



## PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DA PROVA PERICIAL NO PROCESSO PENAL

### CONSTITUTIONAL ASSUMPTIONS OF EXPERT EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Armando Aparecido Guimarães Tavares<sup>1</sup>, Prof. Orientador – Octacílio De Oliveira Andrade<sup>2</sup>

**RESUMO:** A prova pericial é de evidente importância para o direito processual penal, tendo em vista que é impossível ao juiz ter conhecimento sobre todas as áreas, e pelo fato de ter que julgar causas diversas e complexas surgiu a necessidade de recorrer a técnicos e especialistas, conhecidos como peritos, que por meio da elaboração de exames periciais o auxiliam no julgamento. O Brasil adota o sistema do livre convencimento ou da persuasão racional, porém não puramente, na medida em que outros sistemas coexistem com àquele. Assim, em regra, 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, ressalvados as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, expondo os motivos que o levaram a tal decisão. No júri, porém, vigora o sistema da íntima convicção, em razão do sigilo das votações. Destarte, a perícia, em síntese, visa descobrir a verdade acerca de determinados fatos e a esclarecer ao juiz sobre assuntos imprescindíveis para formar sua convicção, pois é mediante a prova pericial que se verifica como, de que forma e em que condições o crime ocorreu. As provas possuem um valor decisivo no processo e na aplicação da pena, é por meio delas que o juiz terá base para uma condenação ou para uma absolvição. Sua função, portanto, é a de levar ao magistrado a convicção sobre a existência ou não de um fato criminoso, bem como a falsidade ou a veracidade de uma afirmação. Por tudo isso, restringido a linha de investigação do presente tema, este artigo científico está limitado tão somente às implicações das provas periciais frente à Constituição Federal da República brasileira de 1988. Esta análise tem início sobre a importância e o conceito de prova, além disso, serão abordadas as principais características das provas periciais e os aspectos gerais da perícia criminal, bem como, o direito ao contraditório e à ampla defesa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Processual Penal. Peritos. Exames Periciais. Persuasão Racional. Convicção. Provas. Verdade. Contraditório.

**ABSTRACT:** *The expert evidence is of obvious importance to criminal procedural law, since it is impossible to judge having knowledge of all areas, and the fact of having to judge causes diverse and complex, the need to rely on experts and specialists, known as experts, through the preparation of expert examinations, assist in the trial. Brazil adopts, primarily, the system of free conviction or rational persuasion, but not purely, to the extent that other systems coexist with that. As a rule, the judge will form his conviction by free assessment of evidence produced contradictory judicial cannot base his decision solely on the elements of information purchased in the investigation, except the*

<sup>1</sup> Aluno do Curso de Direito da Universidade Guarulhos

<sup>2</sup> Professor do Curso de Direito da Universidade Guarulhos



*evidence precautionary, not repeatable and advance, explaining the reasons that led him to such a decision. The jury, however, force the system of inner conviction, on grounds of secrecy of voting. The expertise, in short, seeks to uncover the truth about certain facts and clarify the on the judge about essential matters to form a belief as it is by expert evidence that exists as to how and under what conditions the crime occurred. The proofs have a decisive value in the process and in the implementation of the sentence, because it is through them that the judge will have base to a conviction or an acquittal. Its function, therefore, is to take the magistrate, the convinced about the existence or not of a criminal act, as the veracity or falsity of a statement. Restricting the line of the investigation, this present theme, this scientific article, will be limited the implications of proofs expert, front of the Federal Constitution of the Republic of 1988. This analysis will started with the importance and the concept of proof and evidence. Also will be addressed the main characteristics of proofs expert and the general aspects of criminal expert, as the right of appeal and full defense.*

**KEYWORDS:** *Criminal Procedural Law. Experts. Expert Examinations. Rational Persuasion. Belief. Evidence Truth. Contradictory.*

## 1. INTRODUÇÃO

A necessidade de comprovar a materialidade do crime remonta aos mais antigos tempos da história humana, pois embora naquela época a sociedade fosse composta apenas por pequenos grupos, já havia neles um esboço de leis orais que deviam ser seguidas por seus elementos, mas que muitas vezes eram transgredidas por aqueles que a elas estavam sujeitos.

