurídica do poder, não pode esse mesmo Estado deixar de aparelhar o sistema de descoberta da verdade com todos os meios assecuratórios da lisura nesse procedimento.²⁰

Por isso mesmo, o Estado democrático de Direito não pode recusar a alguns dos seus auxiliares no processo de revelação da verdade real as garantias que ele mesmo estimou indispensáveis ao bom sucesso dessa atividade, ao conferi-las a outros tantos funcionários com atribuições substancialmente iguais.

¹⁹ HC 101073, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 9.2.2011.

²⁰ Sob a inspiração humanística do Ministro Celso de Mello, o STF (HC 98.237, rel. o Ministro Celso de Mello, DJe 6.8.2010) proclamou, a propósito, que: “O Estado não tem o direito de exercer, sem base jurídica idônea e suporte fático adequado, o poder persecutório de que se acha investido, pois lhe é vedado, ética e juridicamente, agir de modo arbitrário, seja fazendo instaurar investigações policiais infundadas (...)”.

A importância disso se mostra pelas suas repercussões sobre a função judicante.

Se é exato - e é! - que a independência judicial "traduz, no Estado democrático de direito, condição indispensável à preservação das liberdades fundamentais, pois, sem juízes independentes, não há sociedades nem instituições livres"²¹, não é menos verdadeiro que, se a ordem processual fraqueja em estabelecer meios confiáveis de acesso à verdade real, essa independência judicial pouco significará na prática.

Nesse ponto, convém, então, reparar que

"O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas. - A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter conseqüências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático".²²

²¹ STF: Inq 2699 QO, Rel. o Ministro Celso de Mello, RTJ 211/469.

²² STF: MS 24.849, rel. o Ministro Celso de Mello, DJ 29.9.2006.

Para que o Estado democrático de direito não se amesquinhue à condição de mero título retórico, é indispensável que o legislador cumpra o seu dever de arregimentar meios para que a atuação no campo da segurança pública - esta também um direito fundamental - seja correta, isenta, idônea e que, além disso, aparente assim o ser.

O setor específico da produção de provas no processo penal é particularmente sensível. Não é de se tolerar que um grupo de peritos receba proteção contra injunções desvantajosas para a nobreza da Justiça e outro, arbitrariamente, seja deixado ao desabrigo dessas mesmas medidas. São os direitos fundamentais que correm risco nesse caso. E convém recordar com o Supremo Tribunal Federal, pela voz do Ministro Gilmar Mendes, que:

“A boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual, principalmente a proteção judicial efetiva, permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial”.²³

Essa verificação não é apenas uma frase feliz. Esclarece o Ministro Gilmar Mendes, no mesmo acórdão, que não há exagero “na constatação de que esses direitos [de caráter penal, processual e processual-penal] cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado democrático de Direito”. Prossegue o Ministro Gilmar Mendes, invocando o abono da doutrina de Maunz-Dürig:

“Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da

²³ HC 91.524, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 25.8.2008.

dignidade da pessoa humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais”

Mais adiante, para exaltar o modo próprio de um processo penal adequado a um Estado democrático, o voto recorre a este confronto, endossando as palavras de Claus Roxin:

“(...) Os Estados totalitários, sob a antítese errônea Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível do procedimento penal. Num Estado de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão”.

A legislação processual penal, desse modo, deve ser fiel à sua vocação de propiciar a “aplicação justa das normas do Direito Penal a uma pretensão fundada em fato penalmente relevante, que constitua objeto da função jurisdicional”.²⁴

Frederico Marques não nos deixa esquecer que a finalidade concreta do processo penal reside em “não deixar impunes os crimes cometidos e impedir que inocentes sejam condenados”.²⁵ Vale, citando e seguindo

²⁴ José Frederico Marques. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campos, Millennium, 2003, vol. 1, p. 63.

²⁵ *id.*, pp. 63-64.

o mestre enfatizar, então, a importância do adequado tratamento das provas para esse objetivo:

“Solucionando com exatidão o litígio penal, o juiz aplica, com justiça, o Direito objetivo; e, para isso, imprescindível se torna um perfeito conhecimento, pelo magistrado, dos fatos que devam ser enquadrados nas normas penais, para atuar os seus poderes jurisdicionais em harmonia com a vontade concreta da lei. É evidente, portanto, que, para atingir esse desiderato, necessita o juiz um conhecimento bem exato do litígio que vai decidir, a fim de apurar a verdade dos fatos ocorridos e aplicar a lei com estrita justiça”.²⁶

As normas que disciplinam a descoberta da verdade no âmbito penal assumem, como se vê, decisiva importância para conferir substância às mais encarecidas garantias constitucionais fundamentais, como aquela do devido processo legal, e não podem ser desvinculadas da íntima correlação que guardam com o seu papel de efetivação de um Estado democrático de Direito.²⁷

Daí que não compartilhar com os Papiloscopistas as garantias de idoneidade na elaboração de perícias que

²⁶ Id., p. 64. A visão de Frederico Marques coincide com o próprio “espírito do Código”, como a Exposição de Motivos do CPP chamou o objetivo que o animou de se nortear “no sentido de obter equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e seguranças de sua liberdade”.

