

UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ
ANDRÉ LUIZ DE CASTRO VELLOZO

**A VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL PELO JUIZ NO PROCESSO
PENAL**

CURITIBA
2014

UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ
ANDRÉ LUIZ DE CASTRO VELLOZO

**A VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL PELO JUIZ NO PROCESSO
PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da
Universidade Tuiuti do Paraná, como requisito
para a conclusão do curso.

Orientador: Professor Murilo Henrique Pereira
Jorge

CURITIBA
2014

**TERMO DE APROVAÇÃO
ANDRÉ LUIZ DE CASTRO VELLOZO**

**A VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL PELO JUIZ NO PROCESSO
PENAL**

Esta monografia foi julgada e aprovada para a obtenção do título de Bacharel em Direito no Curso de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná.

Curitiba, ____ de _____ de 2014.

Curso de Direito
Universidade Tuiuti do Paraná

Orientador:

Professor Esp. Murilo Henrique Pereira Jorge
UTP – Universidade Tuiuti do Paraná

RESUMO

O presente trabalho monográfico analisa a prova pericial no processo penal e a sua valoração por parte do juiz. Propôs-se a identificar a forma com que os magistrados utilizam as perícias em um julgamento, ao formarem seu convencimento. Buscou-se identificar como são produzidas e se a elas se atribui maior valor que às demais espécies de provas. Utilizou-se do método analítico-sintético e indutivo-dedutivo aplicado sobre pesquisas bibliográficas, doutrinárias e jurisprudenciais. Chegou-se ao resultado de que as provas periciais são objetivas e menos suscetíveis à influência humana do que as provas subjetivas. Concluiu-se, todavia, que mesmo sendo tais provas menos sujeitas a influências que as podem deturpar, não é a elas atribuído maior valor que aos demais tipos de prova e que é da análise de um conjunto harmonioso que o magistrado forma seu convencimento para decidir muitas vezes as rejeitando em prol de provas testemunhais.

Palavras-chave: Direito. Processo Penal. Provas. Perícia. Valoração.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
1.1	SISTEMAS DE CONVENCIMENTO DO JUIZ.....	6
1.1.1	O sistema da prova legal.....	6
1.1.2	O sistema do livre convencimento.....	7
1.1.3	O sistema do livre convencimento motivado.....	7
1.2	A VERDADE REAL.....	8
1.3	O SISTEMA BRASILEIRO.....	11
1.3.1	O artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro.....	11
1.4	O RESULTADO DA AVALIAÇÃO DA PROVA.....	13
2	ALGUMAS ESPÉCIES DE PROVA	15
2.1	O INTERROGATÓRIO.....	15
2.2	A CONFISSÃO.....	16
2.3	O DEPOIMENTO DO OFENDIDO.....	17
2.4	A PROVA TESTEMUNHAL.....	18
3	A PROVA PERICIAL	21
3.1	A PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL.....	23
3.1.1	O perito.....	27
3.2	PREDOMINANTE CARÁTER DESPERSONALIZADO DA PROVA.....	29
3.3	A VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL.....	30
3.4	ALGUNS JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	33
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
	REFERÊNCIAS	37

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história, lançando-se uma visão panorâmica sobre o que se conheceu por processo penal e toda a evolução pelo que passou até chegar ao que se tem hoje no Brasil, fica muito nítida a ideia de um movimento pendular, ora tendendo para um lado e ora para o outro, oscilando em torno de uma aproximação – guardadas sempre as particularidades de cada época – de dois modelos processuais, que se substituíam sequencialmente com o passar do tempo, o Sistema Inquisitorial e o Sistema Acusatório, alternando-se grandes liberdades e duras opressões, como “[...] reflexos da resposta do Processo Penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época” (LOPES JR, 2012, p. 115).

O Sistema Inquisitorial se caracteriza pela união, nas mãos da mesma pessoa, da função de julgador e de acusador. Tem na confissão do acusado a prova mais importante. É marcante neste sistema a escassez da oralidade, com a predominância de procedimentos escritos e sigilosos. Não existe ou é raro o duplo grau de jurisdição, quase não havendo a possibilidade de recursos. Sequer oportuniza a ocorrência de contraditório. A defesa é meramente figurativa. Aparece em países caracterizados pelo autoritarismo, onde a hegemonia estatal prevalece aos direitos individuais.

O Sistema Acusatório, em oposição ao primeiro, ditatorial, é mais democrático. Neste sistema, não se confundem na mesma pessoa a função de acusador e de julgador, que permanece equidistante das partes, prevalecendo o tratamento isonômico a ambas. Conseqüentemente, é notada a presença da defesa que atua com grande liberdade, prestigiando o contraditório e a produção de provas. Prima-se pela oralidade, restringindo-se ao máximo os procedimentos escritos. Vigem aqui também a busca da publicidade, e como regra geral, da liberdade do réu durante o trâmite do processo penal.

Após a Revolução Francesa (NUCCI, 2012) surgiu um terceiro sistema, o Misto. Neste sistema buscou-se aproveitar o que cada um dos anteriores tinha de melhor. Sua característica mais marcante é a divisão processual em duas etapas. A primeira consiste na instrução preliminar, com as características inquisitivas e a segunda é a do julgamento, com as marcas do acusatório.

Na primeira fase o procedimento é secreto, predominantemente escrito e sem contraditório. Muitas vezes o investigado sequer imagina o que está se

passando. É a investigação que busca os fundamentos para que possa ocorrer a segunda fase.

Na segunda fase prevalece a oralidade e a publicidade. É neste momento em que a defesa pode se manifestar, com total possibilidade de contra-atacar a acusação. Culmina, nesta etapa, a livre apreciação das provas e o posterior julgamento propriamente dito.

Na lição de Nucci (*Op. cit.*, 2012), o Brasil adota não oficialmente o sistema misto. No Código de Processo Penal brasileiro, que data de 1941, existe uma marcante presença do sistema inquisitivo. Posteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe os princípios democráticos típicos do sistema acusatório, resultou no hibridismo que temos hoje.

Criticando o que considera ser um “reducionismo” a designação do sistema como “Misto”, Aury (*Op. cit.*, 2012) ensina que não basta ter a separação da função acusatória em uma parte que não a julgadora, mas ser necessário que se mantenha esta separação. Importa, para a identificação do sistema utilizado, conhecer o seu núcleo, o princípio formador e não os elementos acessórios como a oralidade, publicidade e separação de atividades. Portanto, ensina o autor, a gestão da prova é a espinha dorsal do processo e como decorrência, condena a possibilidade de se facultar a iniciativa probatória ao juiz, prejudicando assim a sua imparcialidade.

1.1 SISTEMAS DE CONVENCIMENTO DO JUIZ

1.1.1 O sistema da prova legal

Este é o sistema mais antigo de que se tem notícia. Remonta às ordálias e ao direito germânico. Esteve presente na Europa em virtude da invasão bárbara. Acreditava-se na intervenção divina em favor de quem estivesse revestido da razão (ARANHA, 2004).

Neste sistema, cada tipo de prova tem um valor predefinido e invariável, conforme está estabelecido na lei. Desta forma, não cabe ao juiz ponderar o quanto, determinada prova, deve preponderar a outras ou não. A própria norma faz tal avaliação. Assim, o julgador torna-se mero instrumento de aferição, atribuindo a cada prova o valor a ela ordenado, apenas e tão somente sentenciando conforme esteja ali disposto. Neste sistema não há o que se falar em convencimento do juiz.

Ele de nada precisa se convencer para decidir, apenas precisa aplicar as regras dispostas.

Reminiscências deste sistema ainda se encontram na legislação atual, como é o caso da obrigatoriedade da perícia em crimes que deixam vestígios.

1.1.2 O sistema do livre convencimento

Sua origem encontra-se em Roma. Ao contrário do sistema anterior, aqui existe plena liberdade para o magistrado apreciar as evidências a ele apresentadas, e formar assim sua convicção. Decide livremente se aceita ou não cada prova, e qual o valor que a ela irá atribuir, não se submetendo a nenhuma regra neste proceder. Pode, e realmente o faz, conciliar seu conhecimento externo ao processo e sua bagagem de vivências, com a análise do material que escolher valorar. Além do mais, após decidir, não precisa exteriorizar a forma com que se convenceu. Não há que se fundamentar o seu pensamento. Simplesmente o faz, sem apresentar justificativas para tal. Daí o nome de *livre convencimento*, ou convicção íntima. Um dos grandes inconvenientes, alerta Tourinho (2009), é que nunca é possível se saber se a sentença prolatada realmente reflete a opinião a que chegou o juiz, ou se ele está prevaricando.

Este sistema é utilizado nos dias de hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, no procedimento do Tribunal do Júri. Os jurados decidem e votam de acordo com seu convencimento íntimo e em face de tudo o que lhes foi exposto durante a sessão de julgamento, sem, no entanto, terem que fundamentar ou justificar seus votos. Simplesmente decidem e votam conforme sua consciência.

1.1.3 O sistema do livre convencimento motivado

Também é conhecido como sistema da persuasão racional. É uma combinação de ambos os sistemas apresentados, de forma a se aproveitar a melhor parcela de cada um deles. Sua provável origem também remonta à Roma, tornando-se popular com os códigos napoleônicos, conforme explica Adalberto Aranha (*Op. cit.*, 2004), como reação à extraordinária liberdade dada aos magistrados com o livre convencimento. Na idade moderna, foi trazido à prática na França, no século XIX, de acordo com o que ensina Tourinho Filho.