Para identificar os infratores e avaliar a sua culpabilidade, os chefes os submetiam a interrogatórios, como a confissão da prática do delito, o juramento mediante o qual os réus procuravam garantir a sua inocência e também o testemunho falado de outras pessoas que pudessem prestar alguns esclarecimentos sobre o ato delituoso.

Nessa época não se recorria a prova para julgar o ato delituoso porque a sentença, mesmo com a confissão, juramento e testemunhas, sempre era favorável aos mais fortes.

Na medida em que o tempo passou, o homem ampliou sua capacidade intelectual e a população atingiu maiores proporções. Nesse tempo a escrita foi descoberta entre os egípcios, posteriormente entre hebreus e outros povos. Assim, na Grécia Antiga, as leis foram aperfeiçoadas, conseqüentemente foi introduzida a escrita nas confissões dos réus e nas

sentenças condenatórias.

Juntamente com a evolução social, o Estado se fortaleceu e passou a exercer mais autoridade sobre o povo. A partir de então, quando surgiam conflitos entre os cidadãos, a justiça passou a ser pública e não mais privada, pois esta praticamente resultava num acordo entre as partes envolvidas.

Para que sua sentença saísse vencedora em todas as questões, o poder público procurava se prevenir com argumentos convincentes. Estava aberto então um vasto campo para produção de provas dos acontecimentos.

Se o passado nos revela a preocupação de se recorrer à prova do delito, hoje é patente essa necessidade, sobretudo em virtude do surgimento de crimes considerados “bárbaros” para a opinião pública, cuja solução está no recurso das provas periciais reveladas à sociedade, através dos meios de comunicação social, como, por exemplo, o assassinato da menina Isabella Nardoni que teve um forte impacto midiático.

Hoje é do conhecimento de muitos, que a perícia é uma especialidade do saber que muito tem contribuído para a resolução de questões de ordem técnica e científica nos processos jurídicos, tendo como objetivo produzir provas, visando esclarecer e oferecer informações materiais às partes e ao juízo.



Ocorre que nem sempre os fatos poderão ser resolvidos por meio de provas usuais, tais como testemunhas e documentos. Para estes casos será necessário o apoio de provas técnicas para que o juiz possa resolver a questão.

## A prova no processo penal

Em sentido lato prova no processo penal são consideradas todas aquelas regulares e admissíveis em lei, utilizadas para comprovar a veracidade ou falsidade de um ou mais acontecimentos conhecidos, controvertidos ou para convencer da certeza de ato ou fato jurídico. Sinteticamente, pode-se dizer que são todos os meios lícitos utilizados pela parte ou interessado na demonstração daquilo que se alega.

Sobre este assunto o professor Fernando Capez<sup>1</sup> ensina que:

Do latim probatio, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz, e por terceiros (p. ex., peritos) destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.

Destarte pode-se depreender que, subjetivamente, a prova é qualquer meio, devidamente lícito, capaz de levar ao magistrado a convencer-se da verdade de uma alegação da parte. Há quem defenda que sem prova não é possível haver processo.

Não obstante Capez<sup>2</sup> escreveu:

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

## 2. PROVA PERICIAL

A prova pericial constitui-se numa forma de amostra que requer conhecimentos especializados (de ordem técnica ou científica) para a sua produção, conseqüentemente poderá proporcionar subsídios orientadores mais precisos ao juiz.

No mesmo sentido instrui o professor Tourinho Filho<sup>3</sup>:

Entende-se por perícia o exame procedido por pessoa que tenha determinados conhecimentos técnicos, científicos, artísticos ou experiência qualificada acerca de fatos, circunstâncias ou condições pessoais inerentes ao fato punível, a fim de comprová-los.

Ainda, conforme Hélio Tornaghi<sup>4</sup>, a perícia é um meio de prova, técnica ou científica, que tem por objetivo a obtenção de certo conhecimento relevante para a apuração de um fato, a partir de um procedimento técnico realizado sobre pessoa ou coisa.

Contudo, vale ressaltar que após o advento e sanção no ano de 2008 da lei nº 11.690 o Código de Processo Penal ocorreram algumas alterações concernentes à instrução probatória no que tange a esfera da produção da prova pericial, principalmente com relação ao privilégio do exercício do contraditório,

<sup>1</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 344.

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> TOURINHO, Fernando da Costa Filho. **Processo Penal**. V.3 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 275. <?>

<sup>4</sup> TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1980, v.1, p. 315.



a possibilidade de aceitação de assistentes e quanto ao número de peritos<sup>5</sup>.