²⁷ Cabe invocar, uma vez mais, a autoridade da nossa Suprema Corte, quando resolveu o HC 91.524 acima citado: “o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição (...) É dizer: o âmbito de proteção de direitos e garantias fundamentais recebe contornos de especial relevância em nosso sistema constitucional”.

se conferem aos demais peritos criminais trai arbitrariedade incompatível com o sistema de direitos fundamentais e com o Estado democrático de Direito.

SEGUNDA ORDEM DE CONCLUSÕES PARCIAIS

É central para o sistema de direitos fundamentais, informador do Estado de Direito democrático no Brasil, que as infrações à ordem penal sejam punidas pelo Poder Judiciário e que isso se consuma num modelo de respeito à dignidade da pessoa do perseguido pelo Estado, segundo as balizas das garantias fundamentais dispostas na Constituição.

Para que esse sistema se concretize, é indispensável que se prestigie a independência do juiz criminal. Essa independência, de seu turno, para ser efetiva e capaz de gerar os resultados de justiça que a justificam, deve estar acoplada a um sistema normativo em que o magistrado possa formar a sua convicção sobre a "vontade concreta da lei" bem informado sobre os fatos relevantes da causa. Dessa forma, a sociedade poderá reconhecer que a justiça devida foi realizada. A ser de outro modo, restará insultada a garantia do devido processo legal.

Cabe à lei disciplinar os mecanismos de revelação de fatos importantes para o juízo criminal, atenta à necessidade de prevenir que, nesses procedimentos, ocorram deturpações que ponham em risco, senão a própria verdade, a aparência de lisura e confiabilidade na forma de exteriorizar essa verdade.

A lei que não logra alcançar esse padrão está desavinda do princípio do Estado democrático de Direito e se invalida pela oposição ao comando do devido processo legal.

OS PAPILOSCOPISTAS, A LEI Nº 12.030/2009 E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. RETROCESSOS.

Assentadas as premissas expostas nas conclusões parciais até aqui obtidas, o momento se torna maduro para a análise da exclusão dos Papiloscopistas da lista dos peritos oficiais, diante dos requerimentos do Estado democrático de Direito e do princípio do devido processo legal.

Já foi assentada a importância da perícia papiloscópica para a determinação da autoria de delitos - ou para a exclusão de inocentes da condição de suspeitos. Essas perícias sempre foram realizadas por profissionais ocupantes de cargo público de Papiloscopista (ou Datiloscopista), detentores de saber específico para o manuseio de técnicas peculiares de análise de vestígios humanos. Esses exames são tidos como perícias oficiais pela jurisprudência do STF e dos Tribunais de Justiça da Federação. E por meio dessas perícias inúmeros processos criminais encontram desfecho seguro.

A Lei nº 12.030/2009, ao falhar em incluir os peritos Papiloscopistas no rol dos peritos oficiais de natureza criminal, provoca uma involução num sistema que vinha produzindo resultados positivos para a Justiça Penal.

A omissão exclui os Papiloscopistas de uma série de medidas de proteção do trabalho dos peritos oficiais.

As garantias dispostas na Lei nº 12.030/2009 orientam-se a obviar toda a influência indesejada sobre os afazeres dos peritos oficiais, assegurando a idoneidade dos resultados obtidos e propiciando segurança à Justiça criminal quanto aos fatos relevantes para a incidência das normas de direito penal. Beneficiam-se, com essas garantias a causa da segurança pública e a segurança jurídica das pessoas sujeitas às investigações criminais.

Ao não considerar os Papiloscopistas peritos oficiais ficaram esses profissionais, que tanta importância possuem para a apuração da autoria de delitos, sem a guarda da autonomia técnica, científica e funcional, institucionalizada para os seus outros colegas peritos oficiais no art. 2º da lei de 2009; tampouco contarão eles com a garantia do regime especial de trabalho, outorgado, no art. 3º da Lei nº 12.030 de 2009, aos seus pares de outras áreas.

Se o legislador, corretamente, entendeu que a segurança das atividades do perito oficial exige as proteções com que, avisadamente, cobriu a categoria, não estendê-las aos Papiloscopistas é torná-los mais suscetíveis a riscos de impropriedades cometidas contra as condições de higiene ética que o legislador desejou que estivessem preservadas em todas as atividades de perícia de natureza criminal.

Não conceder aos Papiloscopistas as garantias de realização da perícia de modo isento de influências espúrias, quando o próprio legislador revela a

necessidade dessas defesas para as demais perícias criminais, é impor um **retrocesso** relativo ao avanço corretamente estabelecido para as demais categorias de peritos oficiais de natureza criminal.

