

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

LAURA BIANCHESSI ALVES

O DIREITO AO CONTRADITÓRIO NA PROVA PERICIAL PENAL

**PORTO ALEGRE
2018**

LAURA BIANCHESSI ALVES

O DIREITO AO CONTRADITÓRIO NA PROVA PERICIAL PENAL

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade.

PORTO ALEGRE

2018

LAURA BIANCHESSI ALVES

O DIREITO AO CONTRADITÓRIO NA PROVA PERICIAL PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado.

Aprovado em de julho de 2018.

BANCA EXAMINADORA

**Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade
(Orientador)**

Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha

Prof. Me. Marcus Vinícius Aguiar Macedo

RESUMO

Este estudo tem como objetivo avaliar as possíveis formas de aplicação do princípio constitucional do contraditório (constante do artigo 5º, inc. LV, da Constituição Federal) à prova pericial penal. Para tal avaliação, primeiramente, são apresentados o conceito e a importância deste tipo de prova para a seara penal, as espécies elencadas no Código de Processo Penal e uma breve evolução legislativa. Posteriormente, analisa-se o princípio do contraditório no tocante à prova pericial, por meio de seus aspectos constitucionais e de sua aplicabilidade ao processo penal. Finalizando esta seção, examina-se a viabilidade da aplicação do princípio do contraditório ao inquérito policial, visto tratar-se de tema controverso, pois constitui fase pré-processual. Após, adentrando no escopo principal do trabalho, aborda-se o princípio do contraditório da prova pericial. Para este determinado fim, analisam-se as possíveis interpretações do artigo 155 do Código de Processo Penal, fazendo-se importantes distinções doutrinárias. Seguem esclarecimentos a respeito de conceitos importantes para o entendimento da seção que se dedica ao contraditório da prova pericial. Fechando os estudos, trata-se da atuação dos diferentes sujeitos processuais no contraditório da perícia criminal, com destaque para a figura do assistente técnico, que constitui inovação introduzida pela Lei n. 11.690/2008. Por fim, conclui-se que, conforme escorreita interpretação do artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal, a principal maneira de exercício do contraditório referente à prova pericial penal ocorre de forma diferida.

Palavras-Chaves: prova pericial; contraditório; assistente técnico.

ABSTRACT

This study aims to evaluate the possible ways to apply the constitutional principle of adversarial procedure (included in the Brazilian Constitution, on its 5. article, LV) to criminal expert evidence. For such an evaluation, the concept and relevance of this type of evidence for the criminal law, the types listed on the Penal Code and a brief history of legislative developments are first presented. Later, the adversarial principle regarding criminal evidence is analyzed by means of their constitutional aspects and applicability in criminal proceedings. Lastly, the application viability of said principle in police investigation is examined providing its delicate nature due to the fact it constitutes a pre-procedural stage. Following this section, this work addresses the adversarial principle of criminal evidence, deepening its scope. For this, the possible interpretations of article 155 from the Penal Code are analyzed, revealing important doctrinal distinctions. Clarifications regarding concepts that are important for the understanding of the section on adversarial procedure of criminal evidence are then provided. To finalize this study, the performance of different parties in criminal forensics are studied, highlighting the technical assistant that constitutes a breakthrough according to the Law n. 11.690/2008. Finally, it is concluded that adversarial principle regarding criminal evidence is mainly observed in its deferred form, based on the correct interpretation of article 155 from the Penal Code.

Keywords: criminal evidence; adversarial principle; technical assistant.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AI: Agravo Interno

AgR: Agravo Regimental

CF: Constituição Federal

CPP: Código de Processo Penal

DJ: Diário de Justiça

DJE: Diário de Justiça Eletrônico

HC: Habeas Corpus

STF: Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	A PROVA PERICIAL NO PROCESSO PENAL	11
2.1	CONCEITO E IMPORTÂNCIA	11
2.2	ESPÉCIES DE PERÍCIAS ELENCADAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	13
2.3	EVOLUÇÃO LEGISLATIVA	22
3	O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL	26
3.1	ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	26
3.2	APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO AO PROCESSO PENAL	29
3.3	VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO AO INQUÉRITO POLICIAL	31
4	O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA PROVA PERICIAL	36
4.1	ANÁLISE DO ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	36
4.2	PROVA CONSTITUÍDA EM CONTRADITÓRIO JUDICIAL E ELEMENTO INFORMATIVO	37
4.3	PROVAS CAUTELARES, NÃO REPETÍVEIS E ANTECIPADAS	38
4.3.1	Provas cautelares	38
4.3.2	Provas não repetíveis	39
4.3.3	Provas antecipadas	40
4.4	CONTRADITÓRIO DA PROVA PERICIAL	42
4.5	ATUAÇÃO DOS DIFERENTES SUJEITOS PROCESSUAIS NA PERÍCIA PENAL	43
4.5.1	Assistente Técnico	43
4.5.2	Outros Sujeitos Processuais	46
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é avaliar as possíveis formas de aplicação do princípio constitucional do contraditório, constante do artigo 5º, inc. LV, da Constituição Federal, à prova pericial penal.

Para tal avaliação, primeiramente, são apresentados o conceito e a importância deste tipo de prova para a seara penal, bem como suas espécies elencadas no Código de Processo Penal e uma breve evolução legislativa. Dentre as inovações trazidas pela Lei n. 11.690/2008, a nova redação do artigo 155, *caput*, merece destaque, visto positivizar no Código de Processo Penal o princípio do contraditório, por meio de vedação da fundamentação da decisão judicial exclusivamente em elementos informativos colhidos na investigação, com importante ressalva que abrange provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

No que diz respeito ao contraditório da prova pericial, especificamente, a novel redação do § 3º do artigo 159 do Código de Processo Penal faculta ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao querelado a formulação de quesitos e a indicação de assistente técnico. O referido dispositivo cuida, ainda, em seu § 4º, sobre o momento da atuação do assistente técnico.

A maneira como deve se dar o exercício do contraditório da prova pericial é explanada no § 5º do artigo em tela. Já o parágrafo seguinte (§ 6º) versa sobre o procedimento a ser adotado quanto à disponibilização do material probatório para que o assistente técnico realize seus exames. O último parágrafo do preceito se ocupa da possibilidade de, nas perícias complexas, mais de um perito ou mais de um assistente técnico serem designados.

Posteriormente, é estudado o princípio do contraditório no tocante à prova pericial, por meio de seus aspectos constitucionais e de sua aplicabilidade ao processo penal.

Finalizando esta seção, é examinada a viabilidade da aplicação do princípio do contraditório ao inquérito policial, que é um tema controverso, pois se trata de fase pré-processual. Alguns doutrinadores entendem que, por se tratar de fase anterior ao

processo, o ordenamento não lhe fornece as mesmas garantias e princípios inerentes ao processo. Já outros autores entendem que, por se cuidar de elemento de elevada importância na formação do convencimento do julgador e, no caso de exame de corpo de delito, indispensável, também deve ser exercido o contraditório na fase de investigação.

Adentrando no escopo principal do trabalho, é estudado o princípio do contraditório na prova pericial. Para este objetivo, analisam-se as possíveis interpretações do artigo 155 do Código de Processo Penal, fazendo-se importantes distinções doutrinárias. No tocante ao *caput* do artigo 155, são feitas considerações necessárias para o seu correto entendimento.

Para tal, são realizados esclarecimentos mais detidos a respeito da diferenciação feita pela doutrina entre os elementos colhidos durante o inquérito e as provas produzidas em processo judicial sob o crivo do contraditório.

Ainda, o trabalho se debruça sobre importante distinção entre provas antecipadas, cautelares e não repetíveis, seguida de uma análise dos diferentes momentos em que o contraditório pode ser observado no curso do procedimento criminal, o que permite a sua classificação em antecipado, diferido e durante a prova.

Fechando os estudos, trata-se da atuação de diferentes sujeitos processuais na perícia criminal. Iniciando esta divisão do trabalho, analisa-se o papel do assistente técnico, cuja atuação é disciplinada pelo artigo 159 do Código de Processo Penal. Sua figura é bastante importante em relação ao princípio do contraditório, pois, por meio das conclusões alcançadas pelo assistente técnico, é possível corroborar ou contrariar os resultados obtidos pelo perito.

Nesta seção, é feito um estudo sobre as possíveis manifestações de demais sujeitos processuais no contraditório da perícia penal, que são as partes, o perito oficial, o perito não oficial e, por fim, o juiz.

No que diz respeito às partes, os parágrafos 3º ao 7º do artigo 159 lhes facultam a formulação de quesitos e a indicação de assistente técnico (§ 3º), bem como o requerimento de oitiva dos peritos e a indicação de assistentes técnicos durante o curso do processo (§ 5º). Ainda, é dada às partes a faculdade de solicitar a

disponibilização do material probatório para que seja examinado pelo assistente técnico (§ 6º) e de indicar mais de um assistente técnico, quando se tratar de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado (§ 7º).

Posteriormente, são estudados os papéis do perito oficial e do perito não oficial (que atuará na ausência do primeiro). Estas figuras estão delimitadas no Capítulo VI do Código de Processo Penal, além dos artigos 159 e 160 do mesmo diploma, os quais estabelecem requisitos legais para sua admissibilidade e atuação.

Finalizando a última seção do trabalho, passa-se a analisar o papel do juiz na observância do contraditório da prova pericial penal, destacando que, com as modificações introduzidas pela Lei n. 11.690/2008, as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas podem servir de substrato probatório para a formação da convicção do juiz e para a prolação da respectiva decisão judicial.

Para a consecução do trabalho em apreço, foi de suma importância o suporte encontrado na doutrina processual penal brasileira. O desenvolvimento do estudo contou, ainda, com o auxílio de consultas aos repositórios de jurisprudência das principais cortes do país.

2 A PROVA PERICIAL NO PROCESSO PENAL

2.1 Conceito e Importância

Perícia é um meio de prova técnica ou científica cujo objetivo é a obtenção de certo conhecimento relevante para o acerto do fato, a partir de um procedimento técnico realizado sobre a pessoa ou coisa. A conclusão do técnico ou profissional é expressa no laudo pericial, que tem por finalidade influir na formação da persuasão racional do juiz, em seu processo cognitivo de valoração (MANZANO, 2011, p. 08).

Zarzuela (1995, p. 306) caracteriza a perícia como a modalidade de prova que requer, para a sua produção, conhecimentos especializados, no que diz respeito à pessoa física (viva ou morta) e à coisa, implicando apreciação, interpretação e descrição de fatos ou de circunstâncias de presumível ou de efetivo interesse judiciário.

O referido autor leciona ainda que, pela destacada importância que apresenta, a perícia constitui meio instrumental técnico-opinativo e alicerçador da sentença, sendo meio instrumental porque representa um instituto eficaz de que o juiz pode se valer para a solução da lide (ZARZUELA, 1995, p. 306).

A importância da perícia é explicitada diversas vezes nas obras do autor Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, seja quando afirma que “a perícia ou o laudo pericial constitui um dos alicerces usados pelo juiz para a sentença”, seja em outro momento no qual coloca que “a conclusão da perícia fundamenta a decisão” (ARANHA, 2008, p. 184).

Ainda ressaltando a relevância de tal prova, Aranha afirma que “a perícia é a lanterna que ilumina o caminho do juiz que, por não a ter quanto a um determinado fato, está na escuridão. A lente que corrige a visão que está deficiente pela falta de conhecimento especial” (ARANHA, 2008, p. 193).

Nesta linha de pensamento, a perícia consiste em um meio de prova que leva os fatos ao conhecimento do julgador, por meio de exames realizados nos vestígios encontrados no local do crime. A perícia pode ser interpretada como um dos meios probatórios de maior confiabilidade, uma vez que fornece ao processo bases

científicas e técnicas para análise dos vestígios deixados no local do crime, bem como traz a possibilidade de reconstituição dos fatos.