Aqui, a apreciação da prova também é livre ao juiz, muito embora existam regras a serem obedecidas, de certa forma balizando o exercício do processo de convencimento. Estas diretrizes podem ser quanto a limitar o magistrado a apreciar somente as provas que estão no processo, que elas não sejam proibidas (ilícitas ou ilegítimas), e que seja respeitado, quando incidir, o valor legal que a prova possa ter.

Toda decisão proferida pelo julgador, segundo este sistema, deve ser fundamentada ou motivada. O convencimento e a forma com que ele é formado são livres, mas devem ser expostos os motivos a ampararem-no. Desta maneira, torna-se a decisão ponderável, apreciável quanto ao seu possível acerto ou erro, frente às provas do processo e as leis vigentes (o fato e o direito).

1.2 A VERDADE REAL

De acordo com os ensinamentos de Camargo Aranha (*Op. cit.*, 2004), todo julgamento se dá em duas etapas distintas e complementares. A primeira consiste na investigação e exame dos fatos. A segunda, bem conhecido o fato, na aplicação de uma norma a ele. Por esta razão, principalmente quando se trata de um julgamento criminal, quanto mais precisa a apuração dos acontecimentos, tanto menor a probabilidade de se cometerem injustiças. A busca da verdade do mundo concreto, ou seja, da verdade real ou material, é uma tarefa reconstrutiva que deve ser feita pelo juiz. Seu instrumento para tal são as provas, elementos atestadores dos fatos. Não obstante as alterações históricas dos sistemas processuais, a busca da verdade ao longo do tempo sofreu a sua própria evolução, muito embora com eles tenha mantido relação, passando por quatro fases mais bem delineadas (BARROS, 2010): a primitiva (étnica), a mística (religiosa), a legal (certeza legal) e a moderna (certeza moral).

No processo civil, o juiz pode se satisfazer com a verdade formal trazida pela manifestação das partes nos autos e poderá fazer sua análise sobre as provas que ali são produzidas. Muitas vezes o processo civil trata de interesses disponíveis e pode-se transigir com a verdade real, sendo excepcional, nestes casos, que o juiz busque a verdade material. Ainda assim, existe uma corrente doutrinária que está evoluindo seu entendimento no sentido de que mesmo no Processo Civil, esta verdade deva imperar (FEITOSA, 2010).

Quando se trata de um processo penal, os interesses são indisponíveis – interesse público – e é missão do juiz investigar a verdade real e procurar descobrir o que se passou, não se contentando, quando assim entender ser necessário, com a verdade manifestada pelas partes nos autos do processo. Como leciona Tourinho (2012), há uma tendência a se desejar a imparcialidade do juiz, de forma a se querer que a ele fosse proibido, no processo, produzir provas; e que caberia à parte acusatória trazer aos autos as provas incriminadoras do réu, ficando o julgador acima das partes e equidistante, sem promover diligências. Porém, ainda segundo o autor, a Lei 11.690/08 trouxe nova redação ao artigo 156 do Código de Processo Penal, deixando claro que na prática isto não acontece, sendo dever do magistrado, portanto, trabalhar ativamente na tentativa de conhecer a verdade material, não ficando restrito às provas a ele trazidas. Em uma análise comparativa, a confissão, que no processo penal não basta para uma condenação, conforme dispõe o artigo 197 do Código de Processo Penal, na área cível pode trazer a solução a um processo.

Há que se salientar, todavia, que excepcionalmente, no processo penal, também poderá haver transação. São hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo, em que a lei permite, em sede de juizados especiais criminais, a conciliação e a transação penal, no contexto de um movimento “despenalizador” e “desencarcerizador”, conforme esclarece Pacelli (2012), buscando afastar a imposição de penas privativas de liberdade para estes casos.

A verdade real e absoluta é um desiderato difícil de ser atingido, quando não for impossível. A sua busca esbarra na limitação e na falibilidade humana, sem se levar em conta que até mesmo o ordenamento jurídico, em algumas situações, serve de barreira. Haja vista a disposição constitucional de que o acusado não é obrigado a produzir provas contra si mesmo, e também, a proteção ao sigilo do médico, do advogado, do sacerdote e do jornalista, quanto aos fatos que chegaram a seu conhecimento em decorrência do exercício de sua atividade correspondente.

Tourinho Filho (2012) se posiciona contrariamente à busca da verdade real pelo magistrado, evidenciando seu desejo de um processo penal puro, onde suas atividades ficassem restritas à solução da lide, amparado apenas pelas provas que as partes levassem aos autos. A posição do juiz ficaria mais enobrecida, salienta o autor, completando que se trataria de um verdadeiro órgão superpartes, e delas absolutamente equidistante.

Aury Lopes (2012) aponta a verdade real como um mito a ser desconstruído. Surgido na Inquisição, é usada para amparar a abusividade do Estado (iniciativa probatória do juiz), afirmando que “Assim, no processo penal, só se legitimaria a verdade *formal* ou *processual*” [grifos no original], sendo esta busca fundamento para uma condenação a qual só se pode chegar com o respeito das regras vigentes.

Eugênio Pacelli também faz a sua crítica à busca da verdade real pelo juiz, quando diz:

Não só é inteiramente inadequado falar-se em verdade *real*, pois que esta diz respeito à realidade *do já ocorrido*, da realidade *histórica*, como pode revelar uma aproximação muito pouco recomendável com um passado que deixou marcas indeléveis no processo penal antigo, particularmente no sistema inquisitório da Idade Média, quando a excessiva preocupação com a sua realização (da verdade real) legitimou a inúmeras técnicas de obtenção da confissão do acusado e de intimidação da defesa. [...] a atual configuração do processo penal brasileiro *não deve* guardar qualquer identidade com semelhante postura inquisitorial, impondo-se o redimensionamento de vários institutos ligados à produção da prova, sobretudo no que respeita a iniciativa probatória do juiz [...]. [grifos do autor]. (2012, p.324)

Acerca do ônus da prova, Greco Filho (2010, p. 195 e p. 196) tece seu comentário afirmando que incumbe à parte fazer a comprovação do que alegar, “[...] podendo o juiz determinar provas de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal [...] e determinar, no curso da instrução [...] realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”. Nucci (2012, p. 114) acompanha esta ideia ao afirmar que “[...] no processo penal, no qual prevalece a verdade real, que é a situada o mais próximo possível da realidade. Não se deve contentar o juiz com as provas trazidas pelas partes, mormente se detectar outras fontes possíveis de busca-las”.

Na mesma linha de raciocínio de Nucci, Barros (2010) pensa que a formulação legal sobre a incumbência do ônus da prova não pode ser acentuadamente rígida, recomendando ao magistrado intervir nos casos em que a defesa se mostre deficiente, determinando diligências a fim de obter um perfeito esclarecimento da verdade, desde que atue no âmbito da legalidade, ampliando o conjunto de provas durante a instrução processual, posto que esta iniciativa visa o descobrimento da verdade. Neste mesmo diapasão, Hildejalma Muccio (2011) afirma que o que pretende o Estado é que se solucionem as lides penais com base na verdade material, fundamento de toda e qualquer sentença.

No mesmo sentido tem entendido o Superior Tribunal de Justiça¹, manifestado em decisão vertida em um *Habeas Corpus*:

1. Embora o juiz seja um órgão do Estado que deve atuar com imparcialidade, acima dos interesses das partes, o certo é que **o próprio ordenamento jurídico vigente permite que, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessárias para a formação do seu livre convencimento**, sem que tal procedimento implique qualquer ilegalidade. (2014, p. única). [grifos nossos].

Ainda com relação ao ônus da prova relacionado com as partes, vale ressaltar a crítica (GRECO FILHO, *Op. cit.*, 2010) de que o ônus da prova, no tocante à defesa, é um ônus diminuído. Quando o réu não bem dele se desincumbe, ainda poderá, conforme se bem prove ou não a acusação a ele feita, se beneficiar do princípio da presunção de inocência. Assim, conseguindo sustentar uma dúvida razoável quanto ao que lhe imputam, não poderá ser condenado.

Mesmo sendo o princípio da verdade real controverso, o fato é que ele vige atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo dever do juiz buscar a verdade dos fatos para ampará-lo em sua decisão. A missão maior é transformar a verdade real em verdade formal, ou seja, fazer as provas necessárias para trazê-la para dentro do processo, sob o crivo do contraditório judicial, para então poder dela fazer o justo uso, conforme seu entendimento.

1.3 O SISTEMA BRASILEIRO

1.3.1 O artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro

De acordo com o que estabelece o artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro, a convicção do juiz será formada pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão somente em provas obtidas no inquérito ou qualquer que seja o tipo de investigação prévia. Deve também se restringir a apreciar as provas presentes nos autos do processo, não obstante, conhecendo ele a existência de algum elemento importante ao esclarecimento dos fatos, providenciar seja trazido aos autos mediante provas,

¹ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 242412.

tendo as partes, a liberdade de sobre elas se manifestarem (TOURINHO, 2012). Daí se observa que a apreciação da prova é livre, mas que a decisão deverá ser fundamentada, e mais, fundamentada em ao menos uma que tenha passado pelo contraditório. Assim, para o “[...] fortalecimento, ratificação e eventual convalidação das provas colhidas sob o crivo do contraditório, pode o juiz estabelecer o seu convencimento apoiando-se, também, nos elementos colhidos durante o inquérito.” (BARROS, 2010, p. 316).

Explicando melhor a situação (GRECO FILHO, *Op. cit.*, 2010), as provas devem passar pelo contraditório. O contraditório, por sua vez, pode ser antecipado, concomitante ou diferido. Portanto, 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.