Sabe-se que a verdade científica pode ser comprovada pelo método experimental, mas a reconstrução histórica do fato que se faz pela prova é indemonstrável, sendo probabilística, aproximativa, possível, relativa e dialética. Os raciocínios jurídicos são dialéticos, conducentes ao provável, ao verossímil, mas que fundamentalmente exercita-se pela argumentação.

Boa parte dos doutrinadores do direito processual penal alega que o exame pericial tem natureza probatória, e que notadamente quando realizado na fase do processo impõe que se respeite a exigência da bilateralidade dos atos processuais, em que o réu tem o direito garantido pela Constituição de ser ouvido previamente sobre quaisquer provas levadas ao processo penal condenatório, caso contrário estará sofrendo cerceamento de defesa.

Importante ressaltar que a conclusão do perito assim como a versão de uma testemunha é sempre subjetiva. Seria um equívoco pensar que a perícia, por ser prova técnica ou científica, seja exata, não sujeita a subjetividade.

Toda perícia resulta da interpretação de um técnico ou profissional sobre alguma coisa ou alguém por ele examinado. O resultado de uma perícia ainda que seja considerada imparcial se sujeita a juízos valorativos, preconceitos e subjetivismos.

Contudo, embora situada como uma prova nominada idêntica às demais, para nós, numa afirmativa arrojada, 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.<sup>6</sup>

## 2.1. *Persecutio criminis*

Na etapa da persecução penal vale destacar alguns pontos extremamente interessantes, sendo o primeiro com relação ao que muitos estudiosos do Direito discutem, sobre qual é o momento mais pertinente quanto ao valor probatório para requerer a realização da perícia, considerando que pode ser requisitada pelo juiz, mesmo depois de realizada durante o inquérito policial.

Na lei 8.690/08 foram acrescentados os parágrafos 3º (terceiro) ao 7º (sétimo) no artigo 159 no qual teve inserido algumas novidades concernentes à prova pericial. Entre tais inovações consta que o exame pericial pode ser determinado por autoridade ou a requerimento das partes e que durante o curso do processo judicial poderão formular quesitos.

Ainda, em respeito a bilateralidade dos atos processuais o novo dispositivo legal permite que nesta fase judicial possa ser realizada à arguição de incompatibilidade dos peritos e até mesmo da crítica do laudo produzido.

Também é relevante destacar que numa persecução penal além do suposto réu (o acusado) existem outros sujeitos que poderão ser submetidos à realização de exames a fim de se obter uma prova pericial.

De acordo com o artigo 175 do Código de Processo Penal serão verificados e ou analisados instrumentos (objetos) que tiverem relação com o fato, no intuito de constatar se tais artefatos foram efetivamente empregados no evento criminoso.

### 2.1.1. Perícia criminal

Mesmo quando o crime deixa evidências de sua autoria é necessário que se faça uma comprovação

<sup>5</sup> Estes assuntos serão tratados mais adiante.

<sup>6</sup> CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. **Da prova no processo penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 167.



dos vestígios materiais por ele deixado, ou seja, que se realize o exame de corpo de delito.

Principalmente nos crimes de homicídio é necessário que se faça a comprovação dos vestígios materiais deixados, quando em regra é considerado imprescindível. O próprio texto do caput do artigo 158 do Código de Processo Penal é bem taxativo, pois se tratando de delitos que apresentam vestígios (evidências) é obrigatória a realização do exame de corpo de delito, sob pena de nulidade.

Porém, nos crimes em que são inexistentes os vestígios, melhor dizendo, quando os indícios da materialidade da prova de sua autoria não são encontrados, desaparecem ou não permanecem na cena do delito, impossibilitando o exame pericial, é polêmica a maneira pela qual será conduzida a persecução penal.

Não nos parece correta a posição daqueles que sustentam trata-se de exame de corpo de delito indireto a prova testemunhal (...). Afinal, testemunhas não são peritos e depõem informalmente sobre o que viram e sabem. Inexiste qualquer espécie de exame ou verificação técnica. Logo, não há perícia alguma. Sem a perícia, torna-se inviável a utilização da terminologia exame de corpo de delito, podendo-se falar somente em corpo de delito indireto, ou seja, a prova da existência da infração penal foi conseguida de maneira alternativa à ideal: à falta de possibilidade de perícia, conforme recomendação legal (art. 158, CPP), realiza-se por meio de prova testemunhal (art. 167, CPP).<sup>7</sup>

Deste modo, nos crimes em que são inexistentes os vestígios da materialidade, excepcionalmente, poderá ser dispensada a produção pericial, fazendo-se a prova da materialidade do crime de outra maneira

como prevê o artigo 167 do Código de Processo Penal.