Tal confiabilidade é devida à característica fundamental da perícia como prova científica, e o que a distingue dos demais meios de prova é o fato de ela se valer de um princípio científico aplicado por meio de técnica adequada, sendo essencial ao acerto do fato e ao deslinde da causa. Não raro, tal conhecimento escapa ao domínio dos aplicadores do Direito, tendo em vista o alto grau de tecnicidade da prova pericial (MANZANO, 2011, p. 09).

A importância da perícia também pode ser verificada em nosso Código de Processo Penal, o qual reserva diversos artigos destinados a técnicas e pormenores das provas periciais, além de realçar o diferenciado grau de relevância atribuído à prova pericial dentro do conjunto probante.

O dispositivo legal que mais notadamente exemplifica este grau diferenciado é o artigo 158 do Código de Processo Penal, que determina:

“Artigo 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”

O dispositivo refere-se à indispensabilidade do exame de corpo de delito (uma das espécies de prova pericial), evidenciando diretamente a diferenciada relevância da perícia no contexto probatório penal. A indispensabilidade do exame de corpo de delito se dá sob pena de nulidade, conforme o próprio Código de Processo Penal, em artigos posteriores dedicados às nulidades:

“Artigo 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

[...]

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

[...]

b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no artigo 167.”

Conforme se depreende da leitura do artigo 564 do Código de Processo Penal, alguns atos poderão ser reputados nulos em decorrência da falta de exame pericial, o que, eminentemente, destaca a indispensabilidade da prova pericial e seu local de destaque dentre as demais provas.

Outro dispositivo que ilustra o valor da prova pericial é o artigo 184 do Código de Processo Penal, que excetua o exame de corpo de delito, sendo impossível a negativa para a sua realização por parte da autoridade competente.

“Artigo 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade” (Grifos da autora).

A perícia é tão importante que o artigo 158 a classifica como indispensável. A prova pericial ganha especial destaque quando o próprio Código de Processo Penal disciplina no artigo 564, inc. III, alínea “b”, que a falta do exame do corpo de delito é causa suficiente de nulidade, haja vista que tal deficiência poderá causar prejuízos impossíveis de serem reparados. Além do mais, quando requerida à autoridade competente, como dispõe o artigo 184 desta lei, ela não poderá ser negada, diferentemente de qualquer outra.

Assim, não sem razão, Aranha, Desembargador aposentado, ex-presidente do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, dá bem a medida da importância que tem a prova pericial ao ensinar que “[...] situada como uma prova nominada [...] tem a perícia uma natureza jurídica toda especial que extravasa a condição de simples meio probatório, para atingir uma posição intermediária entre a prova e a sentença [...]”, significando dizer que não se trata de simples prova, mas de uma prova especial, formalmente certificada via laudo pericial (ARANHA, 2008, p. 336).

Uma vez assentados o conceito e a importância da perícia no Processo Penal, passaremos a abordar as diferentes espécies de perícia existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 Espécies de Perícias Elencadas no Código de Processo Penal

Para se realizar a perícia é necessário que o delito praticado tenha deixado vestígios, como determina o artigo 158 do Código de Processo Penal, quando dispõe que o exame é indispensável, não sendo suprido nem mesmo pela confissão do acusado. O referido diploma legal descreve várias modalidades de provas periciais.

Já em 1941, o legislador vislumbrou a importância da perícia para o processo criminal, com o esmero técnico de determinar requisitos mínimos para determinados

tipos de perícias (STUMVOLL, 2014, p. 14). Os artigos que elencam as espécies de perícias não foram objeto de substancial reforma até os dias de hoje.

É evidente que, atualmente, o universo de perícias que deveriam estar elencadas no Código de Processo Penal seria muito mais extenso, de forma a colaborar cada vez mais para o esclarecimento dos fatos com a justiça (STUMVOLL, *op. cit.*, p. 39).

Neste sentido, a classificação adotada por Tocchetto e Espíndula (2016, p. 4) subdivide as perícias criminais em categorias distintas, elencadas de acordo com a realidade diária dos Institutos e Departamentos de Criminalística brasileiros. De acordo com estes autores, os principais tipos de perícias são classificados como:

- Exames periciais em locais de crimes contra a vida;
- Exames periciais em crimes contra o patrimônio;
- Exames periciais de revelação de impressões papilares;
- Exames periciais de acidentes de trânsito;
- Exames de identificação de veículos automotores;
- Exames periciais de engenharia forense;
- Exames periciais de balística forense;
- Exames periciais em documentoscopia forense;
- Exames periciais em informática forense;
- Exames periciais em fonética forense;
- Exames periciais de DNA forense;
- Exames periciais de toxicologia forense; entre outros.

Nada obstante o maior detalhamento da classificação doutrinária, o capítulo II do Código de Processo Penal é composto por vinte e seis artigos com o objetivo de explanar acerca das perícias e dos procedimentos necessários para a sua realização, demonstrando as regras que deverão ser seguidas para que não se afronte o direito. O Código de Processo Penal, ao longo de seu capítulo II, descreve várias modalidades de provas periciais aceitas no ordenamento jurídico.

Posto isto, e tendo em vista a área afim deste trabalho, serão analisadas ao longo deste tópico as espécies de perícias encontradas nesse diploma legal, com

amparo na classificação de Stumvoll, que utiliza a classificação das perícias mais similar àquela encontrada no Código de Processo Penal, que segue abaixo.

a. Perícias em Local de Infração Penal

O artigo 169 do Código de Processo Penal prevê:

*“Artigo 169. Para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos.
Parágrafo único. Os peritos registrarão, no laudo, as alterações do estado das coisas e discutirão, no relatório, as consequências dessas alterações na dinâmica dos fatos.”*

Diversos tipos de perícias são feitas *in loco*, ou seja, no local onde aconteceram infrações penais. Temos como exemplos: homicídio, suicídio, acidente de trânsito com vítima, furtos, disparo de arma de fogo, etc.

A perícia *in loco* é de extrema importância para o esclarecimento dos fatos ocorridos. Este é um dos tipos de perícia que mais exige dos peritos, devido às condições adversas que podem ser encontradas para a realização dos exames (STUMVOLL, 2014, p. 40).

São três as principais divisões das perícias *in loco*: perícias em locais de crimes contra o patrimônio, perícias em locais de crime contra a pessoa, nos casos em que houve morte violenta (homicídio, suicídio ou acidente) e perícias em locais de acidente de trânsito.

Destaque para a importância atribuída pelo dispositivo à preservação e ao isolamento do local do crime nos casos de perícia *in loco*, visando à não alteração dos vestígios e dos indícios, bem como de suas posições e localizações. Tais alterações comprometem o exame realizado pelos peritos e dificultam suas conclusões, tanto que devem constar no documento resultante do exame pericial – o laudo.

b. Perícias de Laboratório

A perícia laboratorial está inserida no artigo 170 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

“Artigo 170. Nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente, os

laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas.”

Estes exames estão previstos no artigo 170 do Código de Processo Penal, devendo os peritos, ao realizarem tais exames, tomarem o cuidado de coletar e de guardar material suficiente para a realização de mais de um teste, pois pode surgir a necessidade de uma nova perícia. Novo exame pode ser necessário caso no primeiro tenham ocorrido falhas, ou para que as partes possam questionar a conclusão obtida pelos peritos, por meio de uma nova verificação (NUCCI, 2013, p. 81).

As perícias laboratoriais devem ser realizadas por peritos com conhecimento técnico nas áreas das ciências e devem ser utilizados aparelhos, substâncias químicas e métodos para encontrar os fatos relevantes para a instrução criminal.

c. Perícias Relacionadas a Crimes Contra o Patrimônio

Em relação aos procedimentos periciais destinados à investigação de crimes contra o patrimônio, o artigo 171 do Código de Processo Penal estipula, *v. g.:*

“Artigo 171. Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo a subtração da coisa, ou por meio de escalada, os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado.”

O artigo 171 do Código de Processo Penal demonstra com quais crimes o exame pericial irá se preocupar e também a necessidade da descrição minuciosa dos vestígios, a indicação do instrumento utilizado, os meios empregados e o tempo em que os atos foram praticados.

d. Avaliação Econômica

A perícia também serve para aquilatar o valor dos bens destruídos, deteriorados ou que constituam produto do crime. O artigo 172 do Código de Processo Penal estabelece:

“Artigo 172. Proceder-se-á, quando necessário, à avaliação de coisas destruídas, deterioradas ou que constituam produto do crime.”

Como visto, o preceito trata da avaliação de coisas que tenham sido destruídas, deterioradas ou que constituam produto do crime, quando necessário.

A necessidade de determinar a estimativa econômica dos bens está vinculada à atividade do julgador no sentido de subsidiá-lo tanto na conclusão acerca da tipicidade material da conduta, que ocorre, por exemplo, nos casos de manifestação do princípio da insignificância, como na valoração da conduta típica, balizando o cálculo de eventual pena a ser aplicada ao réu, conforme sucede na hipótese do § 2º do artigo 155 do Código Penal¹.

e. Perícia de Incêndio

O artigo 173 disciplina a perícia nas hipóteses de incêndio:

“Artigo 173. No caso de incêndio, os peritos verificarão a causa e o lugar em que houver começado, o perigo que dele tiver resultado para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o seu valor e as demais circunstâncias que interessarem à elucidação do fato.”

O artigo 173 do Código de Processo Penal se preocupa em nortear a realização da perícia nos casos de incêndio. Para o levantamento pericial nessas situações, o *expert* deve verificar a causa e o lugar em que o incêndio começou, devendo informar o grau de perigo, a extensão do dano, o seu valor e todos os dados importantes para sua elucidação.

f. Perícias Documentoscópicas

As perícias documentoscópicas são objeto do artigo 174, *in verbis*:

*“Artigo 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte:
I - a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada;
II - para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida;
III - a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados;
IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.”*

¹ “Artigo 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

[...]

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.”

O artigo 174 traz peculiaridades a serem observadas no que diz respeito aos exames documentoscópicos. Os exames realizados nesta área são de extrema valia, visto que este é um dos maiores setores de perícias nos Institutos de Criminalística brasileiros, sendo uma área bastante desenvolvida, portadora de diferentes técnicas de ponta visando à elucidação de uma grande gama de crimes.

g. Exames de Eficiência em Objetos

Os exames de eficiência em objetos estão elencados no artigo 175 do Código de Processo Penal:

“Artigo 175. Serão sujeitos a exame os instrumentos empregados para a prática da infração, a fim de se lhes verificar a natureza e a eficiência.”

Consoante o artigo 175, nestas perícias, além de estabelecer a eficiência do instrumento em tela, também é necessário verificar sua natureza, em outras palavras, é necessário “estabelecer a espécie e a qualidade”, tomando como exemplo o reconhecimento do calibre de uma arma de fogo (NUCCI, 2013, p. 85).

Com efeito, os exames de balística forense são muito frequentes na perícia criminal. Ao realizar o confronto balístico, os técnicos comparam, por meio de análise de microscopia, as marcas e sulcos deixados no projétil colhido no local do crime com as impressões encontradas em outro projétil, disparado em laboratório, com a suposta arma utilizada no cometimento do ato ilícito. Caso haja identidade entre as marcas deixadas em ambos os projéteis, é altamente provável que aquela seja confirmada como a arma empregada no crime.

Esta espécie de perícia também está prevista no artigo 6º, inc. II, do mesmo diploma legal, quando dispõe que a autoridade policial deverá fazer a apreensão dos objetos que tiverem relação com o fato, depois de liberados pelos peritos.

*“Artigo 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:
[...]
II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais.”*

O inciso II do artigo 6º do Código de Processo Penal ressalta a importância da correta e imediata apreensão dos objetos relacionados ao fato, visto que compõem importante substrato para a sua elucidação.

h. Autópsia

Particularidades relativas ao exame de autópsia são dadas pelo artigo 162 do Código de Processo Penal:

“Artigo 162. A autópsia será feita pelo menos seis horas depois do óbito, salvo se os peritos, pela evidência dos sinais de morte, julgarem que possa ser feita antes daquele prazo, o que declararão no auto.

Parágrafo único. Nos casos de morte violenta, bastará o simples exame externo do cadáver, quando não houver infração penal que apurar, ou quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte e não houver necessidade de exame interno para a verificação de alguma circunstância relevante.”