Sobre a importância desse resguardo institucional dos Papiloscopistas, vale recordar que, ao se deparar com providências dessa ordem em lei do Distrito Federal, o STF as saudou, reconhecendo que afastam “a ingerência deletéria de toda sorte que possa eventualmente desvirtuar um trabalho eminentemente técnico-científico como se caracteriza a perícia”.²⁸

Afastar os peritos Papiloscopistas do grupo dos peritos oficiais criminais acarreta, mais ainda, outro perverso recuo no âmbito dos princípios constitucionais.

Deixando os Papiloscopistas de serem considerados peritos oficiais, isso significa que, nos termos do art. 159, § 1º, do Código de Processo Penal, os exames papiloscópicos serão realizados, não por um perito oficial, como ocorre nas demais perícias, mas poderão ser levadas adiante por pessoas leigas, por pessoas que, mesmo possuindo qualificação acadêmica, poderão ser recrutadas entre particulares, entre indivíduos que não possuem vínculo funcional com o Estado, que não integram o conjunto de especialistas com a responsabilidade administrativa e as garantias de estabilidade que cercam os servidores públicos. Essas garantias - é bom recordar - comunicam credibilidade aos afazeres dos peritos oficiais.

Entendido que, até a lei em exame, era corrente a inteligência de que as perícias datiloscópicas deveriam

²⁸ Cf. ADI 1.477, rel. o Ministro Octavio Gallotti, já citada.

ser desempenhadas por profissionais vinculados funcionalmente ao Estado, considerados até então peritos oficiais, fica evidenciado mais um **retrocesso** operado pelo legislador federal em 2009.

A omissão em incluir os Papiloscopistas na lista dos peritos oficiais de natureza criminal franqueia ainda outro grave risco para a busca isenta e idônea da verdade, que o sistema constitucional deseja nas atividades da segurança pública.

Se os Papiloscopistas deixam de ser tidos como peritos oficiais, não mais realizarão as perícias papiloscópicas, pela força exclusiva da sua condição de servidores públicos com tal incumbência legal. Deverão se ajustar à condição descrita no § 1º do art. 159 do Código de Processo Penal, com a formalidade do § 2º do mesmo dispositivo. Daí decorrerá o abandono da objetividade na investidura nas funções de papiloscopista em cada caso, deixando ao livre alvedrio da autoridade policial a escolha de quem realizará o serviço - o que importa, mais uma vez, intuitivo detrimento da segurança na produção de provas que o sistema processual busca como viga-mestra da garantia do devido processo legal. O sistema, de novo, retrocede no grau de segurança que se havia alcançado.

Essas voltas atrás não acontecem sem dano para a legitimidade constitucional da lei que as promove.

A teoria da proibição do retrocesso e o caso dos Papiloscopistas.

Na moderna teoria dos direitos fundamentais, tem-se descoberto em todas as normas que os complementam e os garantem uma virtude que os tonifica. Assentou-se que o legislador não goza de liberdade plena para esvaziar, mesmo que parcialmente, o sentido de um princípio constitucional já conformado anteriormente pelos poderes constituídos. Essa característica tem sido denominada de **proibição de retrocesso** ou é tratada como hipótese de infringência ao dever de proteção eficiente que o constituinte impõe ao Estado nesses preceitos.

Compreende-se esse achado da doutrina que tem encontrado ressonância na jurisprudência.

Ganhou foros de cidade a distinção traçada por Robert Alexy entre as regras e os princípios no plano das normas constitucionais. Para os efeitos desta consulta, basta que se recorde que os princípios são vistos, nessa doutrina largamente disseminada entre nós, como "normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes".²⁹ Essas normas, além disso, "podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos"³⁰. Martin Borowski auxilia a compreender essa lição, explicando que "os princípios de direitos fundamentais exigem a máxima realização possível do seu objeto de otimização, daqui se segue que também se deve exigir que se aplique o meio que logre máxima intensidade em favor do

²⁹ Robert Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 90.

³⁰ id., p. 114.

princípio, depois de ponderado com os demais princípios que joguem em sentido contrário”.³¹

É por isso que princípios constitucionais como o do Estado democrático de Direito e o do direito fundamental ao devido processo legal, bem como outros, como o da isonomia, postulam sempre ser aplicados na medida mais amplificada que se mostre viável. De fato, os princípios constitucionais, como os direitos fundamentais em geral e o do Estado democrático de Direito, marcam a sua essência por se afigurarem como “mandados de otimização”. Em consequência, se esses princípios conseguem um certo patamar de densificação no plano da legislação ordinária, não se deve esperar que, mais adiante, recuem no seu âmbito ou na sua intensidade de proteção. Como consistem em mandamentos de otimização, é legítimo compreender que, ao menos *prima facie*, uma alteração regressiva no plano da sua densificação é contrária à sua intrínseca vocação expansiva. Em certa medida, a redução do conteúdo útil desses princípios que venha a ocorrer por intermédio de alteração de legislação ordinária corresponde a uma restrição imposta a esses direitos e princípios por parte do legislador. Alguns autores nem sequer admitem que isso possa acontecer. Quando menos, a teoria dos princípios como mandamentos de otimização reclama que essa limitação posterior seja cabalmente justificada.