O legislador também entendeu que é possível ser dispensável a produção de prova pericial nos crimes em que foram deixados vestígios de sua autoria. O princípio da indispensabilidade da produção de prova pericial nos crimes que deixam vestígios não é absoluto, muito embora, seja um tema ainda não unanimemente pacificado (principalmente entre doutrinadores).

Outro ponto que também há divergências é quanto ao que se tem decidido pelos tribunais com relação ao elemento sensível do corpo de delito encontrado nos autos ou quando perícia é nula em face de vícios devidamente comprovados, ela poderá sim ser dispensável.

#### 4. PERITO

A definição ou conceito para perito pode ser, em termos bem simplificados, de um apreciador com a função estatal de fornecer dados instrutórios que em detrimento de sua capacidade técnica auxiliará o juiz. O texto de lei fala de dois tipos de peritos; o perito oficial e o perito não oficial.

O perito oficial é aquele revestido da função pública, ou seja, aquele que ingressou na carreira via concurso público para o referido cargo. Já o perito não oficial é a pessoa idônea detentora de curso superior, nomeada por autoridade. Vale frisar que na falta de perito oficial serão incumbidos 2 (dois) peritos não oficiais que deverão prestar compromisso.

Antes da lei 11.690/2008 o exame de corpo de delito e demais perícias eram realizadas por dois peritos oficiais. A Súmula 361 do Supremo Tribunal Federal estabelece que no processo penal é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão.

<sup>7</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.



Vê-se que o dispositivo mencionado acima está ultrapassado em relação ao perito oficial, uma vez que o Código de Processo Penal, em seu artigo 159 *caput*, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, determina que o exame de corpo de delito e outras perícias serão realizadas por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

Ainda que a redação anterior do referido artigo falasse na necessidade de dois peritos oficiais e a atual redação não tenha feito tal quantificação, o certo é que não mencionou se eram um, dois ou três. Enfim, não quantificou o número de peritos. Destarte, ficou a dúvida sobre a quantidade certa de peritos necessária para a elaboração do laudo pericial.

Em face do artigo 159 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe fora dada pela Lei nº 8.862/94 entendia-se que os exames periciais deveriam ser feitos por dois oficiais, em plena conformidade com a súmula 361 do STF.

Ocorre que a Lei posterior nº 11.690/2008, alterou os dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, principalmente no caso do artigo em tela, ao estabelecer que o exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial portador de diploma de curso superior.

A não quantificação evidencia uma omissão legislativa e induz por presunção ser necessário apenas um profissional, tendo em vista que o §1º o quantifica no singular, dizendo que na falta de perito oficial (“de” e não “dos”), o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, preferencialmente para cada área específica.

É interessante observar que em alguns casos concretos mais complexos, o juiz poderá recorrer a mais de um perito oficial para áreas de diferentes conhecimentos, obviamente se houver necessidade da realização de vários exames periciais será um para cada procedimento.

Os peritos (oficial ou não) para fins penais são

considerados servidores públicos conforme preceitua o artigo 327 do Código Penal e caso tal perito faça uma perícia falsa, posteriormente comprovada, irá responder pelo crime previsto no artigo 342 do Código Penal.

### 3.1. Assistente

Legalmente denominado como assistente técnico é a pessoa dotada de conhecimentos técnicos, porém auxiliar das partes e não do magistrado. Essa pessoa poderá trazer ao processo informações especializadas relacionadas à perícia.

Muitos estudiosos consideram que o teor dos parágrafos 3º e 4º do artigo 157 do Código de Processo Penal trouxe novidades interessantes como a possibilidade de as partes formularem quesitos e indicarem assistentes técnicos.

Caso emblemático que ilustra bem a busca pela verdade por meio da produção de prova pericial (“disputa” entre o perito oficial e os assistentes técnicos) foi da morte de Isabella Nardoni na qual houve várias tentativas de desqualificação dos profissionais da perícia e de seus trabalhos, em face das opiniões dos assistentes técnicos George Saguinetti e Delma Gana contratados pela defesa dos réus Alexandre Nardoni e Anna Jatobá.