Desta feita, a lei brasileira institui aqui o sistema de livre convencimento motivado, dando liberdade à apreciação da prova (apesar das regras impostas), e determina que se fundamente a decisão.

A respeito deste sistema, o Ministro Amaral Santos externou sua opinião:

Se, assim, do ponto de vista lógico, é o sistema da persuasão racional o que conduz ao mínimo de possibilidade de erro, em face da necessidade que se impõe ao juiz da motivação da convicção – e já se encara a questão do ponto de vista político – sem dúvida fica assegurada, ainda, a redução daquelas possibilidades pelo fato de se submeter a apreciação judicial à crítica da sociedade, satisfazendo-se o requisito da sociabilidade da convicção, o que corresponde ao máximo de garantia da excelência da verdade declarada na sentença.

Além do que, o sistema da persuasão racional não escraviza o juiz, contrariando a consciência nele formada pelas provas, característica do sistema de prova legal, nem o arvora em poder discricionário, intangível e indomável, apanágio do sistema da livre convicção. (SANTOS, Amaral [19--?] apud ARANHA, 2004, p.78).

No entanto, reminiscências do sistema da prova legal também são encontradas atualmente. Pode-se citar como exemplo a necessidade de haver perícia nos crimes que deixam vestígios, conforme está determinado pelo artigo 158

do Código de Processo Penal. Algumas outras provas devem seguir um rito determinado em lei para terem validade, como no caso do exame de corpo de delito, que está previsto no artigo 159 daquele diploma legal.

1.4 O RESULTADO DA AVALIAÇÃO DA PROVA

Todo fato a ser provado traz em si uma probabilidade de ser ou não verdadeiro, de ter existido. Esta probabilidade varia do zero (impossibilidade absoluta) até 100% (certeza). Sem aprofundar o estudo neste aspecto, mas como ilustração apenas, a impossibilidade pode ser, conforme explica Camargo Aranha (2004), de origem metafísica, física ou ordinária. A metafísica traduz uma contrariedade entre o fato a ser provado e um princípio por ele trazido. Na física há uma oposição entre o fato e uma lei da natureza, e na ordinária, contempla um desajuste entre o fato e o curso dos acontecimentos.

Quando ausentes impossibilidades metafísicas e físicas, restarão ao magistrado ao final da avaliação do material probatório três possibilidades de consciência: a *certeza*, a *dúvida* ou a *ignorância*.

Malatesta, para quem a certeza é subjetiva, leciona:

[...] um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem: por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. E a mesma verdade que parece certa a uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros. (1995, p.21).

O resultado de *certeza* significa que após avaliação e ponderação sobre todas as provas dos autos, é possível concluir que há motivos suficientes a conduzir o raciocínio em uma direção. Não significa dizer ou entender que não existem outras possibilidades presentes, mas que científica e racionalmente estas outras possibilidades podem e devem ser descartadas, pois frente àquelas que ampararam a formação do convencimento do juiz, devem sucumbir por não se mostrarem sólidas o suficiente para que devessem ser consideradas. Conforme esclarece Aranha, a certeza a que tem que chegar o magistrado é a certeza moral, é a crença legítima no seu próprio convencimento, e, ao contrário da certeza absoluta, não exclui qualquer possibilidade de erro, até porque, trata-se de uma atividade humana,

nunca livre de falhas. No mesmo sentido leciona Marco Antônio de Barros (2010), ao externar o seu entendimento de que existe diferença entre verdade e certeza. A verdade equivale à correspondência da ideia com a realidade e certeza é a manifestação subjetiva da verdade, ou seja, a crença de que o afirmado é verdade.

O magistrado não chega a um convencimento sobre determinado fato, ou seja, permanece em *dúvida* após a apreciação e valoração das provas, quando há razões suficientes para abonar e para desabonar o fato probando, simultaneamente. Se a tendência maior é para a crença na sua veracidade, chama-se credibilidade; ao igualarem-se seus pesos, tem-se a probabilidade, e se o desequilíbrio (mas não certeza) pende a desabonar o fato, chama-se de improbabilidade.

Finalmente, a *ignorância* significa o estado ao qual chega o juiz quando a prova se mostra totalmente ineficaz quanto ao que se propunha a fazer, e conforme afirma o autor, não tem interesse no âmbito penal porque dela nada advém, nem no sentido de favorecer uma absolvição nem uma condenação.

Impossível se reproduzir no processo, por maior que seja o esmero, por mais abundantes que sejam as provas e por melhores que sejam o juiz e as partes, a verdade absoluta sobre o crime (MUCCIO, *Op. cit.*, p. 872), pois “[...] afinal, toda e qualquer atividade humana é passível de erro [...]”. Não deve o juiz se amargurar diante da possibilidade de errar ao exercer seu ofício, sendo que o que não pode ocorrer é que aja com dolo ou culpa. Em suma, uma condenação criminal só poderá ocorrer quando o magistrado chegar a uma convicção íntima de certeza moral sobre materialidade, autoria e culpabilidade, isto é, não certeza absoluta e infalível, mas a confiança naquilo de que se convenceu após análise racional e científica dos fatos e provas. Estas, para a condenação, são as que se mostram suficientes para tranquilizar a consciência do juiz. Fora deste estado de espírito somente caberá absolvição. Mesmo em caso de alta probabilidade, não deve ocorrer condenação, pois paira sempre sob o acusado os princípios da presunção de inocência, e o *in dubio pro reo*.

2 ALGUMAS ESPÉCIES DE PROVA

Espécies ou meios de prova são as formas, os veículos de que dispõe as partes para trazer os fatos para dentro dos autos do processo. Como já observado, o juiz, supletivamente, também pode fazer uso destes meios para instruir o processo quando entender que seja necessário.

Há vários meios de prova regulados na legislação brasileira – as provas nominadas. Aury Lopes (*Op. cit.*, 2012) afirma que como regra o rol de provas previsto no Código de Processo Penal é taxativo. Nada impede, porém, que sejam usados outros (provas inominadas), com todo o cuidado para não violar os limites constitucionais e processuais da prova, ou seja, são possíveis desde que não sejam proibidos pelo ordenamento jurídico, ficando a critério do juiz avaliar e decidir sobre o que for proposto no processo.

O *objeto* da prova é sempre o fato que se deseja ver provado. A prova direta, por si só o demonstra enquanto a indireta alcança-o por meio de um raciocínio lógico-dedutivo (CAPEZ, 2010), tendo em vista outros fatos relacionados com aquele. Com relação ao *efeito* que pode ter a prova será plena, quando forma o convencimento necessário e suficiente no julgador para uma condenação ou será indiciária, quando formar apenas um juízo de probabilidade, suficiente, entretanto, para uma sentença de pronúncia, como afirma o autor. Quanto ao *sujeito*, a prova pessoal está no ser humano, como a testemunha e a real, nas coisas ou objetos, como o revólver que contém as impressões digitais do criminoso. No aspecto de sua *forma*, pode ser testemunhal (ex.: oitiva de testemunhas), documental (documentos públicos, etc.) ou material como o corpo de delito, instrumento do crime, etc. (FEITOSA, 2010).

2.1 O INTERROGATÓRIO

O interrogatório do acusado, antes um meio de defesa do que de prova, último ato instrutório do processo penal, é uma das maneiras de se trazerem provas ao juízo. Pode inclusive, devido à sua natureza de instrumento da defesa, não ocorrer, posto ser lícito ao acusado calar-se e não produzir provas contra si mesmo,

amparado pelo direito constitucional ao silêncio². Com a nova visão na qual o acusado é um sujeito de direitos, e no contexto de um processo penal acusatório, trazido pelo sistema constitucional de garantias individuais, o interrogatório vem culminar a possibilidade da mais ampla defesa – a autodefesa – como sendo a possibilidade do réu apresentar a sua versão acerca dos fatos ocorridos.

Para ter validade, o interrogatório do acusado tem que ocorrer na presença de seu defensor, seja ele constituído ou nomeado, com direito a intervenção, sob a pena da nulidade, pois se trata de garantia a uma defesa técnica, com direito a entrevista prévia e reservada com aquele³, que não pode ser cerceada. O procedimento se dará em duas etapas, de acordo com o artigo 187 do Código de Processo Penal, uma sobre a pessoa do acusado e sua vida particular, social, profissional, se já foi processado, etc., e outra sobre os fatos, como se a acusação é verdadeira, se tem álibi, se aponta alguma pessoa como tendo sido o agente (sob o risco de cometer o crime de calúnia), se conhece a vítima, etc. Por fim, pergunta-se se há algo mais a ser por ele alegado. Em seguida, o juiz abre a possibilidade das partes se manifestarem acerca de alguma questão ainda a ser esclarecida, e encerra-se o interrogatório.

Importantíssimo firmar aqui que o interrogado não presta o compromisso de falar a verdade, podendo acatar alguma tese defensiva na qual não seja adequado que relate o que realmente aconteceu. Porém, “[...] o descompromisso com a verdade limita-se aos *fatos imputados* na acusação, enquanto matéria de defesa *direita*, não abrangendo as informações acerca de sua qualificação.” (PACELLI, 2012, p. 376). [grifos no original].

2.2 A CONFISSÃO

Segundo a melhor doutrina, a confissão do acusado é uma das provas que tem maior poder de convencimento sobre o magistrado, não importando, obviamente, em poder absoluto, tampouco afastando a necessidade de apreciação de outras provas a corroborarem-na, consoante o artigo 197 do CPP, pois pode haver várias razões para alguém querer assumir a culpa no lugar de outrem.

² Artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal/88.

³ Artigo 185, *caput* e parágrafo 5º do Código de Processo Penal.

A confissão, ato pessoal, livre e voluntário do acusado na plenitude de seu juízo, é a admissão do cometimento de fato criminoso e poderá se dar durante o procedimento do interrogatório, já analisado, ou em outro momento diverso, mas sempre perante o juízo, quando então será reduzida a termo. A confissão que for produzida na fase do inquérito policial e não for repetida na fase processual somente poderá ser considerada indiciária, com vistas às garantias processuais inerentes à ampla defesa.

Se ainda houver tempo, o acusado poderá se retratar, no caso de arrepende-se de ter confessado, conforme prevê o artigo 200 do CPP. Dentro da possibilidade de livre apreciação das provas, pode o magistrado se valer de partes da confissão apenas, desconsiderando o que entender ser dispensável na formação de seu livre convencimento motivado.

A confissão pode ser *qualificada*, situação em que o acusado confessa ter praticado o ato, mas alega juntamente uma causa de exclusão da sua responsabilidade, que resulta num *pratiquei o fato, mas não cometi um crime*.

2.3 O DEPOIMENTO DO OFENDIDO

O ofendido é a vítima do crime, é aquele que teve seu bem, juridicamente protegido, lesado pela prática de um delito penal. É o sujeito passivo material, como leciona Nucci (2012). Quando dá seu depoimento não presta o compromisso de dizer a verdade – o que é importante se ressaltar – aliás, segundo o *caput* do artigo 201, o ofendido não presta depoimento, mas presta declarações.

A vítima normalmente tem interesse pessoal na condenação do réu, ou, do direito romano, *nullus idoneus testis in re sua intelligitur*⁴. O resultado da análise do valor probatório da declaração do ofendido é delicado e controverso. Uma corrente afirma que não se pode atribuir às declarações da vítima o mesmo valor que se dá ao depoimento de uma testemunha. Outra corrente entende que a prática forense já demonstrou que há vítimas que são muito mais imparciais que algumas testemunhas. Necessário, enfim, que o juiz se acutele ao valorar o depoimento do ofendido, entre outras razões por normalmente vir repleto de emoções que podem alterar seu estado psíquico, por medo, raiva, vingança, sofrimento, percepções

⁴ Não se espera que alguém seja testemunha idônea em causa própria.

alteradas da realidade, etc., que podem leva-lo a incluir circunstâncias que inexisteram na realidade, ou omitir fatos que possam atenuar a reprovabilidade da conduta delitiva do acusado.

Concluindo, Nucci sustenta que: “[...] a palavra isolada da vítima, sem testemunhas a confirmá-la, pode dar margem à condenação do réu, desde que resistente e firme, harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução.” (*Op. cit.*, p. 457), enquanto salienta que, em sentido contrário, entendem ser impossível condenar-se amparado somente na palavra da vítima, Paulo Heber de Moraes e João Batista Lopes.

2.4 A PROVA TESTEMUNHAL

Costuma ser a prova mais utilizada no processo penal e se materializa com o depoimento das testemunhas. Ao prestá-lo, em regra oralmente, para que se obtenha um melhor aproveitamento, exteriorizam o seu conhecimento acerca de determinados fatos, funcionando como um transdutor. Num primeiro momento, em que os fatos estão acontecendo perante a testemunha, ela assimila o que observa e inconscientemente interpreta, registrando em sua memória o resultado final deste exercício. Num segundo momento, ao depor, consulta seus arquivos mentais e os expõe.

O indivíduo, detentor do conhecimento sobre os fatos é um ser humano, titular de potencialidades, mas também, de vulnerabilidades. Cada pessoa é única em sua individualidade. Fruto de sua personalidade, de sua capacidade particular de raciocínio e análise, de sua educação, de suas crenças, do meio em que vive e de todas as experiências por que já passou, entre tantos outros fatores. Exatamente em decorrência deste conjunto de características que fazem cada ser humano diferente dos demais, ímpar, é que muitas vezes a verdade de um homem é diferente da verdade do outro. Quando um indivíduo presencia um fato, no seu processo de internalização do acontecido, é feito um julgamento acerca do que se presenciou, e o registro que fica na memória já está amoldado, balizado por vários parâmetros pessoais, que podem muitas vezes distorcer a realidade, mesmo que, e normalmente é assim, inconscientemente.

Somado ao fator pessoal, o decurso do tempo é outro inimigo da prova testemunhal. Na medida em que o tempo passa é natural que detalhes acabem se

perdendo. Pontos em que antes havia certeza, mesmo que uma certeza *pessoal*, vão se esmaecendo, abrindo brechas para dúvidas, e até mesmo ao esquecimento quanto a algumas passagens.

A exteriorização dos fatos registrados é o momento que materializa o depoimento. Também, muitas vezes, pode ser prejudicada por fatores pessoais do depoente. Por nervosismo, medo, raiva entre outras razões, o testemunho pode não relatar fielmente o que ficou registrado na memória do indivíduo. Assim, além de ser um processo delicado, o da internalização do que foi presenciado, o da exposição também o é. Um depoimento pode até modificar completamente a verdade, sem que a testemunha se dê conta.

O processo penal, ao contrário do processo civil, não proíbe de depor às crianças e aos incapazes, conforme se depreende do artigo 202 do CPP. Isto não significa que estes depoimentos efetivamente possam contribuir para o esclarecimento do acontecido, e caberá ao juiz o discernimento a respeito da pertinência e idoneidade do testemunho.

Uma característica bastante importante do depoimento é que a testemunha que o profere assume o compromisso de dizer a verdade, como impõe o artigo 203 do mesmo diploma legal. Pacelli, entretanto, alerta que “[...] não se trata de *juramento*, assim como não se cuida de *perjúrio* o depoimento ou a perícia prestados falsamente.” (2012, p. 406), restando tão somente um dever moral de não faltar com a verdade. A imposição legal a esta obrigação de dizer a verdade emana, entretanto, do artigo 342 do Código Penal, onde está tipificado o crime de falso testemunho, que abrange inclusive a falsa perícia. Eis, portanto, o risco que assume uma testemunha ao faltar com a verdade em seu depoimento, incorrer neste tipo penal.

A lei impõe à testemunha o dever de depor, mas em razão de laços de parentesco, abre algumas exceções, aceitando que se recusem a prestar depoimento os ascendentes, os descendentes, afins em linha reta, o cônjuge, os irmãos e o filho adotivo do acusado, por não ser possível, por razões de afeto, impor a observância de certas regras morais. Ficam então dispensados do dever de depor ou de prestar o compromisso e também são chamados, na prática, de informantes. O magistrado deverá sempre ficar atento quanto à idoneidade do depoimento prestado pelos informantes, e como fará a valoração do que por eles for trazido ao processo. Ainda em tempo, a lei excetua a própria exceção. Trata-se da parte final

do já referido artigo 206. Quando não houver outra forma de se apurar a verdade, a não ser pelo depoimento destas testemunhas que se encontram em situação diferenciada com relação ao réu. Finalmente, ficam proibidos de depor, em razão de “função, ministério, ofício ou profissão” (artigo 207, Código de Processo Penal), salvo se desobrigadas pela parte interessada no sigilo, e ainda, quiserem prestar depoimento.

Resumindo, as testemunhas são obrigadas a prestar depoimento, e ficam sujeitas a incorrer no tipo penal do artigo 342 do Código Penal. Os parentes referidos no artigo 206 do Código Processual são dispensados de depor, mas querendo depor, ficam dispensados do compromisso, e livres de incidir no crime de falso testemunho, em função do “estado de necessidade” a amparar-lhes as falsas declarações prestadas, elidindo a culpabilidade da conduta. Isto não se aplica, no entanto, quando seu depoimento for, por ocasião de circunstâncias, a única maneira de se apurar a verdade. Ficam também isentos do compromisso, os mencionados no artigo 208 (deficientes mentais e menores de 14 anos). A lei proíbe de depor àqueles que desempenham atividades que requerem a guarda de sigilo, salvo se autorizados pelo interessado no referido sigilo, quando então, querendo, poderão depor.

Diante de tantos fatores que influenciam os depoimentos, desde a capacidade de percepção dos fatos e posterior exteriorização dos mesmos, passando pela falibilidade humana, pelo decurso do tempo, pelas exceções que a lei faz a diversos depoentes quanto a se exigir a verdade e culminando com os próprios interesses pessoais muitas vezes em jogo, a prova testemunhal merece ser olhada com muita cautela pelo magistrado. Deverá este usar de toda a sua experiência ao fazer a valoração de tudo o que é falado. Necessário ter muita sensibilidade e um bom conhecimento da alma humana para apreender a verdade por entre as palavras, algumas vezes externada mais nas expressões corporais que nelas próprias.

3 A PROVA PERICIAL

A perícia é definida por Aranha como sendo um meio instrumental, técnico-opinativo que pode fundamentar a sentença e que somente se justifica em caso de haver necessidade de emissão de uma opinião especializada sobre determinada coisa (*Op. cit.*, 2004), ou, “uma declaração técnica acerca de um elemento de prova” (LEONE, 1981, v. 2, p. 195 *apud* LOPES JR, 2012).

Tourinho Filho (2009) explica que a perícia é o exame realizado por pessoas (peritos) que possuem determinados conhecimentos técnicos, científicos, artísticos ou práticos especiais sobre determinados fatos, circunstâncias ou condições relativas ao fato delitivo, com o intuito de comprovar a sua existência e como ocorreu. A perícia é, portanto, uma prova eminentemente técnica.

Sobre este conhecimento que gira em torno da sua produção, Aury Lopes (*Op. cit.*, 2012) tece uma crítica, evidenciando que se deve afastar o endeusamento da ciência, como fonte de conhecimento absoluto, pois o saber científico é relativo e possui prazo de validade e que desta maneira não existe a *Rainha das Provas*, (referindo-se à pericial). Em oposição, Muccio reconhece a divergência de entendimento, mas afirma que há autores que a reputam como sendo mais do que uma prova, por ter “tudo o que se exige de um meio de prova, mas ainda contém qualquer coisa mais que nesta não existe.”, concluindo que “o perito é mais que um sujeito de prova (testemunha ou outro qualquer) e menos do que o juiz” (2011, p. 975)⁵.

É chamado de corpo de delito o conjunto de vestígios que um crime deixa. Existem crimes que, por sua natureza, não deixam nenhum sinal de que ocorreram – nenhum resultado naturalístico – por exemplo, a calúnia, conforme ensina Bitencourt (2010). Já outro grupo de crimes, os matérias, que pra se consumarem precisam da produção do resultado naturalístico, deixam vestígios, e estes vestígios compõe o corpo de delito. O exame feito pelos peritos sobre estes vestígios é chamado de exame de corpo de delito.

No processo penal existem vários tipos de perícia, como sobre a insanidade mental, a grafológica ou sobre os instrumentos do crime, entre outros, porém, a que

⁵ TORNAGHI, 1967, p.728 *apud* MUCCIO, 2011, p.975.

o legislador atribuiu maior valor é a realizada sobre o corpo de delito, que é o conjunto de vestígios deixados pelo crime praticado.

Desta maneira, foi determinado pelo Código de Processo Penal que em todo crime que deixar vestígios, é indispensável que sejam eles analisados (artigo 158). Este exame pode ser direto, quando os peritos examinam pessoalmente aqueles vestígios, como o cadáver, a ferida, a janela arrombada; ou indireto, quando for impossível que o procedimento se dê de forma direta.

O exame indireto é entendido de duas maneiras: quando os peritos examinam o relato das testemunhas, da vítima ou do autor da infração, por exemplo, e o que dizem sobre os vestígios deixados pelo crime ou sobre o que presenciaram do fato – na visão de alguns autores; ou ainda, por outra corrente, como sendo aquele feito pelos peritos em documentos relativos aos fatos cuja existência se deseja ver provada, como a ficha clínica ou prontuário médico da vítima.

Nestes crimes materiais, a ausência do exame do corpo de delito, direto ou indireto, na impossibilidade do primeiro, acarreta nulidade por não se dar como comprovada a materialidade do crime, nem mesmo havendo a confissão do acusado. Muito enfático é em sua lição Camargo Aranha, quando alerta que o exame de corpo de delito indireto somente pode ser admitido na impossibilidade total de realização da análise diretamente sobre os vestígios, “quando inalcançável por impedimento legal absoluto ou fato absolutamente invencível” (*Op. cit.*, p. 191).

No entender de Greco Filho, para ser válida a substituição pelo exame indireto, a impossibilidade de proceder-se com o direto não pode decorrer da inércia, da desídia, da burocracia ou outra razão atribuível aos órgãos policiais e judiciais. Quanto à nulidade que a lei atribui à ausência da perícia nos vestígios matérias do crime, Muccio (2011) tece uma crítica ao traçar um paralelo com o princípio do livre convencimento e o da busca de verdade real, concluindo que se o juiz pode até mesmo decidir contrariamente ao laudo, fundando-se em outras provas, não faz sentido ser indispensável o exame de corpo de delito, não entendendo, no entanto, que deva ser abolido, por se constituir em uma prova bastante robusta, mas que pode em alguns casos ser substituído por outras provas sem que se configure a nulidade. Neste ponto, percebe-se portanto que a doutrina é divergente.

A perícia realizada sobre os instrumentos do crime (ARANHA, 2004), os objetos utilizados pelo agente na sua conduta delitiva, é uma análise técnica com base na qual se poderá identificar a eficiência, a potencialidade danosa, a

intensidade dolosa e o grau de culpa do agente, além de permitir também que se tenha uma boa ideia de sua periculosidade, elementos formadores da culpa (*lato sensu*), que serão usados em eventual condenação, para fazer a posterior dosimetria da pena.

Dependendo da forma como a prova pericial ocorra, o perito pode desempenhar um papel *percipiendi* ou *deducendi*, de acordo com o tipo de manifestação que dele se espere (MARQUES, 2009). Quando simplesmente declara o que viu, desempenha a primeira função; quando emite um juízo de valor a respeito do que viu, a segunda.

A perícia pode se dar diretamente sobre o corpo de delito, quando então será denominada de perícia intrínseca. No caso dela incidir sobre elemento que servirá de prova do crime, como sobre um documento, por exemplo, será chamada de extrínseca.

No que diz respeito ao posicionamento do juiz ante o resultado – laudo – pericial, existem dois sistemas de valoração desta espécie de prova. No *vinculatório* o juiz está obrigado a se subordinar à opinião presente naquele documento. Este fato, sem dúvida, traz uma grande importância ao perito e este sistema se encaixa bem ao da prova tarifada ou legal, conforme já foi discutido. No outro sistema, o *liberatório*, faculta-se ao julgador uma liberdade maior, pois a opinião do perito não submete a decisão judicial. Este é o sistema adotado no Brasil e será abordado mais adiante.

A perícia ainda pode ser oficial e não oficial (ARANHA, *Op. cit.*, 2004). A oficial é a que primeiro surgiu. É realizada por perito indicado pelo juiz ou autoridade competente, dentre aqueles técnicos em diversas áreas (ex. médica, biológica, química, toxicológica, balística, neurológica, etc.), que compõe um corpo técnico mantido pelo Estado, exercendo a função ou cargo de perito e sua atribuição é justamente servir ao juízo quando requisitados. A perícia não oficial será considerada aquela feita por pessoa indicada pelo juiz, quando não houver a possibilidade de se indicar perito oficial. Neste caso a lei determina que seja realizada por dois peritos não oficiais.

3.1 A PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL

Quanto ao momento de produção, na regra geral, existem três etapas a serem seguidas (GRECO FILHO, 2010). A primeira é a do requerimento ou propositura, quando a parte elenca as provas das quais deseja se valer; em segundo, a do deferimento, quando, a seu critério e entendimento, o juízo define quais serão aceitas e finalmente a produção, que é o momento em que se materializam e passam a integrar os autos do processo, podendo então ser utilizadas no convencimento do juiz.

Quanto ao modo de produção, o exame, nos termos do artigo 159 do Código de Processo Penal, deve ser realizado por perito oficial, portador de diploma de curso superior. Determina a lei que não havendo perito oficial, deverá ser feito por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, com preferência àquelas que tiverem habilitação técnica relativa ao tipo de exame a ser feito. Importante salientar que no mesmo artigo citado, os peritos não oficiais devem se comprometer a bem desempenhar a atividade. Quanto aos peritos oficiais, não podem eles ter prestado depoimento no processo ou emitido anterior opinião sobre o objeto da perícia. Aranha ainda ressalva que é extensivo a eles, no que couber, o que se refere à suspeição dos juízes (*Op. cit.*, 2004). Daí se observa que devem ser imparciais em suas análises.

Durante um tempo, foi controvertida a questão do número de peritos oficiais necessário a realizar a mesma perícia. Uns entendiam que a lei determinava ser nula a perícia feita por apenas um perito, devendo ser corroborada por um segundo experto, e ainda, no caso de divergência nos laudos e opiniões, seria chamado um terceiro; outros, que este número só se aplicava às perícias realizadas por peritos não oficiais, bastando um perito oficial para realizar os exames. O STF chegou a editar a súmula 361⁶ para pacificar o entendimento no sentido de que são necessários dois peritos para periciar. Com as alterações que a Lei 11.690/2008 instituiu no Código de Processo Penal, a doutrina tem entendido que se revogou a referida súmula 361, pois que fica claro que basta um perito oficial, ou dois, quando não oficiais. Muccio ainda alerta que quando se trata de exame complexo, abrangendo mais de uma área de conhecimento especializado, pode ser designado mais de um perito oficial (2011).

⁶ Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 361. “No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão”.

A realização da perícia pode decorrer da solicitação da defesa, do Ministério Público, ou de ofício, pelo juiz, quando entender necessário. Pode ainda, ser determinada por lei, nas situações em que a prova pericial é indispensável, nos crimes que deixam vestígios. Muitas das vezes, a necessidade pode surgir ainda na fase do inquérito policial, sob o risco de perecimento do objeto e a sua consequente ineficácia, quando então será determinada pela autoridade competente.

Existe discussão na doutrina quanto à iniciativa probatória do juiz no trâmite da investigação prévia ao processo, disposta no artigo 156, inciso I do Código Processual⁷, no que se refere a sua atuação de ofício para a determinação de produção de provas. Alguns autores entendem que só se poderia agir assim quando em benefício do acusado e de seus direitos fundamentais, pois noutro caso ocorre violação do sistema processual acusatório (BONFIM, 2012). O autor, entretanto, se mostra menos radical, manifestando-se no sentido de que balizado pelo princípio da proporcionalidade é lícito que o magistrado produza as provas pertinentes.

Tendo sido requerida a produção de prova pericial pelas partes, em momento oportuno e tempestivo, e não sendo caso de perícia determinada por lei, a autoridade decidirá sobre o seu deferimento. Se perceber ser ela desnecessária ao esclarecimento da verdade, poderá indeferir, conforme está determinado no artigo 184 do Código Processual Penal. Camargo Aranha apregoa que o indeferimento da produção de uma prova, quando admissível e tempestivamente requerida configura nulidade, por se constituir em uma violação do direito de defesa (*Op. cit.*, 2004). A combater a decisão que indefere a perícia existem o mandado de segurança ou a correição parcial, segundo Muccio. Em sentido contrário, recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça⁸, julgando perfeitamente válido o indeferimento de produção de prova, quando já convencido, por outros fundamentos, o magistrado:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, COM VIOLÊNCIA PRESUMIA. SUPOSTA OFENSA AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 381, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, PELA NÃO APRECIÇÃO DE TODAS AS PROVAS TRAZIDAS PELA DEFESA. MERA TESE DE INOCÊNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA N.º 83 DO STJ. OFENSA AO ART. 571, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA.

⁷ Código de Processo Penal. Art. 156. Inciso 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”

⁸ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1357289 / PR.

PRECLUSÃO QUE NÃO FOI RECONHECIDA. TESES ANALISADAS EM DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS. EXAME DE CORPO DE DELITO. DESCONSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 07 DO STJ. LAUDO DE AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA DA VÍTIMA NA FASE INVESTIGATÓRIA. IRRELEVÂNCIA PARA O RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE PENAL DO RECORRENTE. LEGALIDADE. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA E DE PERÍCIA NO ÓRGÃO GENITAL DO RÉU. DESNECESSIDADE DEMONSTRADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. RETIRADA DO ACUSADO DA SALA DE AUDIÊNCIA A PEDIDO DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO. FALTA DE PROVA DO PREJUÍZO. PAS DE NULITÉ SANS GRIEF. PLEITO DE ACAREAÇÃO INDEFERIDO. AVALIAÇÃO DA CONVENIÊNCIA E NECESSIDADE DAS DILIGÊNCIAS. EXAME INVIÁVEL NA VIA. DEGRAVAÇÃO DO ÁUDIO DAS MÍDIAS DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. DESNECESSIDADE. CARÁTER PROTETÓRIO. NEGATIVA DOS PEDIDOS EM DECISÕES FUNDAMENTADAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

[...]

8. Entendendo o julgador que **há elementos suficientes para o julgamento** da causa, em razão das provas já produzidas no processo, **não há que se falar em cerceamento de defesa, pelo indeferimento da produção de prova pericial claramente desnecessária para apurar a consumação do crime.** (2014, p. única) [grifos nossos].

O mencionado autor lembra também ser possível a realização de perícia particular ou extrajudicial, feita por pessoa com a habilidade técnica necessária, a qual se atribui um *status* de *parecer técnico*, dando-lhe o valor que entender adequado ao sopesá-la (MUCCIO, 2011). Após a edição da Lei 11.690/2008, passou-se a permitir às partes a indicação de assistente técnico, a fim de se poder questionar as conclusões do perito com maior propriedade.

Ao ser determinada uma perícia, devem ser formulados os quesitos. São as perguntas que se deseja verem respondidas após a realização do exame, a fim de trazer os esclarecimentos necessários (ou possíveis), para dentro do processo, e assim, poderem servir de material probatório a formar o convencimento do magistrado.

Quesitos são as perguntas que o perito deverá responder após proceder com o exame. Servem como um norte a indicar-lhe o que se quer como resultado. Alguns tipos de perícia têm quesitos que a prática já tornou padrão, mas nada impede que se formulem outros, tanto pelo juiz quanto pelas partes. Na realidade, é um ponto facultativo, que quando ausentes, fica a critério do examinador o que será apresentado como conclusão (MUCCIO, 2011).

O resultado da perícia realizada deve ser apresentado num prazo de 10 dias, podendo ser prorrogado em casos excepcionais, na forma de um laudo pericial.

Neste documento deve haver a descrição do que foi examinado, como explica Tourinho (2009), e a resposta aos quesitos formulados, tanto pelas partes, quanto pela autoridade, dividido da seguinte forma: a) *preâmbulo*, contendo as informações sobre o(s) perito(s) que realizou(zaram) o exame, a autoridade que requisitou a perícia, o examinado, quando for o caso, o tipo de exame realizado, hora e local do exame e seu objetivo; b) *quesitos*, as perguntas que se deseja verem respondidas após a realização do exame pericial; c) *histórico*, um relato dos fatos que levaram a necessidade do exame pericial; d) *descrição*, a parte mais importante do relatório, conforme afirma o autor, cujo objetivo é descrever detalhada, organizada e fielmente todos os exames procedidos, bem como a técnica empregada, e tudo o que foi observado pelo perito; e) *discussão*, é a análise dos resultados obtidos com o exame, de forma a tudo ser bem compreendido por quem esteja lendo o laudo, independentemente de ser ou não pessoa com um conhecimento técnico acerca do assunto tratado; f) *conclusão*, é a dedução natural do que tratou o exame, escrita de forma clara. Apesar desta lição sobre o laudo, encontram-se divergências doutrinárias, haja vista o que ensina Mougenot, em seu Curso (BOMFIM, 2012).

Divergências à parte, importa salientar que este laudo deve ser redigido com linguagem simples e clara, de forma a ser bem compreendido por leigos no tocante ao assunto de que trata, entre eles até mesmo o juiz.

3.1.1 O perito

É considerado pela maioria dos doutrinadores como auxiliar da justiça. Entretanto, outras correntes ainda o consideram como testemunha *post factum*, ou ainda, como sendo um meio de prova, conforme pensa Bomfim Mougenot (2012).

No mesmo sentido da corrente majoritária, desempenhando um papel de auxiliar da justiça, pessoa física que não exerce função judicante, mas que presta seu serviço ao Estado, em caráter permanente, este profissional pode atuar como perito oficial ou eventual, por livre indicação do juízo. Tem com seu ofício um compromisso, no sentido de que responde pela correção do laudo que produz. Esse pacto de bem servir e fielmente desempenhar sua função é prestado pelos peritos oficiais por ocasião em que assumem o cargo, não precisando se repetir a cada convocação.

Por outro lado, os peritos não oficiais, sempre que vierem a atuar, deverão formalmente prestar seu compromisso, conforme determina o parágrafo segundo do artigo 159 do Código de Processo Penal. Não podem guardar nenhum tipo de relação com as partes envolvidas no processo ou procedimento ao qual são convocados a atuar, não devendo haver nenhum impedimento ou incompatibilidade, sendo que as causas de suspeição aplicadas aos magistrados a eles também se aplicam, previsão legal do artigo 280 do referido diploma.

Além desta garantia que tange as partes, ainda cabe observar que o magistrado precisa ter confiança na atuação do perito, pois sua opinião poderá embasar suas decisões. Desta maneira, a indignidade decorrente da quebra de confiança impede o exercício da função. Ainda, o fato de alguém haver prestado depoimento no processo ou emitido opinião sobre o objeto da perícia o torna incompatível para realizar perícias no feito.

Finalmente, a lei veda o exercício da função de perito aos menores de 21 anos e aos analfabetos. Estas duas hipóteses recebem críticas da doutrina, pois uma vez que os maiores de dezoito anos são penalmente responsáveis, também poderiam atuar como peritos; já no que trata dos analfabetos, existem hipóteses em que isto pouco importa, como ensina o autor “[...] mormente na zona rural, quando os iletrados têm profundo conhecimento de fatos relacionados com a região (lavoura, pecuária, tempo, etc.), adquiridos não somente pela experiência, como também pela transmissão oral.” (ARANHA, *Op. cit.*, p. 189), e aduz Greco Filho, que assim também ocorre em avaliação de joias, obras de arte e direitos imateriais (*Op. cit.*, 2010); além do que, Feitosa (2010) menciona decisão da 2ª Turma do STF onde se mitigou a exigência de o perito não oficial ser portador de diploma de curso superior.

[...] 5. Ainda que o laudo pericial não tenha informado se os peritos nomeados para o exame tinham ou não diploma de curso superior, é inegável que, enquanto policiais, possuíam a necessária habilitação técnica para aferir a eficácia de uma arma de fogo [...]. (Dje 218, 2009).

Os peritos oficiais, para efeitos penais considerados como funcionários públicos, têm estatuto funcional e estão sujeitos a alguns deveres funcionais, como por exemplo: não podem recusar a nomeação, salvo motivo especial e justificável; não podem deixar de atender ao chamado da autoridade; não podem deixar de

comparecer, na data e local, determinados para realizar o exame; não podem concorrer para que a perícia não seja realizada no prazo determinado, entre outras, sujeitando-os a pena de multa e condução coercitiva. A falsa perícia é considerada crime contra a administração da justiça, sujeitando o autor a pena de reclusão de um a três anos e multa.

É necessário que o perito seja detentor de um conhecimento bastante especializado na área em que desempenha a sua atividade, que é justamente o que justifica a existência de sua função, para que, ao ser chamado, possa auxiliar a autoridade, comprovando a veracidade de um fato ou a natureza de alguma coisa. Esta função desempenhada pelos peritos é eminentemente técnica. Baseado em seus conhecimentos especializados trazidos ao processo, fatos litigiosos poderão ser valorados e estimados. Estes conhecimentos podem ser de ordem técnica, científica ou artística, e a sua especialização refere-se a que às conclusões deles decorrentes, não são capazes de chegar os juízes e advogados por si só, fato este que justifica e legitima a necessidade de uma perícia.

3.2 PREDOMINANTE CARÁTER DESPERSONALIZADO DA PROVA

Existem espécies de prova classificadas como *subjetivas* e outras como *materiais*, conforme a lição de Homero Anefalos (1979). As provas *subjetivas* são aquelas relacionadas às informações prestadas por pessoas a respeito dos fatos delituosos, como acontece nos depoimentos de testemunhas, no interrogatório do acusado, no depoimento do ofendido, nas informações prestadas pelo informante e até mesmo na confissão do acusado. Como já visto, todas as provas subjetivas ficam condicionadas a diversos fatores como: cultura, idade, emoção, estado de saúde, sentimentos em relação ao réu ou à vítima ou até pelo interesse particular em obter alguma vantagem ilícita. Todos estes aspectos apenas fazem prejudicar a elucidação da verdade. Conclui o autor que em decorrência dessas situações anormais e ilícitas, a prova testemunhal poderá ser considerada a prostituta das provas.

Quanto às provas *materiais*, objetivas ou *técnicas*, conceitua o autor, como sendo “[...] as que têm por base os vestígios e outros elementos concretos, que poderão ser encontrados nos locais de delitos [...]” (*Ibid.*, p. 9), que quando submetidos à análise de peritos, mediante processos científicos ou técnicos,

transformam-se em fundamento de convicção do magistrado. A criminalística é a ciência que, composta de partes de outras ciências, estuda a materialidade do delito, como descobrir, colher, examinar e interpretar as provas objetivas.

Conforme já se mencionou, os peritos, profissionais que transformam os vestígios do delito em provas, não podem ser suspeitos ou terem qualquer vinculação com o processo em que estão trabalhando. Da mesma maneira, quando executam seu mister, não estão sob a influência de emoções, por não guardarem nenhum tipo de vínculo emocional, afetivo e de parentesco com as pessoas envolvidas no processo a que são chamados a atuar. Desta forma, evita-se que haja qualquer tipo de influência de ordem pessoal ou humana nos exames realizados e nos resultados produzidos.

A perícia, pela sua própria natureza, deve ser realizada de forma a observar rigorosos critérios e métodos bem definidos, de maneira que independentemente do perito que a realize, desde que guarde a capacidade necessária para fazer os exames, conduza sempre ao mesmo resultado. Por isto é uma prova objetiva.

3.3 A VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL

Como já se mencionou anteriormente, o juiz não fica vinculado pela prova pericial. O Brasil adota o princípio do sistema liberatório (que é logicamente o mais adequado ao sistema de livre convencimento motivado que se utiliza), e o magistrado tem total liberdade de formar sua convicção decidindo se deve ou não considerar para tanto a prova pericial e a opinião do perito manifestada no laudo, integralmente ou em parte⁹.

Tourinho Filho (2009) ensina que a liberdade de opinião facultada ao juiz pode ser encarada quanto à *conveniência* e quanto à *avaliação*. Quanto à *conveniência*, entende-se que significa quanto à própria realização da perícia. O magistrado é quem decide¹⁰ se é caso de determinar que com ela se proceda ou não, salvo nas hipóteses em que a própria lei se encarrega de impô-la, como o faz no artigo 158 do Código Processual Penal. No tocante à *avaliação*, o entendimento

⁹ Código de Processo Penal. Art. 182. "O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte".

¹⁰ Código de Processo Penal. Art. 184. "Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade".

do autor é consoante ao acima disposto, chegando a considerar dispensável a regra constante do artigo 182.

Por outro lado, Camargo Aranha traz à luz outro entendimento. Conceitua o autor, a perícia, como “um dos alicerces usados pelo juiz para a sentença” (2004, p. 184). Nesse sentido, diz ele, apesar de o julgador não estar vinculado ao resultado da perícia apresentado pelo “expert”, somente será possível que rejeite suas conclusões em dois casos bastante específicos, que são o erro ou o dolo do perito. Nestas situações, o que se deve fazer é designar a realização de nova perícia, por outro experto, a fim de poder comparar, com segurança, os resultados. O autor justifica seu posicionamento alegando que justamente pelo fato de a perícia ter como pressuposto a necessidade de uma pessoa com conhecimentos específicos bastante aprofundados em determinado assunto, os quais o magistrado não detém, configura uma incoerência que rejeite as conclusões e opiniões dos peritos fora das hipóteses de erro ou dolo. Não teria o juiz os conhecimentos específicos necessários para contrapor à opinião tecnicamente embasada do experto. Caso contrário, podendo o juiz chegar a suas conclusões por si só, fica evidente a desnecessidade de realização de uma perícia, cuja conclusão serve exatamente para fundamentar a decisão do julgador. Em oposição se manifesta Aury Lopes Jr. (*Op. cit.*, 2012) quando afirma que o juízo feito pelo perito sobre o que examinou não vincula o juiz, que deverá analisar este resultado dentro do contexto composto pelos diferentes elementos de convicção.

O entendimento do STJ acerca deste assunto¹¹ tem sido no sentido de que é permitido ao juiz sentenciar contrariamente ao disposto no laudo pericial. Nestes casos, deverá o magistrado fundamentar a sua decisão em outras provas do processo, não se mostrando ser, absolutamente, a prova pericial mais importante que as demais.

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. (...) EXAME CRIMINOLÓGICO OU ATESTADO DE BOM COMPORTAMENTO: NÃO VINCULAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

[...]

2. **A conclusão do laudo criminológico não vincula o Julgador**, que deverá formar sua convicção **com base em todos os elementos dos autos** da execução.

[...] (2013, p. única) [Grifos nossos].

¹¹ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 205.504/SP.

Estas decisões proferidas pelo STJ¹² levam a se concluir que a ideia é de que o magistrado deve com bom senso buscar harmonizar o conjunto probatório e então tomar a sua decisão, e racionalmente dispensando as provas que eventualmente levem a um caminho destoante daquele conjunto, independentemente do tipo da prova a ser desconsiderada.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. (...) RESULTADO DA CONVICÇÃO ÍNTIMA DO JULGADOR. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ART. 182 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. (...) AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO DIRETO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. DESAPARECIMENTO DOS VESTÍGIOS. COMPROVAÇÃO POR PROVAS TESTEMUNHAIS E DOCUMENTAIS. POSSIBILIDADE. CONCLUSÃO EM SENTIDO CONTRÁRIO. REVOLVIMENTO DAS PROVAS DOS AUTOS. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. [...]

2. O argumento do agravante no sentido de que as instâncias ordinárias fundamentaram sua condenação, exclusivamente, em prova documental - laudo particular elaborado por expert -, não prospera, pois, da leitura das decisões impugnadas, constata-se que o enquadramento típico-normativo da conduta do agente nos arts. 168 e 171, ambos do Código Penal, foi decorrência da valoração, pelo Juiz singular e pelo Tribunal de origem, das provas documentais e testemunhais produzidas no processo criminal.

3. Diante do princípio do livre convencimento motivado, o Juiz criminal não está vinculado, de forma absoluta, à conclusão do laudo pericial, podendo rejeitá-lo ou aceitá-lo, no todo ou em parte.

4. Na espécie, o Juiz sentenciante **optou por desconsiderar as conclusões do laudo pericial, haja vista a existência de outras provas com conclusões antagônicas**, bem como pelo comprometimento de diversas autoridades públicas com o réu.

[...]

6. Nos termos dos arts. 158 e 167, ambos do Código de Processo Penal, a perícia pode ser suprida pela prova testemunhal quando houver desaparecidos os vestígios.

7. No caso, a realização de prova pericial tornou-se impossível diante do desaparecimento dos autos da ação cautelar n.º 2000.01.1.077938-2, na qual se encontrava o instrumento procuratório (objeto de falsificação), situação que permite a aferição da materialidade do crime de estelionato pelas demais provas produzidas no processo criminal.

[...]. (2013, p. única) [grifos nossos].

Vale salientar, como frisa Mougenot, que no tocante ao laudo pericial do exame de insanidade mental, parte da doutrina pensa que ao ser assim constatado, o juiz fica vinculado e deve suspender o processo, nos termos do artigo 152 do Código Processual Penal, em caso de se verificar que ao tempo da infração o acusado era saudável, sem prejuízo das demais providências que a lei determina (BOMFIM, 2012).

¹² Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 263303/DF.

3.4 ALGUNS JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A seguir, elencam-se alguns julgados do STJ a corroborar a liberdade que tem os magistrados para fundarem suas decisões de forma desvinculada da prova pericial.

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME PRATICADO CONTRA MENOR DE 14 ANOS.

[...]

III - LAUDO PERICIAL. REJEIÇÃO PELO JUIZ. POSSIBILIDADE. LIVRE CONVENCIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO EM TORNO DOS FATOS COMPROVADOS.

O laudo pericial acerca da semi-imputabilidade, **como qualquer outro estudo técnico, sede espaço ao princípio do livre convencimento do julgador**, já que o afasta com fundamento na prova dos autos e na incompatibilidade com a verdade do processo.¹³ [Grifo meu]

[...]. (2009, p. única).

CRIMINAL. RESP. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-DEMONSTRADA. REVISÃO CRIMINAL. SENTENÇA PROFERIDA EM CONTRARIEDADE ÀS EVIDÊNCIAS DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. REJEIÇÃO DOS LAUDOS PERICIAIS. POSSIBILIDADE. ART. 182 DO CPP. IMPUTABILIDADE DO RÉU. ANÁLISE FÁTICO PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

[...]

III - O art. 182 do Código de Processo Penal, de acordo com o Princípio do Livre Convencimento, dispõe que o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.¹⁴ (2004, p. única)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. **RECUSA DO LAUDO QUE RECONHECEU A SEMI-IMPUTABILIDADE. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E ART. 182 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.** REGIME PRISIONAL INTEGRAL FECHADO E POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ÔBICE À PROGRESSÃO DE REGIME AFASTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Diante do princípio do livre convencimento motivado, o juiz criminal não está vinculado, de forma absoluta, à conclusão do laudo técnico, podendo excluí-lo quando aponta outras provas com conclusões antagônicas.¹⁵ [Grifo meu]

[...]. (2008, p. única) [Grifos nossos].

HABEAS CORPUS. PENAL. INIMPUTÁVEL. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. PRORROGAÇÃO. CESSAÇÃO DA PERICULOSIDADE. PARECER FAVORÁVEL. PEDIDO DE

¹³ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 66.579/SP.

¹⁴ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 658.906/RS.

¹⁵ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 63.860/SP.

DESINTERNAÇÃO CONDICIONAL. INDEFERIMENTO. DECISÃO FUNDAMENTADA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. PRECEDENTES.

1. A teor do art. 97, § 1.º, do Código Penal, a medida de segurança, na modalidade de internação ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado até que cesse a periculosidade do agente.

2. Na hipótese, as decisões impugnadas ressaltaram que a cessação da periculosidade do ora Paciente – portador de esquizofrenia paranóide – está condicionada à manutenção da terapêutica adequada, isto é, com acompanhamento médico contínuo, administração de medicamentos e prática de atividades dirigidas, tendo os peritos sugerido, ainda, a continuidade do tratamento em hospital psiquiátrico comum. O laudo ressaltou, também, que o Paciente não conta com respaldo familiar, é "pessoa sugestível, com nível intelectual limítrofe e seu senso ético está fragilizado".

3. Não se constata, portanto, o apontado constrangimento ilegal, na medida em que o Juízo das Execuções, ao examinar de forma detida e minuciosa o laudo pericial, juntamente com as demais provas colhidas nos autos, entendeu, de forma fundamentada, pela necessidade de prorrogação da internação do Paciente, por não restar evidenciada a cessação de sua periculosidade.

4. Consoante o disposto no art. 182 do Código de Processo Penal, o laudo pericial não vincula o magistrado, **que poderá aceitá-lo** ou rejeitá-lo, no todo ou em parte, desde que o faça em decisão validamente motivada, o que restou observado no caso em apreço.

5. Ordem denegada.¹⁶ (2010, p. única) [Grifo meu].

¹⁶ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 121.062/SP.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez que o Código de Processo Penal brasileiro adota expressamente, no artigo 155, o sistema de livre convencimento motivado do juiz, é de se esperar que para formar seu convencimento e fundamentar a sua decisão, não importe qual ou quais as espécies de prova o magistrado utilizou, desde que não vedadas pelo ordenamento jurídico. Assim, estima-se que não existe um tipo de prova mais importante que outro.

Como se observou, as provas subjetivas, que advém de uma conduta humana como o depoimento da vítima, os depoimentos das testemunhas, as informações prestadas por aqueles que não firmaram o compromisso legal e até mesmo o interrogatório do acusado, podem sofrer grandes influências de fatores pessoais de cuja pessoa ela emana. Assim, podem muito facilmente distorcer a realidade, tanto conscientemente, para prejudicar ou favorecer alguém, como inconscientemente, pela própria falibilidade humana, por fatores emocionais, sociais, antropológicos e psicológicos, e até mesmo pelo fator do decurso do tempo, que vai aos poucos apagando detalhes às vezes importantes, da memória de quem fala.

Por outro lado, a prova pericial é uma prova técnica, uma prova científica, objetiva. É baseada nos vestígios materiais deixados pelo crime, os instrumentos nele utilizados e outros fatores que também independem da interferência do ser humano para ser produzida. Por ser este exame realizado mediante procedimento determinado, por pessoa altamente especializada, imparcial e que não tem nenhum interesse pessoal no caso e nem relação alguma com as partes, é uma tendência natural do ser humano que se atribua à perícia uma credibilidade mais elevada, uma consideração maior que às provas subjetivas.

Devido a estas razões, pode-se imaginar que no processo penal, ao realizar o julgamento, o magistrado talvez até inconscientemente, ao ponderar sobre as prova que lhe são trazidas, ou que produziu de ofício em busca da verdade real, incline-se a valorar parcialmente as provas de acordo com suas espécies, colocando as provas periciais em um patamar superior às demais. Contribui para este raciocínio o fato de que a matéria sobre a qual versa a perícia, normalmente é estranha ou pouco familiar ao julgador, visto que determinou que um “expert” sobre o tema se manifestasse.

Porém, na prática, o que se pode observar nas decisões dos tribunais pátrios pesquisadas, é que o que realmente se encontra é o livre convencimento motivado presente no artigo 155 do Código de Processo Penal. Também a passagem da Exposição de Motivos desse diploma legal, donde se observa que “todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outras” (LOPES JR, *Op. cit.*, p. 612) [grifos no original]. Muitas vezes os julgadores decidem contrariamente ao que diz o laudo pericial, amparando-se em outras provas, inclusive as subjetivas, e harmonizando o conjunto probatório, fundamentam e decidem num sentido diverso do que foi por aquele, proposto.

O que se apreende é que para convencer o magistrado, todas as provas podem ter igual valor, ou, em cada caso concreto a ele apresentado, determinadas provas merecem mais consideração que outras, e que para fazer esta análise é preciso mais do que ter muito bom senso e uma visão aberta, liberta do positivismo, da letra rígida da lei, mas também que o juiz deve ser mais do que um aplicador de normas, sendo importante saber utilizar as ciências auxiliares que informam o Direito Penal, deve conhecer antropologia, sociologia, psicologia criminal e psiquiatria, por exemplo. Deve, enfim, ser um estudioso da criminologia, posto que uma boa vivência, conhecimento e experiência só o ajudam a bem se desincumbir deste mister.

REFERÊNCIAS

ANEFALOS, Homero. *A perícia e o Direito*. Piracicaba, SP: Editora Franciscana, 1979.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: saraiva, 2010.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2014.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2014.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 6 mar. 2014.

_____. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 98.306 / RS. Relator: MINISTRA ELLEN GRACIE. Brasília, DF, 29 de setembro de 2009. Dje. Brasília, 20 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

_____. Superior Tribunal Federal. Súmula nº 361. Brasília, DF, 13 de dezembro de 1963. Imprensa Nacional. Brasília, 1964. p. 156. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=361.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 263.303 - DF (2012/0253717-8). AGRAVANTE: URACY GASPAR BOSQUE. AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Brasília, DF, 18 de junho de 2013. Dje. Brasília, 25 jun. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1243415&sReg=201202537178&sData=20130625&formato=PDF>. Acesso em: 23 abr. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 63.860 / SP (2006/0167404-9). IMPETRANTE: RODRIGO NERONE. IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relator: MINISTRA LAURITA VAZ.

Brasília, DF, 10 de junho de 2008. Dje. Brasília, 30 ago. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=792764&sReg=200601674049&sData=20080630&formato=PDF>. Acesso em: 01 jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 66.579 - SP (2006/0203704-1). IMPETRANTE: MÔNICA MAYUMI EGUCHI OLIVEIRA SOUZA - PROCURADORIA DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relator: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Brasília, DF, 19 de maio de 2009. Dje. Brasília, 08 jun. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=884006&sReg=200602037041&sData=20090608&formato=PDF>. Acesso em: 01 jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 121.062 - SP (2008/0254437-1). IMPETRANTE: ANA CAROLINA FRANZIN BIZZARRO - DEFENSORA PÚBLICA. IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relator: MINISTRA LAURITA VAZ. Brasília, DF, 07 de dezembro de 2010. Dje. Brasília, 17 dez. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1028507&sReg=200802544371&sData=20101217&formato=PDF>. Acesso em: 01 jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 205.504 / SP (2011/0099196-9). IMPETRANTE: FERNANDA SEARA CONTENTE - DEFENSORA PÚBLICA. IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relator: MINISTRA LAURITA VAZ. Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2013. Dje. Brasília, 28 fev. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1209574&sReg=201100991969&sData=20130228&formato=PDF>. Acesso em: 23 abr. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 242.412. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Relator: MINISTRO JORGE MUSSI. Brasília, DF, 11 de fevereiro de 2014. Dje: Documento: 1296560. Brasília, 19 fev. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1296560&sReg=201200984732&sData=20140219&formato=PDF>. Acesso em: 11 abr. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 658.906 - RS (2004/0062324-3). RECORRENTE: DAVI PAULO DE MATTOS (PRESO). RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Relator: MINISTRO GILSON DIPP. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2004. Dj. Brasília, 28 fev. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=521260&sReg=200400623243&sData=20050228&formato=PDF>. Acesso em: 01 jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.357.289 / PR (2011/0311312-8). RECORRENTE: J S. RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Relator: MINISTRA LAURITA VAZ. Brasília, DF, 11 de fevereiro de 2014. Dje: Documento: 1295161. Brasília, 28 fev. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1295161&sReg=201103113128&sData=20140228&formato=PDF>. Acesso em: 15 abr. 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FEITOSA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Marcellus Palastri. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Frederico José. *Elementos de direito processual penal*, volume 2. 3. ed. Campinas, SP: Millennium, 2009.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. volume 1. Tradução da 3. ed. [S.l.]: Conan Editora LTDA., 1995.

MUCCIO, Hidejalma. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Método, 2011.

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

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, volume 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Processo Penal*, volume 3. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.