Nessa ordem de idéias, inclui-se o alerta de Robert Alexy:

³¹ Martin Borowski. *La estructura de los derechos fundamentales* (trad. para o castelhano de Carlos Bernal Pulido). Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 167. Trecho livremente transposto para o vernáculo.

“Sempre que a eliminação de uma competência iniba a realização de um princípio de direito fundamental não se trata de uma simples configuração, mas de uma restrição, que, enquanto tal, necessita ser justificada”.³²

Daqui pode-se assentar, na medida em que a Lei n° 12.030/2009 provoca perda no grau de confiabilidade e de transparência das perícias criminais, que ela atua em sentido contrário ao comando de maximização dos princípios da segurança jurídica, da segurança pública e do devido processo legal. E isso, sem que haja justificativa alguma que, nem sequer *prima facie*, lhe dê apoio. O enfraquecimento da perícia papiloscópica que a lei ocasiona, em detrimento da segurança na busca da verdade real que inspira o processo penal num Estado democrático de Direito, não serve a nenhum valor constitucional de modo minimamente digno de nota. Quer a exclusão dos Papiloscopistas pela lei tenha sido, como sugerido ao parecerista, fruto de disputas internas de poder entre servidores públicos, quer se reduza a providência de mesquinha economia de tostões, nada sobreleva o dano que gera para os princípios constitucionais referidos. Bastam essas consequências tão nocivas, que decerto escaparam ao crivo do legislador ao dispor sobre o assunto, para infirmar a validade da exclusão dos Papiloscopistas do rol dos peritos criminais oficiais.

Outro modo de enxergar o mesmo problema chega a igual resultado. Parte expressiva da doutrina constitucional comparada e brasileira aceita e aplica a tese da **proibição do retrocesso**.

³² Alexy, ob. cit., p. 339.

A proposição, que já vem ganhando o adjetivo de “princípio”, tem a ver, como elucida Ingo Sarlet, com “a ideia de proteção da pessoa (notadamente dos seus direitos fundamentais) e da própria ordem jurídica objetiva contra medidas de cunho retrocessivo, isto é, que tenham por escopo a redução e/ou supressão de posições jurídicas (aqui tomadas em sentido amplo) já implementadas”.³³ Tem a ver, pode-se acrescentar, exatamente com o que a Lei nº 12.030/2009 causou no domínio das garantias de idoneidade das provas no direito processual penal.

Há que se recordar, também com Sarlet, que “um autêntico Estado de Direito é sempre também (...) um Estado da segurança jurídica”.³⁴

A segurança jurídica tem o seu significado entremeado com o da proteção que o Estado de Direito, por sua índole, deve oferecer à confiança do cidadão no próprio Estado. Medidas que reduzam as garantias que peritos possuem em área tão sensível aos direitos fundamentais e à segurança pública como a das perícias criminais tem o potencial de minar a confiança na atuação dos poderes públicos, sem nenhuma vantagem para os direitos fundamentais ou para os propósitos últimos do agir estatal. Implicam, por isso, retrocesso no estágio alcançado de segurança jurídica no âmbito processual penal. Um retrocesso que atrai desaprovação.

Pertinente, mais uma vez, a reflexão de Ingo Sarlet, sustentando que a proibição de retrocesso não

³³ Ingo Sarlet. *Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível.* (http://tex.pro.br/tex/images/stories/PDF_artigos/proibicao_ingo_wlfgang_sarlett.pdf), acesso em 3.4.2012, p. 2.

³⁴ id., p.4

se restringe a proibir que se ataquem situações subjetivas constituídas no passado, mas também protege conquistas de ordem objetiva contra desnaturamentos:

“(...) Medidas tomadas com efeitos prospectivos podem representar um grave retrocesso, não apenas (embora também) sob a ótica dos direitos de cada pessoa considerada na sua individualidade, quanto para a ordem jurídica e social como um todo”.³⁵

Não há como recusar a configuração de uma incongruência nefasta à sua validade, numa providência normativa que venha a desproteger um princípio constitucional, acarretando um retorno a uma situação indesejada pelo princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, sem nenhum proveito evidente para outro valor constitucional mais relevante.

A disciplina legal de 2009 institui um descompasso na configuração funcional do perito papiloscópico quando comparada com os outros peritos nomeados pelo legislador de 2009. Cria, assim, uma lacuna na homogeneidade de proteção que as tarefas de perícia no processo penal necessitam. Oportuno salientar que “otimizar a proteção dos direitos fundamentais implica uma proteção isenta de lacunas”³⁶.