As partes não podem interferir na nomeação dos peritos. Contudo, poderão indicar assistentes técnicos e formular quesitos o Ministério Público, o assistente de acusação, o ofendido, o querelante e o acusado (art. 159, §3º). O assistente técnico atuará somente após a conclusão dos exames e conclusão do laudo oficial. Logo, pelo que se conclui do texto legal, não pode acompanhar a perícia. As partes também poderão requerer o depoimento dos peritos e esclarecimentos de quesitos ou questões, desde que as dúvidas sejam encaminhadas na intimação



com pelo menos dez dias de antecedência e os peritos poderão responder por escrito (art. 159, §5º). Havendo indicação de assistente, o material a ser analisado ficará à disposição do interessado no ambiente do órgão oficial, salvo se impossível sua conservação (art. 159, §6º).<sup>8</sup>

Com a alteração dada pela Lei nº 11.690/2008 ao artigo 159 na qual foi criada, melhor dizendo, permitida a figura do assistente técnico, encontrado no inciso II do §5º, a perícia deixou de ser um ato inquisitorial.

É coerente entender que de acordo com o texto apontado no referido parágrafo a perícia deixa de ser um ato inquisitorial, muito embora seja ela realizada corriqueiramente na fase investigativa, no entanto passou a desenvolver-se em respeito ao princípio do contraditório, tal que o juiz na persecução penal tem a possibilidade de confrontar as conclusões do perito oficial com as do assistente técnico.

#### 4. GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O caput do artigo 5º inciso LIV da Carta Magna de 1988, diz que todos são iguais perante a lei e que ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal. Por se considerar que a perícia é uma maneira extraordinária para que a autoridade judiciária conheça todos os elementos relacionados ao fato e à materialidade do crime, que dependam de uma análise técnico-científica, é perfeitamente aceitável como uma garantia constitucional. Além do mais, tal materialidade deverá ser submetida ao contraditório como qualquer outra atividade que se preste à instrução judicial, caso contrário, poderá ensejar anulação do processo.

Salienta Capez<sup>9</sup>:

Consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei [...] garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades [...].

Percebe-se que o entendimento acima decorre de um modelo processual penal garantista, marca do devido processo legal. Ainda, abrange todas as demais garantias constitucionais, pois a vedação do exercício deste direito macula, gera vícios e conseqüentemente nulidades ao processo.

##### 4.1. O direito a prova

Partindo das referidas considerações mencionadas acima se pode depreender que o direito à prova constitui-se numa garantia constitucional embasada no princípio do devido processo legal. De acordo com Tucci,<sup>10</sup> na atualidade o direito à prova insere-se no quadro das garantias constitucionais do devido processo legal.

Então o direito a prova é um direito público subjetivo, pelo fato de as partes poderem apresentar em juízo as suas postulações, comprovando-as no decorrer da ação penal a veracidade das alegações anteriormente arguidas.

<sup>8</sup> PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **Direito Processual Penal**. 5ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2009, p. 88.

<sup>9</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, págs.79 e 80.

<sup>10</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 226.



Para Grinover, Scarance e Gomes Filho<sup>11</sup>:

O direito à prova assume um importante papel no quadro do contraditório, posto que a atividade probatória representa o momento central do processo, onde as partes têm a faculdade e o direito de levarem à apreciação do juiz argumentos e fatos que possam levá-lo ao descobrimento da verdade.

## 4.2. O direito ao contraditório e a ampla defesa

De acordo com estudos do professor Jeferson Moreira de Carvalho<sup>12</sup> a condenação no direito brasileiro é efetivada somente por meio do sistema acusatório, pois tal sistema possui características próprias que foram adotadas pelo Brasil. Tanto que:

Proposta a ação penal devem ser obedecidas as garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório e, estando as partes em situação de igualdade, em equilíbrio processual, as provas são produzidas, e com livre convencimento o juiz decide. Somente obedecendo-se às exigências deste sistema é que se tem uma condenação dentro dos limites da lei.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LV diz que 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.