Para Bonfim (2010, p. 72), a autópsia consiste em, primeiramente, realizar o exame exterior do cadáver para, em seguida, ser realizado o seu exame interno. Só então é possível ser estabelecida a causa da morte. No entanto, este exame não visa apenas a determinar a *causa mortis*, mas também a descobrir aspectos como a trajetória do projétil, número de ferimentos existentes no cadáver, orifícios de entrada e de saída do instrumento utilizado na conduta delituosa, dentre outros.

Outra finalidade da autópsia é a identificação do tempo do crime por meio da observação de fenômenos cadavéricos, tais como livores hipostáticos, rigidez cadavérica, resfriamento corporal e outros.

A razão pela qual o artigo 162 prevê o prazo mínimo de seis horas após a morte para a realização da autópsia é que, ao tempo em que foi publicado o Código de Processo Penal (ano de 1941), a medicina legal não dispunha de técnicas capazes de aferir com precisão a ocorrência do evento morte. Assim, tal prazo destinava-se a evitar que um indivíduo ainda vivo fosse objeto de autópsia. Atualmente, no entanto, o lapso em referência não costuma ser obedecido na prática, considerando que os peritos legistas dispõem de métodos eficazes para determinar a ocorrência da morte.

i. Exumação

O artigo 163 trata dos casos de exumação para exame cadavérico:

“Artigo 163. Em caso de exumação para exame cadavérico, a autoridade providenciará para que, em dia e hora previamente marcados, se realize a diligência, da qual se lavrará auto circunstanciado.

Parágrafo único. O administrador de cemitério público ou particular indicará o lugar da sepultura, sob pena de desobediência. No caso de recusa ou de falta de quem indique a sepultura, ou de encontrar-se o cadáver em lugar não

destinado a inumações, a autoridade procederá às pesquisas necessárias, o que tudo constará do auto.”

A exumação acontece quando o cadáver é desenterrado, sendo retirado da sepultura para a realização de exames, seja em razão de dúvida superveniente, seja pela deficiência do exame anterior, seja por irresignação das partes (NICOLITT, 2010, p. 420).

O artigo 163 prevê que a exumação deverá sempre ter dia e hora previamente marcados pela autoridade responsável, sendo lavrado auto circunstanciado, devendo o responsável pelo cemitério público ou particular indicar o local da sepultura, sob pena de desobediência.

Depois de realizada a exumação e constatada a identidade do cadáver, os peritos, em sendo o caso, realizarão um novo exame destinado a sanar as dúvidas que ensejaram o desenterramento.

j. Identificação de Cadáver

Em alguns casos de exumação, pendem dúvidas sobre a identidade do cadáver. Para tais hipóteses, o artigo 166 regula a atividade pericial, nos seguintes termos:

“Artigo 166. Havendo dúvida sobre a identidade do cadáver exumado, proceder-se-á ao reconhecimento pelo Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere ou pela inquirição de testemunhas, lavrando-se auto de reconhecimento e de identidade, no qual se descreverá o cadáver, com todos os sinais e indicações.

Parágrafo único. Em qualquer caso, serão arrecadados e autenticados todos os objetos encontrados, que possam ser úteis para a identificação do cadáver.”

Embora o preceito preveja que o reconhecimento possa ser feito mediante inquirição de testemunha, a doutrina entende que tal método apenas deve ser utilizado em casos excepcionais, pois, atualmente, estão disponíveis aos peritos legistas técnicas altamente eficazes de reconhecimento de cadáveres, tais como exames de arcada dentária e de DNA (ácido desoxirribonucleico), inexistentes na época em que o Código de Processo Penal foi publicado.

k. Reprodução Simulada de Crimes

É possível que, no desenvolvimento do trabalho pericial, torne-se necessário reproduzir a cena do crime, a fim de auxiliar o Juiz ou as partes a entenderem o modo como o fato aconteceu, ou a fim de que a perícia verifique a veracidade da versão ofertada pelo acusado, afinal, por meio da reprodução simulada, a perícia pode concluir se a versão é ou não possível do ponto de vista físico.

A reprodução simulada de um crime encontra albergue no artigo 7º do Código de Processo Penal:

“Artigo 7º. Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.”

Malgrado o artigo 7º do Código de Processo Penal confira à autoridade policial a faculdade de realizar a reprodução simulada, na realidade ela é desempenhada pelos experts, enquadrando-se, deste modo, em uma das espécies de perícia criminal existentes no ordenamento jurídico pátrio.

O legislador não impôs a reprodução simulada como método obrigatório, indicando-a apenas como facultativa, o que leva à conclusão de que o legislador não a considerou como absolutamente necessária.

Havendo reconstituição do delito determinada na fase judicial, esta deve obedecer ao contraditório, possibilitando a presença do réu e o combate a eventual abuso cometido pela autoridade pública ou seus agentes, sob pena de imprestabilidade do ato processual (MOSSIN, 2005, p. 37).

Dentro do escopo pretendido no presente trabalho, a reprodução simulada aparece em destaque dentre as espécies de perícia, na medida em que, pela primeira vez, surge a discussão acerca da necessidade de observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Com efeito, “a reconstituição do crime, especialmente quando realizada na fase judicial da persecução penal, deve fidelidade ao princípio constitucional do contraditório, ensejando ao réu, desse modo, a possibilidade de a ela estar presente e de, assim, impedir eventuais abusos, descaracterizadores da verdade real,

praticados pela autoridade pública ou por seus agentes”. (HC 69026, Relator Min. Celso de Mello, Primeira Turma, j. 10/12/1991, DJ 04-09-1992, p. 14091).

Em síntese, estas são as espécies de perícia criminal previstas no Código de Processo Penal. Nada obstante, o Código de Processo Penal não esgota as possibilidades periciais com aquelas elencadas em seus artigos, tendo em vista que os exames periciais são obrigatórios quando a infração deixar vestígios. A possibilidade de estender o rol de perícias constantes no Código de Processo Penal está consignada em seu artigo 159, *in verbis*:

“Artigo 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.”

Conforme se depreende da dicção do preceito legal, a expressão “e outras perícias” deixa claro que as espécies previstas no capítulo II do Código de Processo Penal não são taxativas, o que se coaduna com a interdisciplinariedade entre as ciências colaboradoras e a criminalística, na medida em que a evolução do conhecimento humano redundou no surgimento de técnicas inovadoras aplicáveis ao ramo penal.

Uma vez analisadas as espécies de perícia presentes no Direito Processual Penal, passaremos, no capítulo seguinte, a traçar um breve histórico da legislação respeitante à perícia criminal no Brasil.

2.3 Evolução Legislativa

Os dispositivos legais do Código de Processo Penal pertinentes ao tema que sofreram as mais significativas mudanças com as recentes reformas foram os artigos 155 e 159. Passaremos a examinar tais mudanças introduzidas pelas reformas.

A primeira redação do artigo 159 do Código de Processo Penal colocava que os exames de corpo de delito e as outras perícias seriam, em regra, feitas por peritos oficiais. O artigo não trazia a obrigatoriedade de tais exames serem realizados por peritos oficiais, tampouco especificava o número de peritos necessários para realizar a tarefa.

“Artigo 159. Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão em regra feitos por peritos oficiais.”

Conforme redação legal da Lei n. 8.862/1994, havia a necessidade de dois peritos realizarem a perícia. Tal preceito era, inclusive, objeto de uma súmula, datada em 13 de dezembro de 1961, do Supremo Tribunal Federal (n. 361) prevendo nulidade da perícia realizada por apenas um *expert*.

“No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão.”²

Eis o artigo 159, na redação dada pela Lei n. 8.862/1994:

“Artigo 159. Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais.

§ 1º Não havendo peritos oficiais, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, escolhidas, de preferência, entre as que tiverem habilitação técnica relacionada à natureza do exame.

§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.”

Com a demanda crescente por exames periciais, e com a deficiência de profissionais no Brasil, ao longo dos anos, observou-se que, via de regra, um único perito ficava encarregado de examinar o caso e de fazer o laudo, procedendo à verificação necessária, enquanto o segundo apenas revisava seu trabalho, o que representava o cumprimento meramente formal do comando legal.

Além do mais “a exigência de dois peritos oficiais dificultava sobremaneira a realização de perícia em localidades em que havia falta de peritos oficiais” (COSTA, 2003, p. 114).

Mesmo que, excepcionalmente, a perícia fosse realizada por dois peritos, a supressão de um deles, na reforma, não implicou perda de confiabilidade. De acordo com a nova redação, além da redução do número de peritos (havia a exigência de dois profissionais, passando para apenas um), há a possibilidade expressa de as partes indicarem assistentes técnicos, o que, de certa forma, atende à expectativa de que o trabalho pericial possa ser submetido à revisão por outro profissional com qualificação específica, ainda que não seja vinculado ao Juízo.

Com o advento da Lei n. 11.690/2008, o artigo 159 passou a ser redigido desta forma:

² Consoante jurisprudência atual, observa-se a inaplicabilidade da Súmula 361 a peritos oficiais.

“Artigo 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

§ 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

§ 6º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

§ 7º Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico.”

Além da mudança relativa ao número de profissionais, observam-se mudanças substanciais no que diz respeito à possibilidade de participação de diversos sujeitos processuais na prova pericial. Como exemplo, o parágrafo 3º outorga ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a possibilidade de formulação de quesitos e de indicação de assistente técnico.

Outro ponto de destaque trazido pela reforma é a figura do assistente técnico, constante, anteriormente, no Processo Civil. Com a figura do assistente técnico, o legislador abriu a possibilidade para que as perícias sejam contestadas por novas perícias.

De acordo com Távora e Alencar, “a figura do assistente técnico, que até então não era disciplinada no âmbito criminal, ganhou regramento próprio, conforme depreende-se da leitura do parágrafo 3º do artigo 159” (2013, p. 415).

A participação do assistente técnico constitui importante inovação do ordenamento no que se refere à temática deste estudo – o contraditório aplicado à perícia. Diante da relevância deste assunto, foi dedicado um tópico específico deste

trabalho (vide ponto 4.5.1) para tratar detalhadamente de pormenores referentes a sua atuação.

Outra importante mudança conduzida pela reforma de 2008 no que tange à fundamentação das decisões proferidas por magistrados e a formação de sua convicção está positivada no artigo 155 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 11.690/2008, que determina:

“Artigo 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

Esta é a redação anterior:

“Artigo 155. No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.”

A nova redação adequou o artigo 155 ao princípio do devido processo legal, originário do artigo 5º, inc. LV, da Constituição Federal. Referida harmonização se deu por meio da criação de barreiras contra a ingerência arbitrária do Estado, proibindo-o de exercer o seu poder punitivo senão por meio do devido processo legal, disponibilizando ao acusado o direito de oferecer resistência, produzir provas e, desta forma, influenciar, positivamente, no convencimento do Julgador.

Por conseguinte, diante da estatura constitucional do preceito do contraditório, é necessário que a prova extrajudicial seja refeita sob o crivo do Poder Judiciário ou, pelo menos, que receba amparo suficiente na prova assim produzida, para que tenha utilidade. No entanto, não se pode negar que os elementos apurados na fase de inquérito policial, por mais que não sejam suficientes, *de per se*, para respaldar uma condenação, são importantes na tarefa de convencimento do juiz, sobretudo porque colhidos pela autoridade policial na sua função precípua, na maior parte dos casos, imediatamente ao ou o mais próximo possível do cometimento do crime.

Como visto, tais mudanças na legislação trouxeram a possibilidade de haver alguma forma de expressão do princípio constitucional do contraditório no que se refere à prova pericial penal.

No próximo capítulo, passaremos a abordar o tema do princípio constitucional do contraditório no direito processual penal brasileiro.

3 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

3.1 Aspectos Constitucionais do Princípio do Contraditório

Os direitos e as garantias fundamentais dizem respeito às normas que visam a assegurar condições mínimas para a convivência em uma sociedade democrática. O princípio do contraditório constitui-se em um dos princípios basilares do processo (tanto civil como penal) contido na Constituição Federal, entre os direitos e garantias fundamentais.

O princípio do contraditório está esculpido de forma expressa na Constituição Federal, podendo ser encontrado no artigo 5º, inc. LV, *in verbis*:

"Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

O artigo supramencionado assegura aos litigantes e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa. Referidos princípios constitucionais são manifestações da garantia do devido processo legal, prevista no artigo 5º, inc. LIV, da Magna Carta.³

Podemos definir o contraditório como a garantia constitucional que assegura às partes tomarem ciência e manifestarem-se a respeito dos fatos, contraditando-os. Já a definição de ampla defesa consiste na possibilidade de o acusado expor seus argumentos e de trazer ao processo todos os elementos que julgar necessários ao esclarecimento da verdade, seja por meio de defesa técnica, seja por autodefesa.

Inegável a proximidade entre os dois princípios, consoante Grinover, Fernandes e Gomes Filho:

"[...] a Constituição eleva a nível constitucional os direitos de ação e defesa, face e verso da mesma medalha. E mais: dá conteúdo a esses direitos, pois não se limita a permitir o acesso aos tribunais, mas assegura também, ao longo de todo o iter procedimental, aquele conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, tutelam as partes quanto ao exercício de

³ "Artigo 5º. omissis

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal."

suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição: trata-se das garantias do devido processo legal (2011, p. 76).”

Devido à íntima conexão entre os dois princípios, parte da doutrina entende que o contraditório se insere na ampla defesa. Nesta linha, Cretella Júnior leciona que “a ampla defesa inclui o contraditório e a produção de toda espécie de prova, desde que obtida de maneira lícita” (1997, p. 530).

Em contrapartida, outra parcela da doutrina aponta que o direito de defesa seria uma manifestação do contraditório. Nelson Nery Junior sustenta que:

“O princípio do contraditório, além de se constituir fundamentalmente em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório (2009, p.205).

Não obstante a forte ligação entre estes dois princípios, não se pode afirmar que entre a defesa e o contraditório há relação de primazia ou de derivação, tendo em vista que a própria Constituição Federal os separa.

Nesta esteira, conclui-se que o contraditório é a oportunidade garantida ao acusado de defender-se contra o que lhe é imputado, e a ampla defesa é o usufruto desta garantia, por meio das ferramentas permitidas em direito.

Uma vez feita tal distinção, adentraremos na análise do princípio do contraditório, que é também identificado pela expressão latina *audiatur et altera pars*, a qual, traduzida livremente, significa “*ouça-se a outra parte*”.

No âmbito processual, o princípio em tela se manifesta na possibilidade de as partes requererem a produção de provas e de participarem da sua realização, bem como de se pronunciarem a respeito de seu resultado. O STF, de há muito, reconhece e privilegia o caráter substantivo do devido processo legal, conforme se observa da ementa abaixo transcrita, de relatoria do Ministro Carlos Velloso:

“Abrindo o debate, deixo expresso que a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV do artigo 5º, respectivamente. (...) Due process of law, com conteúdo substantivo – substantive due process –, constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (rationality), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nex

com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, due process of law, com caráter processual – procedural due process –, garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa”. (ADI 1.511 MC, j. 16-10-1996, DJ 6-6-2003).

Conforme leciona Almeida, “sempre se compreendeu o princípio do contraditório como a ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los” (1973, p. 82, *apud* LIMA, 2015, p. 48).

Para Badaró (2016, p. 54), as definições clássicas de contraditório atribuem dimensões essenciais a esta garantia constitucional: a obrigatoriedade de se informar todas as partes envolvidas sobre todos os atos e termos processuais e a possibilidade de as partes interessadas reagirem contra tais atos e termos.

Interessante pontuar que a ciência dos atos oportuniza o exercício do direito ao contraditório, garantia que se concretiza, no particular objeto deste estudo, no direito de acesso aos elementos de prova já documentados nos autos de procedimento investigatório em curso. O STF, a esse respeito, sufragou entendimento consubstanciado na Súmula Vinculante n. 14, *in verbis*:

“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

A importância deste princípio é inegável, visto que se trata de corolário do princípio do devido processo legal⁴, segundo o qual o ato praticado por autoridade, para ser considerado válido, eficaz e completo, deve seguir todas as etapas previstas em lei, sendo caracterizado pela possibilidade de resposta e a utilização de todos os meios em direito admitidos.

As garantias e os direitos individuais previstos na Constituição Federal constituem cláusula pétrea, integrando uma determinação constitucional rígida e permanente, insuscetível de ser objeto de qualquer deliberação e/ou proposta de modificação, ainda que por emenda à Constituição, conforme estipulado pelo artigo 60, § 4º, inc. IV⁵.

⁴ Neste sentido, José Afonso da Silva baseia o devido processo legal em três outros princípios: o acesso à justiça, o contraditório e a plenitude de defesa (ou ampla defesa). (DA SILVA, 2005, p. 189)

⁵ “Artigo 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

Uma vez descrita a magnitude deste princípio basilar do processo, analisaremos, na próxima seção, sua aplicabilidade e suas formas de expressão no processo penal brasileiro.

3.2 Aplicabilidade do Princípio do Contraditório ao Processo Penal

Este princípio processual é derivado da garantia constitucional de que ninguém será privado de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal.

O processo penal lida com primordiais direitos da pessoa humana, como a honra, a propriedade e a liberdade. Tais direitos são de extrema valia ao ser humano, daí advém a preocupação em garantir aos acusados (em sentido amplo) a aplicação de princípios que venham a resguardá-los.

Sendo assim, faz-se necessário que o contraditório no processo penal se dê de maneira plena e efetiva. Plena no sentido de ser observado do início ao fim da causa, durante todo seu desenrolar. Efetivo porque imprescindível proporcionar condições reais para a parte ser capaz de pronunciar-se a respeito dos atos da parte contrária.

Betti *apud* Andrade aponta que o princípio do contraditório possui um fundamento lógico e um fundamento prático, sendo o primeiro derivado do caráter bilateral da ação, pois somente após obter os argumentos das partes ativa e passiva é que a decisão do juiz deve se produzir. Já o fundamento prático consistiria em permitir ao juiz alcançar a verdade real por meio da participação das partes (ANDRADE, 2013, p. 139).

Consoante o pressuposto de que o princípio deve ser obedecido durante todo o curso do processo, o contraditório deve constar de todos os atos processuais, iniciando com o ato de citação.

A citação é relevante ato de comunicação processual, sendo que, somente quando válida, o processo é instaurado, e, conseqüentemente, sua ausência gera nulidade absoluta, conforme depreende-se do artigo 564, inc. IV, do Código de Processo Penal.

[...]
IV - os direitos e garantias individuais”

“Artigo 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

[...]

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”

A atividade probatória também constitui ato processual submetido ao princípio em tela. O direito à prova é uma expressa manifestação do contraditório no processo, pois, por meio dele, a parte tem o direito de contestar o que foi alegado pela parte contrária, e também de realizar a prova de suas alegações.

Ainda no tocante à prova, a presença das partes e do juiz, concomitantemente, na produção das provas é essencial à sua validade. Destarte, a prova que tiver sido produzida sem a presença do juiz é considerada inválida, assim como a que for produzida sem a presença de uma ou de ambas as partes. A invalidade decorre do fato de que as partes não terão como contraditar aquilo que foi dito ou provado, e desta forma, as provas produzidas nestas condições não poderão integrar a formação do convencimento do julgador, pois, caso contrário, prejudicaria a parte ausente, ferindo seus direitos processuais.

O artigo 176 do Código de Processo Penal autoriza às partes a formulação de quesitos dirigidos ao perito até o ato da diligência. Considerando que os exames periciais, de regra, são realizados durante a fase pré-processual, este seria um exemplo positivado de possibilidade de exercício do direito ao contraditório para a formação da prova pericial. Ademais, é inegável que o preceito legal em comento extrai seu fundamento de validade do artigo 5º, inc. LV, da Constituição Federal.

Todavia, a observância do princípio do contraditório não é absoluta, existindo casos nos quais a restrição de sua manifestação é admitida, sem que esta violação implique nulidade da sentença.

Para Ferri *apud* Andrade, o princípio do contraditório só não pode ter sua manifestação restringida em relação aos elementos de fato e de direito verdadeiramente relevantes para a sentença (ANDRADE, 2013, p. 145).

Consoante Luiso *apud* Andrade, o princípio do contraditório somente poderá ser restringido se sua observância levar à frustração da tutela judicial pretendida por uma das partes. Como exemplo de contraditório restringido, o autor cita o caso da prisão preventiva, em que, para que não se frustre a efetividade da medida determinada pelo juiz, em geral ocorre *inaudita altera parte* (ANDRADE, 2013, p. 145).

Nesses casos, a manifestação do acusado será posterior à decisão do juiz, caracterizando o contraditório diferido que, muitas vezes, é aplicado à prova pericial, tendo em vista que esta é produzida na fase do inquérito.

Levando em consideração a definição do princípio do contraditório como se referindo a “partes”, poderíamos delimitar seu âmbito de incidência a um processo já instaurado, não havendo espaço para observância na fase de investigação criminal, pois esta tem natureza administrativa no sistema processual penal adotado pelo Brasil⁶.

Todavia, a imensa maioria das perícias é realizada na fase do inquérito policial, o que gera a discussão sobre a observância do princípio do contraditório nesta etapa pré-processual, tema a ser discutido na próxima seção.

3.3 Viabilidade da Aplicação do Princípio do Contraditório ao Inquérito Policial

O inquérito policial pode ser delineado como o conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o objetivo de apurar a autoria e a materialidade de uma infração penal.

De acordo com Nucci (2012, p. 151), o inquérito policial é um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e de sua autoria. Seu objetivo precípuo é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer após o cometimento do crime. Não podemos olvidar, ainda, que o inquérito serve à composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação penal privada.

⁶ O STF e parte da doutrina entendem que o sistema processual penal adotado no Brasil é o acusatório, fundamentalmente porque as funções de acusar e julgar pertencem a órgãos distintos. Além disso, nosso sistema é lastreado pelos princípios do contraditório, ampla defesa, publicidade e imparcialidade do julgador.

No entanto, alguns doutrinadores divergem desta opinião, apontando o sistema brasileiro como misto. É o caso de Nucci, que afirma que o Brasil adota não oficialmente o sistema misto. Consoante o autor, no Código de Processo Penal brasileiro, que data de 1941, existe uma marcante presença do sistema inquisitivo. A promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe os princípios democráticos típicos do sistema acusatório, “resultou no hibridismo que temos hoje” (NUCCI, 2012, p.126).

Desta forma, o escopo principal do inquérito policial é a busca de indícios de autoria e de materialidade, a fim de que seja, então, remetido ao Representante do Ministério Público para que promova ou não a denúncia.

Pacelli registra que “o inquérito não é absolutamente indispensável à propositura da ação penal, podendo a acusação formar o seu convencimento a partir de quaisquer outros elementos probatórios” (2009, p. 43).

Apesar de o inquérito policial não constituir peça obrigatória e nem necessária para o desencadeamento da ação penal, a esmagadora maioria das ações penais promovidas pelo Ministério Público tem por base inquéritos policiais, normalmente presididos por Delegados de Polícia, também podendo ser presididos por outras autoridades, como o próprio Ministério Público, no exercício dos seus poderes implícitos.

Existem dois posicionamentos distintos quanto à aplicabilidade do princípio do contraditório à fase do inquérito.

O primeiro pontua que, como o inquérito constitui fase pré-processual com caráter inquisitorial, não lhe é aplicado o princípio do contraditório. Nesta linha, Bonfim (2007, p. 20) conceitua o inquérito policial como meramente informativo, não estando, deste modo, sujeito ao contraditório.

Scarance (2002, p. 64) entende que a Constituição Federal, ao referir-se a processos administrativos e judiciais, automaticamente descartou o inquérito policial, que não pode ser considerado um processo administrativo e nem mesmo um procedimento por faltar-lhe “característica essencial do procedimento, ou seja, a formação de atos que devam obedecer a uma seqüência predeterminada pela lei, em que, após a prática de um ato, passa-se a do seguinte até o último da série, numa ordem a ser necessariamente observada”.

Tourinho Filho (2010, p. 558) perfilha do mesmo entendimento, sob o fundamento de que o preceito constitucional menciona litigantes, figura inexistente na fase da investigação. Ademais, entende que no inquérito não há possibilidade de aplicação de penalidade, o que não justificaria, portanto, a garantia de exercício do direito ao contraditório.

O seguinte julgado do STF espelha o entendimento mencionado acima:

A determinação de elaboração de laudo pericial na fase do inquérito, sem prévio oferecimento de quesitos pela defesa, não ofende o princípio da ampla defesa. Posterior juntada e oportunidade de manifestação da defesa e oferecimento de quesitos (AI 658.050 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12-4-2011, 2ªT, DJE de 29-4-2011).

De maneira contrária, a segunda linha entende que é possível a aplicabilidade de tal princípio a esta fase, ainda que pré-processual. Saad (2004, p. 26) corrobora este pensamento assinalando que “para alguns operadores jurídicos que lidam diariamente com a investigação criminal, a admissão do contraditório nesse procedimento significaria uma burocratização exacerbada da investigação criminal, pois o investigado faria jus às garantias do acusado em processo criminal. Entendemos de maneira diversa. É perfeitamente possível a aplicação do contraditório, de forma mitigada, na fase inquisitorial.

Na mesma linha de pensamento da citada autora, conclui-se que o direito ao contraditório, mesmo que na fase do inquérito, não obsta o êxito das investigações, mas sim, de maneira oposta, garante maior legitimidade aos resultados do inquérito e é exemplo de efetivação dos direitos fundamentais.

Tucci (1993, pp. 210-211) acentua que o Estado deve maximizar a oferta de meios para o exercício da defesa, sendo necessária a aplicação do contraditório em todas as fases da persecução penal, inclusive no inquérito. O autor entende que o fato de o contraditório ser exercido de forma diferida sobre a prova produzida na fase pré-processual não implica violação à bilateralidade da audiência, que apenas é postergada.

Assim, a perícia realizada no inquérito está submetida ao crivo do contraditório, afinal, como explana Greco Filho (1999, pp. 110-111), “a Constituição não exige, nem jamais exigiu, que o contraditório fosse prévio ou concomitante ao ato”.

Por meio da aplicação de tal princípio ao inquérito, este adquire natureza de procedimento probatório de grande valor para a instrução processual e construção da convicção do julgador, diferentemente do que se observa quando lhe é atribuído caráter de peça meramente informativa. A aplicação referida se daria de maneira mitigada, visto que se trata de procedimento com características inquisitivas e

diversas daquelas presentes no processo judicial, no qual tal princípio alcança maior plenitude. Com efeito, tal entendimento se coaduna com o objetivo da persecução penal, que é a busca pela verdade real.

Borges (2010) entende que a aplicação do contraditório na produção do inquérito é importante, ainda que de forma mitigada ou restrita às provas já documentadas, porque tende a evitar uma instrução processual arbitrária e desequilibrada, com risco de prejuízo à defesa do acusado, na eventual utilização do corpo probatório produzido em inquérito para julgamento em primeiro ou segundo graus.

Note-se que o STF, embora tenha entendimento firmado no sentido de que o contraditório não se aplica ao inquérito, sinalizou a possibilidade de o advogado do investigado obter acesso às provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório (Súmula Vinculante n. 14), o que pode ser interpretado, se não como uma mudança de entendimento, no mínimo como uma flexibilização de sua posição anterior. Cite-se, a título de exemplo, o seguinte julgado:

*“Agravamento regimental. Inquérito. Diligências. Requerimento pelo Ministério Público. Deferimento, desde logo, pelo Relator. Admissibilidade. Pretendida manifestação prévia da defesa a respeito desse requerimento e dos documentos que o instruíram. Descabimento. Inaplicabilidade do princípio do contraditório na fase da investigação preliminar. Impossibilidade de a defesa controlar, ex ante, a investigação, restringindo os poderes instrutórios do relator do feito. **Direito de ter acesso às provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório.** Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal. Recurso não provido. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório. Precedentes. 2. Não cabe à defesa controlar, ex ante, a investigação, de modo a restringir os poderes instrutórios do relator do feito para deferir, desde logo, as diligências requeridas pelo Ministério Público que entender pertinentes e relevantes para o esclarecimento dos fatos. 3. Assim, carece de fundamento a pretensão de que seja concedida à investigada a oportunidade de se manifestar previamente sobre relatório de análise de informações bancárias e requerimento de diligências com base nele formulado pelo Ministério Público Federal. 4. A Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal assegura ao defensor legalmente constituído do investigado o direito de pleno acesso ao inquérito, desde que se trate de provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas no próprio inquérito (HC nº 93.767, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 1º/4/14). 5. Agravamento regimental não provido.” (Inq-AgR 3387, Rel. Min. Dias Toffoli, STF) (Grifos da autora).*

A Lei n. 11.960/2008 deu nova redação ao artigo 159 do Código de Processo Penal, introduzindo inovações no que diz respeito à participação das partes na produção da perícia criminal. Questiona-se se, em decorrência de tais modificações, passou a ser permitida a incidência de contraditório durante a produção da prova pericial, autorizando que os interessados apresentem quesitos ao perito ou indiquem assistente técnico em momento anterior à realização da perícia.

Ainda sobre as inovações do artigo 155 do Código de Processo Penal, se interpretarmos seu parágrafo 3º em consonância com o inciso LV do artigo 5º de nossa Constituição Federal, o termo “acusado” deve ser entendido em sentido amplo, abrangendo indivíduos investigados penalmente, e autorizando, desta forma, a incidência do contraditório durante o inquérito. Nesse sentido, Tucci (1993, pp. 210-211) defende que a “contrariedade, ademais, deve ser efetiva, real, em todo o desenrolar da persecução penal, a fim de que, ‘perquirida à exaustão’, a verdade material, reste devidamente assegurada a liberdade jurídica do indivíduo”.

Referida interpretação é bastante relevante quanto à aplicabilidade do princípio do contraditório à prova pericial penal, tema principal deste estudo e assunto a ser tratado no capítulo seguinte do presente trabalho.

4 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA PROVA PERICIAL

4.1 Análise do artigo 155 do Código de Processo Penal

A novel redação do *caput* do artigo 155 do Código de Processo Penal (dada pela Lei n. 11.690/ 2008) dispõe:

“Artigo 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

O artigo 155 dá subsídio ao princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o juiz é livre para apreciar a totalidade das provas trazidas aos autos, sopesando-as para, então, proferir sua decisão motivadamente.

O dispositivo destaca que a prova livremente apreciada pelo magistrado é aquela produzida em contraditório judicial, explanando que não lhe é dada a faculdade de fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação (muitas vezes produzidos sem que o contraditório seja observado), excetuadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Vale dizer, o magistrado pode proferir decisão fundamentada exclusivamente em elementos informativos colhidos na investigação, desde que tais elementos correspondam a provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas.

Manzano (2011, pp. 92-93) entende que “a única interpretação consentânea com os postulados do devido processo legal conduz a que o juiz possa fundamentar sua decisão com base nas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas produzidas durante a investigação criminal; não também em outros elementos de informação, que são colhidos sem o crivo do contraditório nesta fase”.

A partir da leitura do dispositivo depreende-se a necessidade de tornar cristalinas algumas noções, tais como a diferença entre provas produzidas em contraditório judicial e elementos informativos, bem como definir e apontar as distinções entre prova cautelar, prova não repetível e prova antecipada.

Passaremos a elucidar as questões supramencionadas na seção seguinte, para que possa ser feita uma melhor análise do artigo, com o intuito de determinar se

o laudo pericial poderia se enquadrar em um desses tipos de prova, estando, portanto, ressalvado da exigência de submissão ao contraditório judicial para a obtenção de valor de prova plena⁷.

4.2 Prova Constituída em Contraditório Judicial e Elemento Informativo

Primeiramente, faz-se necessário explicar que a evidente distinção utilizada pelo legislador (artigo 155, CPP) entre provas e elementos informativos se deu em virtude de a persecução penal ser dividida em duas fases distintas, sobre cada qual incidem princípios diferentes: a fase do inquérito e a fase judicial processual.

A principal diferença entre elementos de informação e prova está no momento em que elas são apuradas e, conseqüentemente, no valor probatório que possuem.

Os elementos de informação são colhidos na fase do inquérito, que é um estágio pré-processual investigativo, logo, são adquiridos, de regra, sem o crivo do contraditório, já que o inquérito policial tem caráter inquisitivo⁸.

Já a prova é apurada em outro momento, sendo produzida na fase judicial, na qual vigora o sistema acusatório, em que devem ser respeitados o princípio constitucional do devido processo legal e seus corolários, dentre eles o contraditório. Por esta razão, o substrato produzido na fase judicial possui amplo valor probatório.

A diferença entre os conceitos de elemento informativo e de prova se encontra não apenas no momento em que são colhidos ou produzidos, mas também na forma de expressão do contraditório em relação a cada um deles. O citado dispositivo legal concebeu a possibilidade de produção de prova mesmo na fase investigativa, desde que ela seja contraditória e judicial. Sendo assim, é possível que se reconheça o valor probatório dos elementos informativos colhidos durante a investigação criminal, desde que sejam submetidos ao contraditório, perante o juiz, caso em que terão a roupagem de elemento de prova. Somente estes poderão integrar a formação da convicção do

⁷ Nucci (2015) aduz que as provas plenas consistem nas provas que possuem valor probatório suficiente para fundamentar por si só a decisão judicial sobre o fato que se pretende provar.

⁸ Lima (2015) entende inquérito como um procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial, que consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e à materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

magistrado, que valorará tal prova nos termos do dispositivo acima citado (MANZANO, 2011, p. 75).

4.3 Provas Cautelares, Não Repetíveis e Antecipadas

A vedação da exclusiva utilização de elementos colhidos no inquérito policial para a formação da convicção se justifica porque, via de regra, durante esta fase, não é proporcionado ao acusado o exercício pleno do direito ao contraditório e à ampla defesa. Porém, a parte final do artigo 155 do Código de Processo Penal, acima transcrito, estabelece três importantes exceções, abaixo explanadas.

4.3.1 Provas cautelares

Provas cautelares são medidas urgentes, que demandam surpresa no seu procedimento. Como exemplo, temos a interceptação telefônica. Com efeito, caso os investigados sejam informados a respeito da interceptação de antemão, obviamente nada dirão a respeito do assunto investigado. Desta forma, não é viável o exercício do contraditório antecipado nem do contraditório contemporâneo à produção da prova.

Consoante Badaró (2016, pp. 424-425), as provas cautelares são aquelas em que há urgência na obtenção ou no exame da fonte de prova, em que o risco de perecimento da fonte é tão iminente que não há tempo hábil para a instauração do contraditório contemporaneamente à produção do meio de prova.

Parte da doutrina classifica as provas periciais como provas cautelares. Manzano (2011, p. 76) define como cautelar a perícia que deve ser produzida em função da existência de fundado receio de desaparecimento dos vestígios deixados pelo crime ao tempo da instrução criminal. O mesmo autor entende que as provas periciais são irrepetíveis quando a fonte de prova objeto de exame não mais exista ao tempo do processo, em razão de fato imprevisível ou invencível conhecido posteriormente.

Já Badaró (2016, pp. 424-425) utiliza como exemplo de prova cautelar os exames periciais sobre elementos perecíveis ou sobre elementos cujas características se alterem com o passar do tempo.

A ressalva constante no artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal relativamente às provas cautelares não significa dispensa do contraditório.

A melhor dicção do preceito conduz à conclusão de que o legislador, diante das circunstâncias demandadas pela natureza peculiar das provas cautelares, apenas postergou a aplicação do contraditório para a fase judicial, permitindo que estas sejam revestidas de valor probatório pleno no curso do processo, mediante submissão ao contraditório diferido.

Para as provas cautelares, o contraditório é diferido, exercido em juízo, posteriormente, com a possibilidade de as partes argumentarem contra a prova, impugnam e oferecerem contraprova.

Importante ressaltar que, se a perícia puder ser realizada na fase processual, sem qualquer prejuízo para a investigação, assim deverá ser feito, na medida em que a prova cautelar exige a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Neste sentido, a lição de Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2008, p. 183):

“Se a perícia não for necessária na fase indiciária, porque inexistente perigo de que desapareçam os sinais do crime ou de que se dispersem outros elementos probatórios, ou porque não servirá ela para justificar a instauração do processo, deve ser realizada na fase processual, mediante contraditório prévio e com participação do juiz. A perícia no inquérito é prova antecipada, de natureza cautelar, e só se justificará quando presentes os requisitos do periculum in mora e do fumus boni iuris.”

4.3.2 Provas não repetíveis

Prova não repetível, na visão de LIMA (2015, p. 573), é a prova que somente pode ser produzida ou coletada uma vez, sob pena de desaparecimento da fonte probatória. Explicita o referido autor:

“Prova irrepitível é aquela que, uma vez produzida, não tem como ser novamente coletada ou produzida, em virtude do desaparecimento, destruição ou perecimento da fonte probatória. Podem ser produzidas na fase investigatória ou em juízo, sendo que, em regra, não dependem de autorização judicial. Exemplificando, suponha-se que alguém tenha sido vítima de lesões corporais de natureza leve. O exame pericial levado a efeito imediatamente após a prática do delito dificilmente poderá ser realizado novamente, já que os vestígios deixados pela infração penal irão desaparecer.”

Para Lima, a semelhança entre as provas cautelares e as irrepitíveis reside no caráter perecível de seu objeto, razão por que não podem ser repetidas em juízo. Já

a diferença entre elas está em que a produção das provas cautelares exige prévia autorização judicial, que é dispensada para a produção de provas de índole não repetível.

Visto que não necessita de autorização judicial para sua realização, a prova pericial penal é exemplo de prova irrepetível. Com efeito, o artigo 6º, inc. I, do Código de Processo Penal determina que a autoridade policial deverá, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, dirigir-se ao local do ato ou fato até a chegada dos peritos criminais, colaborando para o enquadramento deste tipo probatório como prova não repetível.

Como visto, Manzano enquadra a prova pericial nas categorias cautelar e não repetível, dependendo do caso. Lima e Nucci classificam as provas periciais como exemplo de provas irrepetíveis, pois podem ser produzidas sem autorização do Poder Judiciário.

Conforme analisado anteriormente neste trabalho, a prova pericial é indispensável para crimes que deixam vestígios (artigo 158, CPP). O exame de corpo de delito é exemplo de prova irrepetível. Sua realização deve ser imediata sob pena de os vestígios desaparecem ou impossibilitarem o exame, dada a sua volatilidade, o que prejudicaria assaz a produção de provas.

Segundo Lima (2015, p. 574), a prova irrepetível, assim como ocorre com a prova cautelar, deve ser submetida ao contraditório diferido, pois a prova somente poderá ser utilizada no curso do processo se respeitada a observância do contraditório sobre a prova.

4.3.3 Provas antecipadas

Provas antecipadas são aquelas cuja colheita é feita em momento processual distinto daquele legalmente previsto. Exemplo ocorre quando o juiz diligencia no sentido de tomar o depoimento de uma testemunha doente, em face de seu iminente falecimento, apesar de não ter sido ainda apresentada denúncia ou queixa. Ou seja, há necessidade de antecipar-se o momento da produção da prova judicial.

De acordo com o ensinamento de Capez (2012, p. 467):

“Prova antecipada é aquela produzida antes do momento destinado à instrução processual. Pode ser feita: preventivamente, como simples medida assecuratória de um direito, objetivando preveni-lo de consequências futuras; cautelarmente, como providência preparatória, quando se demonstrar o perigo do desaparecimento da evidência, em face da demora natural do processo principal; e, finalmente, como medida cautelar incidental a uma ação já em andamento, mas que ainda não atingiu a fase instrutória.”

As provas antecipadas constituem inovação trazida pela reforma de 2008 e foram positivadas no artigo 156, inc. I, do Código de Processo Penal, aqui transcrito:

*“Artigo 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;”*

No que diz respeito às provas antecipadas, o contraditório se dará de forma plena (para a prova), e de maneira antecipada, com a participação das partes interessadas e do juiz, ou seja, é produzida sob o crivo do contraditório real, já que produzida em juízo e na presença das partes.

Nas três exceções trazidas pelo artigo 155 analisadas, a prova, apesar de produzida extrajudicialmente, terá plena validade e eficácia na formação da convicção do juiz. Vale ressaltar que se trata de medida excepcional. A regra consta do dispositivo em estudo: a sentença penal deverá vir lastreada na prova produzida em juízo, revestida dos princípios constitucionais que se aplicam ao processo penal.

De acordo com a jurisprudência do STJ, é possível respaldar uma decisão condenatória com base exclusivamente em elementos de convicção produzidos na fase investigativa, sem observância ao contraditório, e que não foram reproduzidos em juízo, quando se trate de prova cautelar, antecipada ou não repetível. Eis ementa que espelha a posição da citada Corte:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. DECRETO CONDENATÓRIO FUNDADO EM APREENSÃO E LAUDO PERICIAL. PROVA CAUTELAR, ANTECIPADA E NÃO REPETÍVEL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 155 DO CPP. CONDENAÇÃO FUNDADA EM CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO VÁLIDO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 4. Vigê em nosso ordenamento jurídico o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual o magistrado pode livremente apreciar as provas, adotá-las ou recusá-las mediante convicção motivada. Contudo, há proibição expressa de fundamentação exclusiva nos elementos do inquérito, **ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas**. Inteligência do artigo 155 do Código de Processo Penal” (HC*

156.333/ES, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 15/04/2011). Precedentes. 5. A condenação do recorrente foi lastreada na apreensão, autorizada por mandado judicial de busca, de 59 (cinquenta e nove) comprimidos do medicamento PRAMIL nas dependências de seu estabelecimento comercial. Encaminhados à Delegacia da Receita Federal, foi elaborado laudo pericial de exame de produto farmacêutico, via do qual se concluiu que aqueles medicamentos eram de procedência estrangeira e sem registro no órgão de vigilância sanitária competente, o que os impediam de serem comercializados neste país. **Inegável o enquadramento da situação fática à hipótese legal que permite excepcionar a regra da judicialização das provas. Ademais, a despeito de terem sido construídas cautelarmente antes do processo-crime, tais provas foram submetidas ao contraditório diferido, não tendo a defesa buscado de algum modo desconstituí-las no curso da instrução criminal.** 6. Rever o decreto condenatório proferido pela instância ordinária demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que, em sede de recurso especial, constitui medida vedada pelo óbice da Súmula n. 7/STJ. 7. Agravo regimental desprovido.” (AGARESP 201401246144, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, STJ - Quinta Turma, DJE 21/02/2018) (Grifos da autora).

As exceções trazidas pela parte final do *caput* do artigo 155 do Código de Processo Penal (relativa às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas) não representam inobservância ao contraditório, porquanto nelas incida o contraditório diferido ou o contraditório antecipado. Não há que se falar em ausência de contraditório, mas apenas na sua atenuação, em virtude de as características inerentes a estas provas impossibilitarem a incidência do contraditório real.

Importante acentuar, neste particular, que, muito embora a produção da prova pericial na fase do inquérito não esteja obrigatoriamente revestida do contraditório real (forte), isso não significa a violação ao referido princípio. Na realidade, uma vez instaurada a ação penal, a prova pericial produzida na fase anterior deverá ser submetida ao contraditório, que, neste caso, será aplicado de forma diferida, como mencionado no acórdão acima destacado, o que será objeto de exame mais acurado no tópico seguinte.

4.4 Contraditório da Prova Pericial

As provas devem passar pelo contraditório. O contraditório, por sua vez, pode ser antecipado, concomitante ou diferido. Portanto, por exemplo, um laudo necroscópico produzido na fase do inquérito policial, onde sequer haja ainda um suspeito da autoria do homicídio para contraditá-lo, já adiante, na fase processual, deverá passar pela apreciação da defesa que poderá a ele se opor, demonstrando eventual falha técnica, impropriedade na colheita, inaptidão do perito ou outros elementos que possam impugná-lo e até extirpá-lo do processo. Assim,

independentemente da produção probatória ocorrer no inquérito ou no próprio processo, as provas devem ser contraditadas (GRECO FILHO, 2014, p. 12).

A doutrina diferencia os tipos de contraditório de acordo com o momento da sua incidência. Lima (2015, pp. 50-51) entende que há o contraditório real (ou *para a prova*) e o contraditório diferido (ou *sobre a prova*). Na concepção do autor, o contraditório real demanda que as partes atuem na própria formação da prova, e é indispensável que a produção se dê na presença do órgão julgador e das partes. No entanto, o contraditório diferido é aquele exercido após a formação da prova, tratando-se de uma forma de contraditório para a *valoração* da prova, e não para a sua formação.

Manzano (2011, p. 75) entende que o contraditório para a prova é, sem qualquer dúvida, melhor que o contraditório sobre a prova, pois os fatos de não poder intervir no procedimento técnico e de não ter acesso à fonte de prova (para examiná-la e inferir conclusões próprias) comprometem o contraditório.

Todavia, considerando as condições e tempo procedimental excepcionais em que deve ser efetuada grande parte dos exames periciais, a eles se aplica o contraditório diferido, ou sobre a prova.

Quanto à perícia produzida no curso do processo, é garantido o contraditório para a prova, conforme depreende-se da leitura do artigo 159, §§ 5º a 7º, do Código de Processo Penal, que permitem aos interessados participar ativamente da elaboração da prova.

Uma vez esclarecidas as distinções necessárias ao entendimento do tema, adentraremos à última subdivisão do trabalho com o intuito de estudar a atuação das partes, dos peritos (oficial e não oficial), do assistente técnico e do juiz na perícia penal.

4.5 Atuação dos Diferentes Sujeitos Processuais na Perícia Penal

4.5.1 Assistente Técnico

A reforma de 2008 trouxe substancial inovação ao introduzir a figura do assistente técnico (artigo 159, § 3º e § 4º, CPP). Esta figura é de grande valia no que

diz respeito à observância do princípio do contraditório, visto que, por meio do assistente técnico, é facultado às partes contrariar as conclusões alcançadas pelo perito oficial.

O parágrafo terceiro do referido artigo indica a quais sujeitos processuais é atribuída a faculdade de indicação de assistente técnico. São eles o Ministério Público, o assistente de acusação, o ofendido, o querelante e o acusado.

O parágrafo 4º do artigo em apreço versa sobre o momento da atuação do assistente técnico, estabelecendo que o “assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão”.

Deste modo, visto que a lei permite a atuação do assistente técnico somente após a elaboração do laudo, vedando-lhe o acompanhamento dos exames periciais, conclui-se que o novel instituto consiste unicamente em instrumento de exercício do contraditório diferido, não repercutindo na formação da prova pericial, atuando o assistente técnico exclusivamente de modo a contestar ou confirmar as conclusões alcançadas no laudo pericial.

Com efeito, Távora e Alencar (2013, p. 415) ponderam que a atuação do assistente técnico, na condição de perito de confiança das partes, está dirigida a confirmar ou a refutar o resultado do laudo. Pontuam que o assistente técnico, assim como o perito, deve possuir graduação em nível superior. Obviamente, considerando que está atrelado ao interesse de uma das partes, não se lhe exige imparcialidade, donde se depreende a inaplicabilidade, em relação ao assistente técnico, dos institutos da exceção de suspeição e do impedimento.

Importante analisar a que tempo do processo se dá a atuação do assistente técnico. Ensinam os autores acima citados:

“A atuação do assistente ocorrerá na fase processual, e após a elaboração do laudo pelos peritos oficiais. A intervenção do assistente se efetiva quando a perícia oficial já foi concluída, de sorte que cabe ao juiz, após o ingresso do laudo oficial nos autos deliberar pela admissibilidade ou não do assistente técnico indicado, intimando as partes de sua decisão, que é irrecurável, o que não afasta a possibilidade do mandado de segurança (ou habeas corpus) manejado como sucedâneo recursal, e a discussão da negativa em preliminar de apelação, alegando-se eventual nulidade por cerceamento do direito de defesa ou de acusação.”

Ressalte-se o avanço introduzido pelo legislador, com a possibilidade do concurso de profissionais das mais diversas áreas do conhecimento humano para auxiliar os operadores do direito. No passado, o laudo pericial, por ter sido elaborado por um *expert*, era tido praticamente como um dogma inquestionável. Atualmente, entretanto, equiparado a trabalho científico, o laudo pericial pode e deve ser contestado. No entanto, se os rigorosos e repetíveis métodos impostos pela ciência tiverem sido obedecidos, as conclusões expostas no laudo se manterão inalteráveis.

Os dispositivos que versam sobre a figura do assistente técnico e sua atuação no processo penal objetivam que o juiz tenha a possibilidade de confrontar as suas conclusões com as do perito oficial (neste sentido, percebe-se clara expressão do princípio do contraditório). Inclusive, é facultado ao juiz optar pelas conclusões alcançadas pelo assistente técnico, conforme expresso no artigo 182 do Código de Processo Penal:

“Artigo 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.”

Obviamente, o magistrado também não se encontra adstrito ao laudo produzido pelo assistente técnico.

Com efeito, as normas de produção da prova pericial no processo penal estão inspiradas nas regras do processo civil, denotando um claro movimento no sentido de que a perícia criminal seja produzida sob contraditório pleno, em lugar de ser produzida unilateralmente pelos agentes estatais.

Como visto, a participação do assistente técnico é importantíssima, pois, atualmente, a ciência não é tida como absoluta e infalível, de forma que as partes do processo penal têm o direito de questionar as hipóteses formuladas pela parte contrária ou pelo perito nomeado pelo juiz.

Dessa forma, à luz do disposto no artigo 159 do estatuto processual penal, consagrador do princípio da verdade real, a lei passou a autorizar expressamente a indicação pelas partes de *experts* colaboradores para exercer juízo crítico e oferecer sugestões à perícia oficial, visando a esclarecer ou complementar o laudo oficial, nos termos do artigo 181 do Código de Processo Penal (CAPEZ, 2012, p. 408).

Tourinho Filho (2010, p. 559) critica a figura do assistente técnico, no sentido de que apenas os réus mais afortunados poderiam arcar com as despesas referentes à sua contratação, sendo que os pobres (grande maioria dos envolvidos em processos criminais) não têm possibilidades de constituir esta figura.

Nucci (2009, p. 374) faz crítica semelhante, pontuando que apenas os réus economicamente favorecidos teriam condições de custear o assistente técnico. Porém, o autor fornece uma provável solução para o impasse, salientando a possibilidade de, futuramente, haver prestação de defesa técnica de qualidade por parte do Estado, contando com corpo de assistentes técnicos vinculados à Defensoria Pública e ao Ministério Público. Nucci tem uma perspectiva otimista quanto à previsão, salientando que a abertura legal é positiva e promissora. Em contrapartida, o doutrinador aponta que “o perito oficial nem sempre oferta a melhor versão para o caso em análise, valendo ao seu laudo juntarem-se outras vozes, com opiniões concordantes ou díspares, tudo com o objetivo de melhor informar o magistrado, em busca da verdade real”.

4.5.2 Outros Sujeitos Processuais

a. Partes

O artigo 159 coloca diversas opções de atuação das partes na perícia penal.

“§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

[...]

§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

§ 6º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

§ 7º Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico.”

O novo diploma legal de 2008 facultou às partes, além da formulação de quesitos, a indicação de assistente técnico (artigo 159, § 3º, CPP).

Ademais, o artigo 159, § 5º, do Código de Processo Penal confere às partes os poderes de, no curso do processo, quanto à perícia, requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar e indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou serem inquiridos em audiência.

Ainda, a participação das partes pode se dar na forma do § 6º do artigo referido, por meio de requerimento para que haja a disponibilização do material probatório que serviu de base à perícia. Este material será disponibilizado no ambiente do órgão oficial (que manterá sempre a sua guarda), e na presença do perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

Finalizando, as partes poderão indicar mais de um assistente técnico, de acordo com a possibilidade prevista no § 7º, que estatui que, tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico.

Manzano esclarece que, “quando a perícia for ordenada na fase processual, é indispensável que o juiz possibilite às partes a formulação de quesitos e a indicação de assistente técnico (CPP, artigo 159, § 3º)” (2011, p. 74).

O autor também pontua que “a formulação de quesitos e a indicação de assistentes técnicos são alguns dos meios pelos quais as partes exercitam o contraditório no procedimento probatório pericial” (MANZANO, 2011, p. 74).

No entanto, existe discussão acerca da possibilidade de as partes se manifestarem quanto à perícia ainda na fase do inquérito. Doutrinadores apontam uma tendência a facultar ao indiciado o exercício de defesa na fase do inquérito policial, *de lege ferenda*, de modo a lhe assegurar o amplo exercício da defesa e do contraditório (*op. cit*, p. 75).

Nucci (2013, pp. 72-73) esclarece que, com a nova redação do artigo 159, surgiu modificação no contexto da busca de esclarecimentos em relação à prova técnica. É facultado às partes requerer a oitiva dos peritos em audiência para informarem dados sobre a prova produzida e para responder aos quesitos. O dispositivo ainda detalha que, para tais diligências, a intimação deve ocorrer com antecedência mínima de dez dias, prazo que também se aplica ao encaminhamento dos quesitos ou questões. As respostas a tais questionamentos poderão se dar por laudo complementar.

O autor destaca o ponto de inúmeros laudos serem realizados apenas na fase extrajudicial, em virtude de determinação da autoridade policial, razão pela qual não se submetem à participação das partes, oferecendo quesitos e acompanhando a sua feitura. Como exemplo destes exames realizados na fase extrajudicial, temos os exames do local do crime, do cadáver, dos instrumentos do crime, etc. Estes exames citados, dentre outros, são realizados sem nenhuma participação das partes, o que não impede que possam ser questionados em juízo por qualquer das partes, em virtude do princípio constitucional do contraditório.

b. Perito Oficial

Nas palavras de Lima (2015, p. 889):

“Perito é um auxiliar do juízo, dotado de conhecimentos técnicos ou científicos sobre determinada área do conhecimento humano, que tem a função estatal de proceder à realização de exames periciais, fornecendo dados instrutórios de ordem técnica indispensáveis para a decisão do caso concreto. Tem natureza jurídica de sujeito de prova, pois é alguém que irá trazer elementos de prova para a formação do convencimento do magistrado.”

Capez (2011, p. 411) leciona que perito oficial é aquele que presta o compromisso de bem e fielmente servir e exercer a função quando assume o cargo, ou seja, quando, após o regular concurso de provas e títulos, vem a ser nomeado e investido no cargo de perito. Daí a desnecessidade de esse perito prestar compromisso nos processos e investigações em que atua.

Os artigos 158 e 159, *caput*, e § 1º, do Código de Processo Penal legislam disposições gerais sobre a perícia e sobre os peritos.

O artigo 159, em seu *caput*, estabelece, como regra geral, que o exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

O trabalho realizado pelo perito e suas conclusões são apresentadas no laudo, onde descreverão minuciosamente o que examinarem e responderão aos quesitos formulados, conforme o *caput* do artigo 160, do Código de Processo Penal.

“Artigo 160. Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados.”

A oitiva dos peritos pode ser requerida pelas partes, visando a esclarecer a prova ou a responder aos quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar, nos termos do inciso I do § 5º do artigo 159 do Código de Processo Penal.

c. Perito não Oficial

Perito não oficial é aquele nomeado pelo juiz ou pela autoridade policial para realizar determinado exame pericial, em caso de ausência ou impossibilidade de atuação do perito oficial.

O artigo 159 do Código de Processo Penal versa, em diversos de seus parágrafos, acerca da figura do perito não oficial e sua atuação.

“Artigo 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior
§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.
§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.” (Grifos da autora)”

Depreende-se da leitura dos parágrafos referidos que o perito não oficial atuará quando da falta de perito oficial. A perícia, no caso da carência de perito oficial, deverá ser realizada por duas pessoas idôneas e portadoras de diploma de curso superior (preferencialmente na área da perícia a ser realizada), dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

O artigo 159, § 2º, do Código de Processo Penal postula que os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo. No entanto, para a doutrina e para a jurisprudência, a ausência desse compromisso configura mera irregularidade (LIMA, 2015, p. 889).

Capez (2012, p. 411) ensina:

“Trata-se daquele que não pertence aos quadros funcionais do Estado, e que, portanto, uma vez nomeado, deve prestar o aludido compromisso. A nomeação não pode ser recusada pelo perito, salvo motivo justificável (CPP, artigo 277), pois, sendo auxiliar da justiça, assume ônus processual. Caso não compareça para realizar o exame, poderá ser conduzido coercitivamente (CPP, artigo 278). Pode ainda cometer o crime de falsa perícia (CPP, artigo 342). A sua nomeação é feita pela autoridade policial na fase de inquérito e pelo juiz, no processo.”

Assim como ocorre para os peritos oficiais, o perito não oficial também deverá responder aos quesitos previamente formulados e elaborar documento contendo pormenores de seus exames e conclusão, consistindo no auto de exame de corpo de delito.

d. Juiz

Conforme exposto anteriormente neste trabalho, o Código de Processo Penal brasileiro adota o sistema de livre convencimento motivado do juiz, o que consta expressamente do artigo 155 do referido código. Sendo assim, espera-se que, para formar seu convencimento e fundamentar sua decisão, o magistrado utilize quaisquer espécies de provas, desde que não vedadas pelo ordenamento, já que inexistente uma hierarquia de relevância dentre os diversos tipos de elementos probatórios.

No entanto, como analisado anteriormente, deve-se esperar que seja atribuída à prova pericial maior credibilidade, pois se trata de prova elaborada com metodologia e procedimentos técnico-científicos rigorosos, fundamentada em vestígios materiais colhidos no local da infração, razão que a coloca em patamar superior, por exemplo, em relação a provas subjetivas.

O julgador, na maior parte dos casos, possui pouco ou nenhum conhecimento acerca da matéria sobre a qual versam a perícia e o respectivo laudo. Somando-se a estes fatos a alta credibilidade que é creditada às ciências e seus métodos atualmente,

é imaginável que exista uma inclinação a valorar a prova pericial de maneira distinta, sobrepondo-a às demais.

Aranha (2008, p. 184) respalda a ideia de valor diferenciado da prova pericial. O autor conceitua este tipo de prova como “um dos alicerces usados pelo juiz para a sentença”, e, desta forma, o julgador só poderia refutar as conclusões alcançadas no laudo em casos de erro ou dolo por parte do *expert*. Aponta o citado professor que o magistrado não detém o conhecimento específico necessário para contrapor a opinião tecnicamente embasada do perito.

Porém, muitas vezes o juiz decide em um sentido contrário ao laudo pericial, fundamentando-se em provas subjetivas, por exemplo. A opção adotada pelo magistrado, neste último caso, encontra suporte no artigo 182 do Código de Processo Penal⁹, do qual depreende-se que o juiz não fica adstrito ao laudo, podendo rejeitar a tese apresentada no trabalho pericial, em todo ou em parte.

Sobre a liberdade de opção do magistrado, Aranha (2008, p. 165) leciona que pode ocorrer sob três aspectos: quanto à conveniência, quanto ao procedimento e quanto à avaliação.

Quanto à conveniência, significa liberdade de opção quanto à própria realização da perícia. O juiz é responsável por decidir sobre a sua produção ou não, excetuadas as hipóteses em que a lei a exige de forma obrigatória, como, por exemplo, no artigo 158 do Código Processual Penal, ou quando pairar dúvidas sobre o estado mental do acusado (artigo 149, CPP).