A conclusão que cabe é a de que a proibição de retrocesso perfaz um princípio constitucional que se depreende da configuração do Estado como de direito e democrático, fiel a uma vocação expansiva de compromisso de realização dos direitos fundamentais.

³⁵ Sarlet. ob. cit., p. 10.

³⁶ Sarlet. ob. cit., p. 21.

Ainda que seja ocioso, não custa estar advertido de que a proibição do retrocesso não exaure a sua importância no campo dos direitos sociais, abrangendo, antes, todos os vários segmentos da formação da vida política do Estado constitucionalmente relevantes. Tampouco a proibição do retrocesso se vê obstada pela liberdade de conformação que se reconhece ao legislador; afinal, essa liberdade "nunca foi e nem poderia ser ilimitada no contexto de um Estado constitucional de Direito".³⁷

Sendo a proibição de retrocesso um princípio, e não uma regra, admite ser superada em casos de colisão com outros interesses constitucionais. É certo. Mas para que aconteça, "a implementação de uma medida supressiva e/ou restritiva de uma posição social está, por sua vez, vinculada também a um dever conexo e absoluto de motivação (justificação) como um dos pressupostos indispensáveis à legitimação do respectivo procedimento do poder público".³⁸

Aqui se mostra importante ressaltar que nos trabalhos preparatórios que redundaram na Lei n° 12.030/2009 não se declinou motivo algum que justificasse a medida discriminatória contra os Papiloscopistas no que tange às garantias de independência e autonomia para a realização das perícias que sempre realizaram até ali. Mesmo deixando espaço livre para a mais imaginosa especulação, não se atina com valor constitucional algum que se oponha a que se assegure aos Papiloscopistas o mesmo nível de excelência e confiabilidade que o legislador quis assegurar ao labor dos demais peritos oficiais. Muito

³⁷ Sarlet. ob. cit., p. 30.

³⁸ Sarlet, ob. cit., p. 31.

menos se entremostra razão superior para que os Papiloscopistas, por força da Lei nº 12.030/2009, tenham deixado de ser considerados peritos oficiais, regredindo no seu *status* alcançado anteriormente, com conseqüências sobre a segurança dos seus trabalhos, indispensável ao bom arranjo da Justiça criminal.

A inconstitucionalidade do novo sistema se mostra eloquente.

A LEI Nº 12.030/2009 E A HOSTILIDADE AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

Já foi realçado que a Lei nº 12.030/2009 discrimina os Papiloscopistas em relação aos demais peritos que menciona, no que tange à sua qualificação de peritos oficiais e às garantias de bom desenvolvimento dos seus misteres. E isso, não obstante o fato de que tanto os peritos lembrados pelo legislador em 2009 como os Papiloscopistas elaborarem laudos tipicamente periciais e não obstante a importância dos laudos papiloscópicos para a solução justa e precisa de inúmeros casos penais. É intuitivo que o postulado da isonomia não foi observado, com prejuízo à legitimidade da lei em exame.

Sabe-se que a isonomia não impede que se criem diferenciações, mas veda que, ao fazê-lo, o legislador atue arbitrariamente. A arbitrariedade estará patente se não houver fundamento bom para a distinção consumada. O conceito de igualdade, ademais, é relacional. A obrigação que impõe deve ser descoberta

no cotejo de situações que a lei distinguir. Daí este resumo de Pieroth e Schlink:

“Neste domínio, o controle de uma violação dos direitos fundamentais tem lugar em duas fases: a) verificação de um tratamento desigual; b) sua justificação jurídico-constitucional”.³⁹

É claro que é preciso que as situações comparadas tenham pontos de contato que as assemelhem, até para que se possa afirmar a existência de um tratamento desigual. Embora a identidade absoluta não seja de se exigir, uma igualdade substancial é pressuposto para que se flagre um problema de isonomia.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não deixa dúvida a esse respeito. Assim, por exemplo, se um contribuinte se coloca numa situação fática incoincidente nos seus contornos básicos com a de outro, favorecido com um dado regime fiscal, não poderá invocar quebra de isonomia se o regime não lhe foi concedido.⁴⁰

A igualdade substancial, certamente, pode mostrar-se relativa a situações peculiares. Duas pessoas podem ser obrigatoriamente tratadas como iguais em certas circunstâncias e legitimamente diferenciadas em outras.⁴¹

³⁹ Pieroth e Schilink. *Direitos Fundamentais - Direito Estadual II*. (trad. Antônio Franco e Antônio Francisco de Sousa). Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2008, p. 133.

⁴⁰ Consta da ementa do RE 231.924: “Inocorrência de ofensa ao princípio da isonomia, dado que a recorrente se encontrava em situação distinta daquela dos contribuintes abrangidos pela Portaria 441/1992”.