Instrui Rui Portanova<sup>13</sup> que a defesa não se trata de uma mera generosidade ao acusado, mas um interesse público, portanto uma garantia constitucional, pois:

[...] defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático. Ainda, que a ampla defesa pressupõe a garantia do contraditório, porque somente existirá quando se possibilitar ao réu o direito à informação e a oportunidade de reação.

Neste sentido a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto São José da Costa Rica, que desde 6 de novembro de 1992 foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em virtude do decreto nº 678, em seu artigo 8º preceitua que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Desta forma, a defesa com relação a produção da prova científica se inicia a partir da admissão do assistente técnico pelo juiz. Antes da inserção do § 4º no artigo 159 do Código de Processo Penal não havia tal previsão, contrariando a opinião do professor Antônio Gomes Duarte<sup>14</sup>:

Quando se afirma que a instrução criminal será contraditória, significa que as partes devem ser mantidas no mesmo nível de igualdade, lhes sendo assegurada a ampla defesa de suas teses.

<sup>11</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Processo penal constitucional**. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 122.

<sup>12</sup> CARVALHO, Jeferson Moreira. **Curso básico de processo penal**. Vol. 1. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 23.

<sup>13</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo*. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 125.

<sup>14</sup> DUARTE, Antônio Gomes. *Temas de processo penal*. Belém: Editora Cejup, 1995, p.12.



Todavia, após o advento da Lei nº 11.690/2008 o contraditório passou a ser efetivamente exercido ao passo que foi permitido a formulação de quesitos e a possibilidade, facultada ao indiciado, de constituir assistente técnico.

Corroborando tal entendimento, Grinover, Scarance e Gomes Filho afirmam que:

O exercício de um contraditório efetivo em relação à prova pericial foi assegurado especialmente com as novas disposições introduzidas no texto do CPP pela lei 11.690/2008. É expressamente prevista a ouvida dos peritos, a requerimento das partes, para esclarecimento da prova ou para responderem a quesitos, como consta do §5º do art. 159, introduzido pela lei supracitada.<sup>15</sup>

Ainda cabe lembrar que uma vez determinada a realização do exame pericial, a autoridade policial, o representante do Ministério Público, o magistrado e as partes podem formular quesitos que versem sobre pontos a serem esclarecidos. Observando que tais indagações poderão ser apresentadas até o ato da diligência conforme prevê o artigo 176 do Código de Processo Penal, contudo, não são aceitas durante a sua realização.

### 4.3. Inadmissibilidade da prova ilícita

Raimundo Amorim de Castro explana sobre o conceito de provas ilícitas e sua inadmissibilidade:

[...] são revestidos de uma transcendência imensa sob a ótica da humanização da justiça, desvencilhando-se da herança do autoritarismo que os tempos obscuros deixaram, buscando assim, uma

tutela eficaz da pessoa humana, de seus direitos fundamentais, dos princípios mais importantes não somente do direito probatório e do direito processual em geral, mas também do direito como um todo.<sup>16</sup>

Não obstante do sentido literal do texto de lei depreende-se que prova ilícita é aquela obtida de maneira que venha infringir princípios constitucionais e normas de direito material. Tal pretensão de amostra probatória não é recepcionada pela Constituição Federal, tanto que há vedação clara no texto que consta no inciso LVI do artigo 5º da Carta Magna que determina ser inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Mormente, a alteração no Código de Processo Penal por meio da Lei 11.690/2008, especificamente em seu artigo 157 ratificou a determinação constitucional em relação a inadmissibilidade da prova ilícita.

Ocorre que se trata de um tema bem polêmico, principalmente quando está em jogo o princípio da dignidade da pessoa humana e a sua liberdade.

Aduz o prof. Raimundo Amorim de Castro:

Toda a polêmica sobre as provas ilícitas gira em torno dos direitos fundamentais do homem e a principiologia que norteia o moderno processo constitucional à busca da verdade material, que de um lado, garante a proteção à sociedade e do outro, efetiva o ideal de justiça, corolário da razão teleológica do direito.<sup>17</sup>

Neste diapasão da ilicitude da prova e sua inadmissibilidade há quem entenda não ser absoluto, porque na realidade a intenção dos dispositivos legais é o de resguardar respeitáveis garantias atinentes à ação estatal de persecução penal.

<sup>15</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 11ª. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 144.

<sup>16</sup> CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. 2ª. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 85.