No que pertine ao procedimento, a liberdade do juiz é mais ampla, possuindo vasto poder decisório, excetuadas as hipóteses dos artigos 151 e 152 do Código de Processo Penal, que versam, respectivamente, sobre a presença do curador no processo, quando os peritos concluírem que o acusado, ao tempo da infração, era inimputável nos termos do artigo 26 do Código Penal¹⁰, e sobre o sobrestamento do processo no caso de doença mental superveniente ao cometimento do ilícito penal.

⁹ “Artigo 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.”

¹⁰ “Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Finalmente, quanto à avaliação, o autor entende que o juiz somente pode rejeitar o laudo se restar comprovada a existência de erro ou dolo.

O juiz tem a prerrogativa de indeferir provas que julgar desnecessárias, inúteis ou protelatórias, determinando apenas aquelas necessárias à instrução do processo. Todavia, o magistrado não pode indeferir a realização de dada prova sob o fundamento de que já se encontra convencido da existência do fato ou da própria questão incidental ou de mérito posta em causa. Tudo isso com base na busca do ideário da verdade real.

O entendimento acima explanado encontra respaldo no artigo 184 do Código de Processo Penal, abaixo transcrito:

“Artigo 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.”

Do dispositivo depreende-se que o indeferimento da prova pericial não caracteriza, necessariamente, cerceamento de defesa.

Neste sentido, o seguinte julgado:

“O indeferimento da produção de prova pericial por meio da qual se visava demonstrar realidade diversa da apontada nas perícias existentes e no conjunto probatório constante no processo-crime mostrou-se em harmonia com o artigo 400, § 1º, do CPP, não consubstanciando violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. O magistrado tem a discricionariedade para indeferir a produção de provas que entender irrelevante para o julgamento da matéria.” (RHC 119.432, voto do Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 9-12-2015, Primeira Turma, DJE de 31-3-2016)”

A ementa de acórdão aqui exarada seguiu o disposto no artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal¹¹, que versa sobre a possibilidade de indeferimento, por parte do juiz, de provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, versando sobre as provas produzidas na audiência.

Nucci (2013, p. 790) ensina:

“[...] não há que se deferir a realização de qualquer espécie de prova considerada irrelevante (desnecessária para a apuração da verdade

¹¹ “Artigo 400. [...] § 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.”

relacionada à imputação), impertinente (desviada do foco principal da causa, embora possa ser importante para outros fins) ou protelatória (repetida ou já demonstrada por outras provas anteriormente produzidas).”

Por fim, deve-se ressaltar que de nada adianta acentuar-se a importância do contraditório aplicado à prova pericial se o julgador, a cujo convencimento a atividade de construção probatória se dedica, deixar de reconhecer a proeminência da prova produzida com submissão ao princípio do contraditório, independentemente do fato de se ter produzido antes da instauração do processo judicial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste estudo, avaliamos as possíveis formas de exercício do princípio constitucional do contraditório (constante do artigo 5º, inc. LV, da Constituição Federal) no tocante à prova pericial penal.

Primeiramente, a elevada importância deste tipo probatório foi apresentada, assim como seu conceito e suas principais espécies constantes do Código de Processo Penal e um breve histórico legislativo no que se refere, especialmente, às inovações advindas da Lei n. 11.690/2008.

Verificamos que, apesar de nosso ordenamento não lhes atribuir valor mais elevado, há distinta relevância atribuída às provas periciais, por serem revestidas de cientificidade e caráter técnico, características que lhes conferem maior confiabilidade. Corroborando a importância deste tipo probatório, o processo penal poderá reputar nulos determinados atos em decorrência da falta de exame pericial, o que, eminentemente, destaca a indispensabilidade da prova pericial e seu local de destaque dentre as demais espécies probatórias.

Neste particular, o exame de corpo de delito se sobressai, sendo indispensável nos termos do artigo 158 do diploma processual penal. Cabe destacar que a falta do exame do corpo de delito é causa suficiente de nulidade, haja vista que tal deficiência poderá causar prejuízos impossíveis de serem reparados. Além do mais, quando requerida à autoridade competente, como dispõe o artigo 184 do Código de Processo Penal, ela não poderá ser negada.

No tocante às modificações introduzidas pela Lei n. 11.690/2008, aquelas constantes dos artigos 155 e 159 da lei adjetiva penal se mostraram mais pertinentes ao objeto do trabalho. A nova redação do *caput* do artigo 155 do Código de Processo Penal foi destacada por positivar o princípio do contraditório, por meio de vedação da fundamentação da decisão judicial exclusivamente em elementos informativos colhidos na investigação, com importante ressalva relativa às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Já as inovações constantes da nova redação do artigo 159 do *Codex* processual penal referem-se às perícias em geral, introduzindo a figura do assistente técnico, que, por meio de seu trabalho, possibilita que as conclusões alcançadas pelo perito sejam contraditadas. Neste diapasão, conclui-se que a atuação

do assistente técnico é uma forma de contraditório da prova pericial. Como visto, tais mudanças na legislação trouxeram a possibilidade de haver algum modo de expressão do princípio constitucional do contraditório no que se refere à prova pericial penal.

Vimos que o princípio do contraditório é derivado do princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º de nossa Constituição Federal. No âmbito processual, constatamos que o princípio em tela se manifesta na possibilidade de as partes requererem a produção de provas e de participarem da sua realização, bem como de se pronunciarem a respeito de seu resultado.

Quanto à aplicabilidade do princípio ao processo penal, atestamos sua pertinência, pelo fato de o processo penal lidar com primordiais direitos da pessoa humana, como a honra, a propriedade e a liberdade. Estes direitos são de extrema valia ao ser humano, e por isso há a preocupação em garantir aos acusados (em sentido amplo) a aplicação de princípios que venham a resguardá-los. Além disso, vimos que o preceito deve ser obedecido durante todo o curso do processo, portanto, o contraditório deve constar de todos os atos processuais.

Abordamos a controvérsia existente em torno da viabilidade da aplicação do princípio do contraditório ao inquérito policial. Alguns doutrinadores entendem que, por se tratar de fase anterior ao processo, o ordenamento não lhe fornece as mesmas garantias e princípios inerentes ao processo. Já outros autores ensinam que, por se cuidar de elemento de elevada importância na formação do convencimento do julgador e, no caso de exame de corpo de delito, indispensável, também deve ser exercido o contraditório na fase de inquérito.

No estudo do princípio do contraditório na prova pericial, alcançamos a mais adequada interpretação do artigo 155 do Código de Processo Penal, por meio de importantes distinções doutrinárias. Distinguimos elementos informativos de provas constituídas em contraditório e diferenciamos as três espécies de provas constantes da exceção trazida pelo final do *caput* do artigo 155, quais sejam, provas antecipadas, cautelares e não repetíveis.

Constatamos que a ressalva ao contraditório judicial para as provas não repetíveis, cautelares e antecipadas, contida no *caput* do artigo 155, não deve ser

entendida como ausência de contraditório, mas como uma permissão para que estas provas se submetam ao contraditório mitigado. Estes tipos probatórios demandam urgência ou surpresa em sua produção ou obtenção, não sendo passíveis de sujeição ao contraditório real. Desta forma, ficam expostas ao contraditório antecipado ou diferido, de acordo com o caso.

No que se refere à atuação de diferentes sujeitos processuais na perícia criminal, debruçamo-nos sobre as possíveis manifestações das partes, constantes dos parágrafos 3º ao 7º do artigo 159, que lhes facultam a formulação de quesitos e a indicação de assistente técnico, bem como o requerimento de oitiva dos peritos e a indicação de assistentes técnicos durante o curso do processo. Ainda, é dada às partes a faculdade de solicitar a disponibilização do material probatório para exame do assistente técnico, e de indicar mais de um assistente técnico, quando se tratar de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado. Tais faculdades demonstram a possibilidade de as partes atuarem, de alguma forma, na perícia criminal, ilustrando assim, o exercício do direito ao contraditório de forma positivada, conforme alterações promovidas pela Lei n. 11.690/2008.

Ainda nesta seção, estudamos as figuras do perito oficial, do perito não oficial e do assistente técnico, este último constituindo importante inovação incluída pela reforma de 2008. Deveras, percebemos que a sua inclusão no ordenamento penal trouxe uma nova configuração do papel do contraditório exercido em relação à prova pericial, pois, por meio das conclusões alcançadas pelo assistente técnico, é possível corroborar ou contrariar os resultados obtidos pelo perito.

Finalizando, analisamos o papel do juiz na observância do contraditório, destacando que, com as modificações introduzidas pela Lei n. 11.690/2008, as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas podem servir de substrato probatório para a formação da convicção do magistrado e para a prolação da respectiva decisão judicial.

Encerramos com a conclusão de que a principal maneira de exercício do contraditório referente à prova pericial penal se dá por meio de sua forma diferida, que, nas palavras de Tucci, contribui para a formação do convencimento do juiz, no sentido de proporcionar uma decisão o mais correta possível:

"Impõe-se, destarte, a contraditoriedade, calcada na tradicionalizada parêmia audiatur et altera pars, em toda a instrução criminal, seja ela pré-processual, seja realizada em juízo, a fim de que o órgão jurisdicional competente, devidamente formado o seu convencimento, possa pronunciar-se o mais corretamente possível e com justiça. (...) Bem é de ver, outrossim, que ela incide, também, nos procedimentos em que previstas decisões inaudita altera pars, dados o seu caráter de provisoriedade e a sequente possibilidade de defesa desta, com a mais ampla manifestação, antes que se tornem definitivas. Realmente, em situações que tais, de contraditório denominado "posticipato", ou "diferito", não há violação à garantia da bilateralidade da audiência, que, firme, se vê apenas diferida para momento ulterior à pronúnciação de ato decisório liminar, prosseguindo-se regularmente no procedimento instaurado" (1993, pp. 221 e 224-225).

Com efeito, a melhor interpretação do artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal é aquela segundo a qual o legislador, considerando a natureza especial da prova cautelar, reputou conveniente postergar a aplicação do contraditório para a fase judicial, de modo que a prova assim produzida só adquira valor probatório pleno no curso do processo, mediante submissão ao contraditório diferido.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BADARÓ, Gustavo H. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 mar. 2018.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 28 mar. 2018.

_____. **Lei n. 8.862, de 28 de março de 1994**. Dá nova redação aos artigos 6º, incisos I e II; 159, *caput* e § 1º; 160, *caput* e parágrafo único; 164, *caput*; 169; e 181 *caput*, do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1989_1994/L8862.htm>. Acesso em 30 mar. 2018.

_____. **Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm>. Acesso em 28 mar. 2018.

BONACCORSO, Norma. **Perícia criminal e contraditório**. Associação dos Peritos Criminais do Estado da Bahia - ASBAC. Disponível em <http://asbacsindicato.com.br/publicacoes-arquivos/Prova_pericial_e_o_contraditorio.pdf>. Acesso em 21 mar. 2018.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Processo penal 1: dos fundamentos à sentença**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORGES, Fernando Afonso Cardoso. **O direito ao contraditório e ampla defesa na fase inquisitória do processo penal**. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7416>. Acesso em 15 abr. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Projeto de Lei n. 4.205/2001 – provas**. *In: Eduardo Reale Ferrari (coord.)*. Código de Processo Penal: comentários aos projetos de reforma legislativa. Campinas: Millennium, 2003.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed., ver., ampl., e atual., Salvador: Jus Podium, 2015.

MANZANO, Luíz Fernando de Moraes. **Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2011.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao código de processo penal: à luz da doutrina e da jurisprudência**. São Paulo: Manole, 2005.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentando**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SCARANCE, Antônio Fernandes. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

STUMVOLL, Victor Paulo. **Criminalística**. 6. ed. Campinas: Millenium, 2014.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processo penal**. 8. ed. São Paulo: Jus Podium, 2013.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Jus Podium, 2014.

TOCCHETTO, Domingos. ESPÍNDULA, Alberi. **Criminalística: procedimentos e metodologias**. 2. ed. Campinas: Millenium, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**: v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ZARZUELA, José Lopes. **A prova pericial no foro penal**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 90, p. 303-315, jan. 1995. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67300/69910>>. Acesso em 27 abr. 2018.