⁴¹ Assim, por exemplo, já se afirmou impróprio diferenciar os homens e as mulheres no que tange a certos direitos previdenciários (RE 385397 AgR, DJe 5.9.2007, em que o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, salientou: “a lei estadual mineira, violando o princípio da igualdade do artigo 5º, I, da

O que aborrece ao princípio da isonomia é que o legislador pressuponha diferenças básicas entre situações e sujeitos que sejam irrelevantes para o tratamento dissintônico que estipula.⁴²

Isso remete ao problema da definição do critério a ser empregado a fim de afirmar uma igualdade substancial entre duas situações, de sorte a que possam ser comparadas. "A comparabilidade necessita - ensinam Pieroth e Schilink - em primeiro lugar de um ponto de referência (*tertium comparationis*). (...) O ponto de referência é o conceito supra-ordenado comum (*genus proximum*), sob o qual caem as diferentes pessoas, grupos de pessoas ou situações tratadas de maneira juridicamente diferente"⁴³.

Haverá tratamento desigual que, se não justificado constitucionalmente, ofenderá o princípio da isonomia, quando "uma pessoa, um grupo de pessoas ou uma situação é tratada juridicamente de uma maneira determinada,

Constituição, exige do marido, para que perceba a pensão por morte da mulher, um requisito - o da invalidez - que, não se presume em relação à viúva"). Por outro lado, não há impedimento a que o legislador, atento a realidades sociais que marcam situações e papéis diferenciados entre um e outro, estipule foro especial para a mulher nas ações de separação judicial e de conversão da separação judicial em divórcio (RE 227.114, rel. o Ministro Joaquim Barbosa, DJe 16-02-2012). No voto o relator estimou que a "norma visa a dar um tratamento menos gravoso à parte que, em regra, se encontrava e, ainda se encontra, em situação menos favorável econômica e financeiramente".

⁴² Sirva de ilustração a crítica feita no STF à diferenciação estabelecida para fins de incidência de regra sobre limite etário para admissão em concurso público entre candidatos militares e civis. Confira-se a ementa do RE 586.088 AgR, rel. o Ministro Eros Grau, DJe 19.6.2009: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. CONCURSO PÚBLICO. BOMBEIRO MILITAR. LIMITE DE IDADE. Constitui discriminação inconstitucional o critério utilizado pela administração quando fixou limites diferentes de idade para o candidato civil e para aqueles que já são militares. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento".

⁴³ ob. cit., p. 133 e 134.

através de ingerência ou prestação, em participação ou procedimento".⁴⁴

Desde que o princípio da igualdade na lei ganhou a atenção da jurisdição constitucional, a diferenciação arbitrária sempre foi considerada como marcador de anomalia hostil à isonomia. Na Alemanha, Robert Alexy informa, com claro proveito para o nosso sistema:

"A jurisprudência do tribunal sobre igualdade tem como fio condutor o seguinte enunciado: 'o enunciado da igualdade é violado se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei; em resumo, se a disposição examinada tiver que ser classificada como arbitrária'".⁴⁵

Acrescenta que "o pano de fundo para essas fórmulas é constituído pela exigência de 'uma perspectiva orientada pela ideia de justiça'".⁴⁶

Reiterando o entendimento corrente sobre essa perspectiva da igualdade como veto a tratamento diferenciado que não se justifica, Borowski acentua que a igualdade é um valor em si mesma, que ordena "um tratamento igual, quando não existe uma razão suficiente para permitir um tratamento desigual", acrescentado esse dado de todo relevante para a hipótese de análise deste parecer:

⁴⁴ Pieroth e Schilink, ob. cit., p.134.

⁴⁵ Alexy, ob. cit., p. 403.

⁴⁶ Alexy, ob. cit., p. 408.

“O mandamento do trato igual estatui, desse modo, um peso argumentativo a favor do tratamento jurídico igual (...) comparável com o ônus de argumentação que recai sobre o Estado quando intervém nos direitos de defesa”.⁴⁷

Decerto que se há de reconhecer uma margem de atuação discricionária ao legislador quando elege critérios para instituir diferenciações. A esse imperativo da democracia representativa também estão atentos tanto a jurisprudência como a doutrina que mais detidamente se debruça sobre a problemática da igualdade. Na Alemanha, desde 1993⁴⁸, tem-se graduado o rigor da apreciação judicial dos critérios de desigualdade adotados pelo legislador conforme os efeitos negativos que produzem, especialmente sobre os princípios constitucionais de cunho fundamental, o que conduz o julgador a juízos de proporcionalidade. Assim, conforme os efeitos que a distinção produz, pode-se exigir, de modo mais desapertado, que a discriminação seja capaz de, pelo menos, contribuir para o fim legítimo que busca alcançar, ou exigir que se revele indispensável para esse mesmo objetivo.

Bernardo Pulido, que também expõe esse mesmo parâmetro de diferenciação de juízos de legitimidade, e informa a sua adoção pela Corte Constitucional da Colômbia, explica a causa dessas variações de intensidade do juízo de legitimidade em face do princípio da igualdade, dizendo:

⁴⁷ Borowski, ob. cit., p. 191.

⁴⁸ Cf. Borowski, ob. cit., p. 200 e ss.

“A verdadeira causa (...) reside na segurança das premissas relevantes em cada etapa do juízo de proporcionalidade e na intensidade da restrição do princípio da igualdade: quanto mais seguras forem as premissas e quanto mais intensa for a restrição ao princípio da igualdade, tanto mais intenso deve ser o escrutínio e tanto menor o âmbito de apreciação que se deve reconhecer ao legislador, à administração e aos particulares”.⁴⁹

Esses parâmetros de avaliação são de serventia para a análise da discriminação que a Lei n° 12.030/2009 efetua dos peritos papiloscopistas com relação aos peritos criminais, médico-legistas e odontologistas.

Conforme já se concluiu anteriormente, os Papiloscopistas realizam perícias, da mesma forma que os seus colegas nominados pela lei de 2009. Não se pode duvidar da relevância dos seus afazeres no que toca à descoberta e análise de vestígios humanos capazes de conferir segurança à aplicação do direito penal. Isso, de resto, foi exemplificado com os inúmeros precedentes judiciais, totalmente apoiados, quanto às suas determinações, em perícias papiloscópicas.

Há, inegavelmente, uma intercessão entre o conjunto dos peritos tratados pela Lei n° 12.030/2009 e os Papiloscopistas. Todos eles desempenham função indispensável para a realização segura da Justiça criminal. Nessa medida os grupos de peritos em exame

⁴⁹ Carlos Bernal Pulido. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 273.

mostram-se em situação de igualdade de fato relevante. O tratamento diferente que a lei lhes acorda é, portanto, suspeito e deve ser fiscalizado sob o ponto de vista da sua constitucionalidade diante do postulado da isonomia.

A pergunta que cabe, aqui, é a que remete à existência de uma justificativa que legitime o tratamento de menoscabo que a lei de 2009 dedicou aos Papiloscopistas. Há que se indagar se há justificativa suficiente para que se considerem peritos oficiais de natureza criminal os servidores que ocupam cargos com a denominação de peritos criminais, de peritos médicos legistas e de peritos odontologistas e se recuse a mesma qualificação aos Papiloscopistas.

Já se viu que, diante da evidência de uma igualdade fática, como ocorre no caso, o ônus de justificação recai sobre quem efetua a discriminação. Tenha-se presente, também, que a diferenciação estabelecida pelo legislador de 2009 não se resume, quanto aos efeitos práticos que engendra, a um mero desprestígio de *status* dos Papiloscopistas. As consequências são consideravelmente mais graves e sérias. Conforme as conclusões já alcançadas neste estudo, ao se retirar dos Papiloscopistas o *status* de peritos oficiais criminais, viram-se eles excluídos do regime de atuação protegido, que o legislador estimou - e com acerto neste pormenor - que toda perícia oficial criminal deve possuir, em prol da isenção dos seus resultados, da segurança na aplicação do direito penal e das garantias individuais fundamentais em jogo. A discriminação, assim, instituiu um descompasso no grau estabelecido pelo próprio legislador no domínio das

garantias que avaliou como necessárias para a atuação eticamente eficaz do Estado democrático de Direito.

Sendo dessa forma, não há duvidar que as consequências constitucionalmente relevantes da discriminação a que a Lei n° 12.030/2009 serviu são de grau elevado.

Tudo isso conduz à convicção de que a discriminação realizada deve, para ser legítima, ter por si razões evidentes de acentuada importância para a ordem constitucional, sob pena de, não sendo assim, vir a merecer a pecha de arbitrária, comprometendo a sua validade.

Ora, também ficou visto anteriormente que nenhuma razão plausível foi adiantada na elaboração da lei ou depois da sua entrada em vigor para justificar, nem mesmo para explicar, o tratamento discriminatório votado aos Papiloscopistas na lei de 2009. Ao contrário, as consulentes apresentaram manifestações oficiais - como, por exemplo, da Consultoria-Geral da União e de órgãos do Legislativo - favoráveis ao tratamento dos Papiloscopistas de acordo com a mesma ordem de garantias afetadas aos demais peritos oficiais de natureza criminal.

Não há razão plausível - é a conclusão que se impõe - para a exclusão dos Papiloscopistas do rol dos peritos oficiais criminais contido na Lei n° 12.030/2009. A discriminação não buscou alcançar nenhuma finalidade capaz de legitimá-la. A decisão legislativa recai, assim, mesmo que se empregue a análise menos rigorosa de licitude das quebras de igualdade, no plano irredimível das discriminações inadmissíveis.

Repare-se que nem mesmo uma pueril intenção de economia de gastos vem ao socorro da grave diferenciação realizada. Afinal, se os Papiloscopistas deixarem de ser peritos oficiais, os indispensáveis exames que realizam terão que ser executados por dois profissionais da área, diante do que dispõe o art. 159, § 1º, do Código de Processo Penal. Mesmo que se diga que o ocupante do cargo com o nome de perito criminal poderá receber o trabalho do Papiloscopista e endossá-lo, continuará a haver dois profissionais recrutados para realizar o trabalho que poderia ser concebido por apenas um, se o Papiloscopista não fosse desconsiderado pela lei de 2009.

A distância de qualificação, garantias e *status* que a Lei nº 12.030/2009 estabeleceu entre os Papiloscopistas e os demais peritos de que cuidou rompe com um padrão de igualdade de tratamento que a semelhança essencial de situações reclamava e tudo isso com expressivo detrimento de valores informadores de princípios constitucionais estruturantes da ordem jurídica. Há, portanto, ofensa ao princípio da isonomia na deliberação legislativa, que torna o sistema que construiu inconstitucional.

CONCLUSÕES FINAIS

A exclusão dos Papiloscopistas da lista dos peritos oficiais criminais constante do art. 5º da Lei nº 12.030/2009 é incompatível com a Constituição

Federal. Fere o princípio da proporcionalidade, significa um censurável retrocesso na densificação alcançada pelo princípio do devido processo legal, importa descaso para com exigências do Estado democrático de Direito e agride o princípio da isonomia. O art. 5º da Lei nº 12.030/2009 se desvenda inconstitucional.

Há, contudo, um modo de enxergar essa mesma norma, que a salvaria da crítica de inválida.

Assentou-se que os cuidados com que o legislador cercou os servidores do Estado que realizam perícias oficiais na Justiça criminal são salutares e mesmo indispensáveis para o projeto de correção na prestação jurisdicional que anima o constituinte quando aborda a temática da segurança pública. Todo o defeito que se percebe na lei circunscreve-se ao alheamento dos Papiloscopistas desse sistema ideado pelo Legislativo.

Acresce que não se entremostra razão alguma que convença que o legislador tenha-se proposto, conscientemente, a perpetrar a inconstitucionalidade denunciada.

Dessa forma, e diante dos termos mesmos que compõem o art. 5º da Lei nº 12.030/2009, recomenda-se que se descubra no dispositivo uma lacuna de formulação, que pode ser suprida - inclusive pela Suprema Corte - mediante a técnica da interpretação conforme a Constituição. O esforço hermenêutico, aqui, não desvirtua a natureza das coisas, nem distorce texto da norma. Basta que se considere que, ao aludir a "peritos criminais", o art. 5º da lei de 2009 não se

refere apenas aos servidores que ocupam cargos públicos que ostentem esta exata denominação, mas, antes, abrange todos os agentes públicos que realizam trabalhos de perícia, a partir de conhecimentos técnicos específicos, que não se confundem com aqueles do domínio dos profissionais da saúde. Desse modo, ficaria estabelecido que os Papiloscopistas estão alcançados pelo termo "perito criminal", não obstante eventuais atos normativos preexistentes possam ter estremado cargos de perito criminal de cargos de Papiloscopista.

Mesmo que se decline de tal leitura, ao menos se haverá de considerar que a enumeração do art. 5º é meramente exemplificativa, e não exaustiva. Desse modo, a interpretação da lei conforme a Constituição deverá ser a de que também os Papiloscopistas estão apanhados pelo sistema disposto na Lei nº 12.030/2009. Vale o reparo que a correção, motivada pelas exigências da isonomia, em nada infringe a Súmula 339/STF, já que não está em causa questão remuneratória dos Papiloscopistas. Ao contrário, a solução sugerida tem por si o abono do que já decidiu o STF em outras oportunidades análogas.⁵⁰

⁵⁰ Cf. ADI 2.653, rel. o Ministro Maurício Corrêa, DJ 14.11.2003. No precedente, o STF, desvendou lapso de formulação do CPC no parágrafo único do seu art. 14, prevenindo, assim, que se viesse a ter configurada situação agressiva do princípio da isonomia. Esta a ementa do julgado: "Impugnação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, na parte em que ressalva 'os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB' da imposição de multa por obstrução à Justiça. Discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais, que são submetidos a regime estatutário próprio da entidade. Violação ao princípio da isonomia e ao da inviolabilidade no exercício da profissão. Interpretação adequada, para afastar o injustificado *discrímen*. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para, sem redução do texto, dar interpretação conforme a Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título

É o parecer.

Brasília, 13 de abril de 2012.

Paulo Gustavo Gonet Branco

OAB-DF 4.812. Doutor em Direito (UnB). Mestre em Direitos Humanos internacionais (LLM - Universidade de Essex, Reino Unido). Professor e coordenador do Programa de Mestrado em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos”.