<sup>17</sup> Ibidem



Sendo assim, em face do princípio da proporcionalidade é possível a admissão da prova ilícita pro reo, pois não é possível, por exemplo, conceber que uma pessoa que está sendo acusada de ter praticado um delito e só tem como único meio de provar sua inocência através de uma gravação clandestina, ou seja, uma interceptação telefônica sem autorização judicial não ter a referida prova considerada pelo juiz.

Por isso, a exemplo do exposto anteriormente, entende sobre a possibilidade do conhecimento da prova, mesmo que adquirida ilicitamente, utilizando-se o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Dessa maneira a prova ilícita pro reo tem sido admitida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Vale observar que essa mesma prova ilícita não pode ser utilizada para condenar uma pessoa.

No mesmo liame de pensamento, porém tendo vistas para o efetivo disciplinamento com o rigor do cumprimento da letra da lei em direção ao Estado, observa o professor Luiz Flávio Gomes:

[...] o tema das provas ilícitas tem total afinidade com o dos direitos fundamentais da pessoa. Todas as regras que disciplinam a obtenção das provas são, evidentemente, voltadas para os órgãos persecutórios do Estado, que não podem conquistar nenhuma prova violando as limitações constitucionais e legais existentes. Descobrir a verdade dos fatos ocorridos é função do Estado, mas isso não pode ser feito a qualquer custo.<sup>18</sup>

Por fim, pode-se concluir que se o acusado para provar sua inocência, ou seja, demonstrar que está sendo acusado injustamente, poderá se valer de uma prova ilícita (aquela que viole preceitos constitucionais) porque a própria Constituição assegura e legitima

o direito a ampla defesa para o acusado, claro que considerando cada caso com suas particularidades.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito como um todo por meio do devido processo legal visa à busca incessante pela verdade, no caso da persecução penal tem-se uma procura objetivando a certeza ética por meio da elucidação dos fatos.

Sem dúvida que, a cada dia que passa, o progresso científico oferece cada vez mais sua colaboração, na medida em que tem seus reflexos diretamente no processo por meio da prova pericial, fato que na atualidade é imprescindível, tanto que antes da justiça poder contar com tais conhecimentos técnicos na busca pela verdade, diziam que a confissão era a rainha das provas, não que o posto tenha sido substituído, mas para se relevar quantos foram os avanços.

A prova é um instrumento para que as partes fundamentem suas alegações e assim possam interferir no convencimento do juiz, pois é sabido que incumbe ao magistrado admiti-la. Ainda, no tocante a produção de provas aparece à prova pericial que é uma prova técnica, salvo exceções, realizada por perito oficial - tido como auxiliar do juiz.

Cabe a autoridade judiciária o papel de valorar a prova pericial, caso seja necessário confrontar a análise de sua relevância e confiabilidade para poder legitimar a sentença e posteriormente comunicá-la, convencido sobre a culpa ou inocência do acusado.

Não é absoluto o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita, tal que pode afrontar o princípio da liberdade probatória e conseqüentemente à efetivação de um processo justo. O que não se pode admitir é que o Estado permita elementos ofensivos a compostura, que revirem a ordem pública atentando contra à

<sup>18</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Lei 11.690/2008 e Provas ilícitas. Conceito e admissibilidade.** Jus Navegandi. 18/03/2010. Disponível em [www.ademario.kit.net/pronasci/provas\\_ilicitas\\_lfg.pdf](http://www.ademario.kit.net/pronasci/provas_ilicitas_lfg.pdf). Acesso em: 21/11/2012, p.1.



dignidade da pessoa humana, mas que ofereça uma segurança jurídica eficaz na mais lúdica aplicação da justiça.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. Código de Processo Penal. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. Código de Penal. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Jeferson Moreira. **Curso básico de processo penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira; 1999. v. 1

CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

DUARTE, Antônio Gomes. **Temas de processo penal**. Belém: Cejup, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas. Conceito e admissibilidade**. Disponível em: <[http://www.ademario.kit.net/pronasci/provas\\_ilicitas\\_lfg.pdf](http://www.ademario.kit.net/pronasci/provas_ilicitas_lfg.pdf)>. Acesso em: dia mês ano.

GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **Direito Processual Penal**. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 1

TOURINHO, Fernando da Costa Filho. **Processo Penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 33

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

AUTOR. **Título do que foi acessado**. Ano. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em:

[http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv\\_idh.pdf](http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf)