

## **Princípio da livre apreciação da prova e prova pericial, uma questão de ângulo (Brasil e Portugal)**

*Fernando Pinto Colmenero*

**Como citar este artigo:** COLMENERO, Fernando Pinto. Princípio da livre apreciação da prova e prova pericial, uma questão de ângulo (Brasil e Portugal). *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 2, p. 39-74, 2007.



# PRINCÍPIO DA LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA E PROVA PERICIAL, UMA QUESTÃO DE ÂNGULO(BRASIL E PORTUGAL).

Fernando Pinto Colmenero

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Pós-graduado  
em Ciências Jurídico-Criminais e Direitos Fundamentais  
pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

## SUMÁRIO:

Apresentação.....	.....
1. Estado de direito .....	.....
2. Processo penal e suas bases .....	.....
3. Da prova.....	.....
3.1. Sentido e conceito.....	.....
3.2. Meios de prova.....	.....
3.3. O objeto(tema) de prova .....	.....
3.4. Princípios de direito probatório .....	.....
3.5. Apreciação da prova: legal ou livre .....	.....
4. Prova pericial .....	.....
4.1. Natureza jurídica do exame pericial .....	.....
4.2. Prova pericial e processo penal português .....	.....
4.3. Prova pericial e processo penal brasileiro.....	.....
5. Conclusão.....	.....
Bibliografia .....	.....

“Para declarar la existencia o inexistencia de responsabilidad criminal, el órgano jurisdiccional debe hacer una declaración sobre actos realizados por el imputado anteriores al proceso, sobre las circunstancias de que estos actos aparecieron rodeados, y sobre la certeza de estos mismos actos. Para imponer la sanción o sanciones penal y civil, en su caso, debe declarar la certeza de ciertas circunstancias en que puede fundarse las llamadas excusas absolutorias y de unos daños y perjuicios causados por aquellos actos en el patrimonio del perjudicado.

Estas declaraciones, positivas o negativas, se refieren a actos y sucesos acaecidos con anterioridad a la iniciación del proceso, y el proceso mismo sirve para que el titular del órgano jurisdiccional pueda lograr una representación intelectual de la realidad anterior. El proceso tiende a conseguir que esta representación mental de la realidad coincida lo más fielmente posible con la realidad misma, ya que de ello depende el que la sentencia sea **justa o injusta.**”<sup>1</sup>(g.n.)

### 1. Estado de direito

Para que o cidadão possa estar tranqüilo dentro de sua existência e em relação aos demais membros de uma coletividade é fator primordial a existência de um Estado de Direito. Tal Estado, como sendo a obrigação de todos, inclusive do próprio Estado, em obedecer às regras previamente determinadas para que exista uma conduta social, também abrange o processo penal, o qual não é só um instrumento de proteção da sociedade, mas é, igualmente, um instrumento de tutela “*da liberdade substancial e*

<sup>1</sup> ROMERO COLOMA, Aurelia Maria, *Estudios de La Prueba Procesal*, p. 35, Ed. Colex, 1986, España

*processual do argüido e da sua dignidade como pessoa; liberdade e dignidade que se tornam assim os valores-a nosso ver universais - indispensáveis à compreensão de um processo penal moderno*"<sup>2</sup>. Aliás, a presença do Processo Penal no Estado de Direito é confirmada com a presença de várias disposições processuais na Constituição de um Estado, o que indica, por um lado, "o cuidado vigilante que o Constituinte dedica a um sector tão delicado das relações entre o Estado e o Cidadão", e por outro, "a natureza constitucional - e portanto política - de tais regras fundamentais do processo"<sup>3</sup>.

## 2. Processo penal e suas bases

Enquanto a ação é o meio pelo qual se presta a jurisdição, o processo é o caminho pelo qual a ação se desloca para chegar ao seu destino, que é a prestação jurisdicional, com a finalidade, sempre presente, de construir ou recompor a paz social. O direito processual penal "é o conjunto de normas jurídicas que disciplinam a aplicação do direito penal aos casos concretos pelos Tribunais"<sup>4</sup>. A definição clássica ou tradicional de processo penal apenas nos dá uma visão imediata do direito adjetivo penal, sendo ele "um complexo de actos de várias pessoas (juiz, ministério público, argüido) a fim de se constatar a existência das condições de facto de que deriva o jus puniendi a favor do Estado e o dever de se submeter à pena por parte do réu"<sup>5</sup>. Neste caminho, em busca da prestação da jurisdição em benefício da coletividade e salvaguardando, também, os direitos fundamentais do cidadão ora Argüido/Réu, existem "dois princípios que, dizendo sobretudo respeito à maneira de adquirir para o processo o material probatório, não deixam de condicionar toda a persecução processual: A) de um lado o princípio dispositivo, de contradição ou discussão (expressões que não se

2 BETTIOL, Giuseppe, *Instituições de Direito e Processo Penal*, p. 194, Coimbra Editora, 1974.

3 BETTIOL, Giuseppe, *Instituições de Direito e Processo Penal*, p. 196, Coimbra Editora, 1974

4 FERREIRA, Manuel de Cavaleiro, *Manual de Processo Penal*, vol. I, 1986, Ed. Danúbio, p.9, Portugal

5 BETTIOL, Giuseppe, *Instituições de Direito e Processo Penal*, p. 229, Coimbra Editora, 1974

confundem com o princípio do contraditório. Elas pretendem traduzir antes o chamado VERHANDLUNGSGRUNDSATZ da doutrina germânica) ou da verdade formal; B) do outro o princípio da investigação, instrutório, inquisitório ou da verdade material.”<sup>6</sup>. Entretanto, só existe uma só verdade, a qual pode ter vários lados. Formada a relação processual, ela apresenta-se de forma unitária e progressiva. “Progressiva no sentido de que atravessa fases várias (inquérito, instrução, julgamento, execução e recursos), mas unitária, já que, nessas diversas fases, não mudam nem os sujeitos, nem o objeto do processo”<sup>7</sup>.

O processo penal tanto pode ser inquisitório como acusatório, dependendo da vontade política de cada Estado. Entretanto, pelo que se apresenta e o conteúdo das duas formas, o melhor sistema para o processo penal é o acusatório, pois garante uma melhor e ampla defesa ao Réu, não se duvidando, hoje em dia, de que este sistema (acusatório) “constitui um fator de grande progresso nos juízos criminais. As formas da acusação, da oralidade, do exame imediato das provas, do contraditório entre as partes juridicamente iguais e da publicidade são as que permitem, no melhor modo e grau possível, a viva, direta e sincera reprodução do drama delituoso nas salas dos tribunais. O juiz, que no processo inquisitorial, favorecido pela lei com uma confiança desmensurada, tinha nas próprias mãos as funções de acusador e de defensor, parecia mais oprimido sob o enorme peso de seus poderes que verdadeiramente senhor da matéria com a qual devia construir a sentença”<sup>8</sup>. Assim, “é nesta perspectiva, parece-nos, que freqüentemente se identifica o processo de tipo acusatório com o processo democrático, dado que seria esta estrutura processual a que melhor realizaria a garantia dos direitos fundamentais do argüido e possibilitaria uma defesa eficaz”<sup>9</sup>. Aliás, sobre o processo penal Português, Jorge de

6 DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Vol. I, Coimbra Editora, 1974, p.188, Portugal

7 SILVA, Germano Marques, *Curso de Direito Processual Penal*, p. 29, Ed. Verbo, 1993, Portugal

8 BRUSA, Emilio, prefácio de *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, de MALATESTA, Nicola Framarino Dei, p. 7, Ed. Bookseller, 1996, Tradução da edição de 1912, feita por Paolo Capitanio, Brasil

9 SILVA, Germano Marques, *Curso de Direito Processual Penal*, 1993, Ed. Verbo, pg.35, Portugal

Figueiredo Dias salienta que “a consagração na Constituição Portuguesa da estrutura acusatória do processo representou uma das mais significativas inovações e traduz todo um programa de reforma do processo penal”<sup>10</sup>. Entretanto, as leis penais adjetivas do Brasil e de Portugal, não adotam a estrutura acusatória pura. A igualdade das partes só é observada na fase de instrução criminal, tendo em vista que os dois sistemas jurídicos prevêm a fase de inquérito, na qual existe o domínio do Ministério Público e sua natureza é inquisitória. Outra exceção ao sistema acusatório, em ambos os ordenamentos, é a possibilidade de aplicação de medidas processuais com base apenas nas provas carreadas pelo Ministério Público, como é o caso da prisão preventiva. Desta forma, claro está que a estrutura acusatória é utilizada de forma ampla mas não total.

O processo penal, durante sua evolução na história, desenvolveu determinados princípios, ou seja, pontos de partida dotados de autoridade para um raciocínio jurídico, os quais podem ser considerados os verdadeiros pilares do sistema processual. A doutrina alemã, a mais adiantada sobre o tema, sempre dedica, quando da elaboração de seus manuais ou tratados, uma vasta redação sobre os princípios processuais, mesmo que não exista acordo com relação a classificação das regras básicas. Roxin<sup>11</sup> faz uma classificação dos princípios considerando:

- 1) Do início do processo, que são quatro: oficial, acusatório, da legalidade e do Juiz Natural.
- 2) Da realização e o desenvolvimento do processo, que são: o das averiguações (de instrução, de investigação e de verdade real), da audiência judicial e o da celeridade e concentração (não admite interrupção, salvo exceções).
- 3) Da prova, que se dividem em: averiguação, imediação, livre convicção e *in dubio pro reo*.
- 4) Da forma, que se reparte nos princípios da oralidade e publicidade.

10 in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 36, I, III, p.103, citado por SILVA, Germano Marques, *Curso de Direito Processual Penal*, p.36, Ed. Verbo, 1993

11 *Strafverfahrensrecht*, p. 56, citado por GOMEZ COLOMER, Juan Luiz, *El Proceso Penal Alemán*, Ed. Bosh, 1994, p. 44, España

Dentro dessas categorias podemos destacar os seguintes: o da presunção da inocência, o princípio do *in dubio pro reo* e o princípio da prova livre, entre outros. O primeiro reflete o “reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, princípios que, aliados à soberania do povo e ao culto da liberdade, constituem os elementos essenciais da democracia”<sup>12</sup>, sendo que tem ele reflexos também no direito penal. O segundo é da própria natureza do processo. Se o processo tem seu início para dirimir qualquer dúvida sobre o fato criminoso e quem seja o seu autor, transformando-se em certeza ao final da prestação jurisdicional, quando não é possível alcançar tal raciocínio através de todos os meios disponíveis e a dúvida sobre o tema persiste, esta tem que ser analisada em favor do argüido, mesmo que isso leve a uma absolvição de um criminoso, “*uma vez que o processo é um instrumento criado para conhecer a verdade dos fatos*”<sup>13</sup>. Na dúvida, o Estado deve agir em favor do individual em detrimento do coletivo. O princípio da livre apreciação da prova é o mais importante do conjunto probatório, tendo em vista que “*a liberdade de que aqui se fala não é, nem deve implicar nunca um arbítrio, ou sequer a decisão irracional, puramente impressionista-emocional que se furte, num incondicional subjetivismo, à fundamentação e à comunicação*”<sup>14</sup>. Desta forma, a valoração da prova é uma das funções primordiais do julgador que tem como finalidade prestar a jurisdição com justiça. Sobre esse ponto, já manifestava C.J.A. Mittermaier<sup>15</sup> que a sentença deve espelhar a verdade dos fatos, salientando: “*Fornecer a prova desses fatos é dever do acusador; o acusado só tem que destruir as provas adversas, e produzir as que forem em sua defesa. Uma terceira pessoa, o magistrado preparador, por sua parte, estabelece a prova dos diferentes fatos de importância decisiva para o processo; e os juizes, enfim, baseiam sua decisão sobre aqueles fatos que consideram demonstrados. Já se vê, pois, que é sobre a prova que versam as prescrições mais importantes em matéria de processo criminal*”.(g.n.)

12 SILVA, Germano Marques, *Curso de Direito Processual Penal*, Vol. I, p. 40, Ed. Verbo, 1993, Portugal

13 DIAZ DE LEON, Marco Antonio, *Tratado Sobre Las Pruebas Penales*, p.6, Ed. Porrúa S.A., 1988, México

14 NEVES, Castanheira, *in Seminários de Processo Criminal*, 1967/68, p. 48

15 *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, 3. Ed. 1848, Traduzido por HEINRICH, Herbert Wuntzel, 1996, P. 12, Ed. Bookseller, Campinas - SP - Brasil

### 3. Da prova

#### 3.1. Sentido e conceito

Se a ação é o meio pelo qual se presta a jurisdição, sendo o processo o caminho que tem que ser percorrido para esta prestação, as provas (fatos comprovados, relevantes para o processo) são os componentes desse caminho, que darão aos viajantes (sujeitos processuais), a máxima clareza possível da paisagem (verdade material) que deve ser entendida e assimilada (inclusive pela sociedade), para que seu condutor (o juiz) possa chegar ao destino (sentença justa). Na visão de Miguel Fenech<sup>16</sup>, “*provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para a sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo*”.

Prova e processo estão ligados da mesma forma, salvo engano, como os princípios da inocência e do *in dubio pro reo*. Apesar de diferentes, tais assuntos se entrelaçam em uma verdadeira simbiose, de tal forma que a inexistência de um inviabiliza ou obstrui a eficácia do outro. Neste sentido é clara a visão de Marco Antonio Diaz de Leon<sup>17</sup>, que assim se pronuncia: “*...en el fondo del derecho, prueba y proceso vienen a coincidir, la prueba como requerimiento racional que implica unir al derecho con el hecho verificado de cierto, y el proceso como instrumento que lo satisface a manera de puente que permite el tránsito justo de lo jurídico hacia lo fáctico. Para el jurista, pero mas bien para el juez, esta necesidad de probar ha sido elevada al rango de deber que se cumple al juzgar con legalidad pero principalmente con justicia; salvo Dios que no necesita de proceso pero sí acaso de prueba para juzgar, al juez para cumplir con su deber de juzgar se le ha dotado de un instrumento para probar elaborado en forma de proceso. Resulta de aquí que el proceso no es otra cosa que una herramienta de la prueba*”.

A prova não se confunde com a probabilidade ou a possibilidade. Esta se traduz em um juízo de *suspeita*. A probabilidade encontra relação com

<sup>16</sup> *El Proceso Penal*, 4. Edição, Madrid, Aagesa, 1982, p. 107, España

<sup>17</sup> *Tratado Sobre Las Pruebas Penales*, p. 6, Ed. Porrúa, 1988 - México

um juízo de *opinião*. Já a prova, como é a demonstração da realidade dos fatos, é um juízo de *certeza*.

A definição de prova traz à tona o pensamento de quase a totalidade dos juristas mundiais e de algumas legislações, que traduzem a complexidade da matéria e sua importância para o mundo jurídico em que vivemos. Para Jeremías Bentham<sup>18</sup>, "*toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: uno que se puede llamar el hecho principal, o sea aquel cuya existencia o inexistencia se trata de probar; otro denominado hecho probatorio, que es el que se emplea para demostrar la afirmativa o la negativa del hecho principal*". A opinião de Francisco Carrara<sup>19</sup> é no sentido de que "*se llama prueba todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición*". A lei de Registro Civil Espanhola, citada por José de Vicente y Caravantes<sup>20</sup> entende que "*por prueba se entiende principalmente la averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa*". Para Eduardo Bonnier<sup>21</sup>, "*descubrimos la verdad cuando hay conformidad entre nuestras ideas y los hechos del orden físico o del orden moral que deseamos conocer. Probar es establecer la existencia de esta conformidad. Las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad*". Mittermaier<sup>22</sup>, analisando a prova em sua generalidade afirma que se trata de uma "*base de argumentações que cada uma das partes emprega para ganhar a convicção do juiz*". No ensinamento de Nicola Framarino Dei Malatesta<sup>23</sup> "*como as faculdades perceptivas são a fonte subjetiva da certeza, as provas são um modo de apreciação da fonte objetiva, que é a verdade*."

18 *Tratado de Las Pruebas Judiciales*, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1972, T. I, p. 21, Argentina

19 *Programa de Derecho Criminal*, Vol II, p. 380, Ed. Temis, Bogota, 1957

20 *Tratado histórico crítico filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil según la Nueva Ley de Enjuiciamiento*, Ed. Gaspar y Roig, Madrid, 1856, T. II, p.133, España

21 *Tratado Teórico y Práctico de Las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal*, Ed. Reus, Madrid, 1928, T. I, p. 9, España

22 *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, tradução de HEINRICH, Herbert Wuntzel, 3a. Edição, 1996, Ed. Bookseller, Campinas, p. 57, Brasil

23 *Lógica das Provas em Matéria criminal*, Tradução de CAPITANIO, Paolo, Ed. Bookseller, 1996, Campinas, p. 81, Brasil

A prova é, portanto, deste ângulo, o meio objetivo com que a verdade atinge o espírito; e o espírito pode, relativamente a um objeto, chegar por meio das provas tanto à simples credibilidade, como à probabilidade e certeza; existirão, assim, provas de credibilidade, de probabilidade e de certeza. A prova, portanto, em geral, é a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza. No juízo criminal só são propriamente provas as de probabilidade e as de certeza”. Enrico Tulio Liebman<sup>24</sup> diz que toda a afirmação feita pelas partes em juízo “consiste, em última análise, em deduzir determinadas conseqüências jurídicas de alguns fatos acontecidos no passado”. Eugenio Florian<sup>25</sup> afirma que o conceito de prova, em sua forma genérica e lógica é “todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa”. Roxin define a prova como “aquel medio u objeto que proporciona al Juez el convencimiento acerca de la existencia de un hecho”<sup>26</sup>. Por fim, mesmo existindo outros doutrinadores de porte que desenvolvem o tema em questão, Vincenzo Manzini<sup>27</sup>, ao meu ver produz a mais simples e objetiva definição de prova, ao se referir que “la prueba penal es la actividad procesal inmediatamente dirigida al objeto de obtener la certeza judicial, según el criterio de la verdad real acerca de la imputación o de otra afirmación o negación que interese a una providencia del juez”. O mesmo autor sintetiza a confusão, principalmente dos legisladores, em matéria de utilização da expressão prova, quando afirma “La ley procesal penal usa por lo demás del termino de prueba, no sólo en el sentido expresado, sino a veces también para indicar los medios de comprobación o los resultados conseguidos con el empleo de esos mismos medios”.

A prova é uma atividade demonstrativa do processo ou, no dizer de Aurelia Maria Romero Coloma<sup>28</sup>, para se alcançar a finalidade do processo,

24 *Corso di diritto Processuale Civile*, 1952, p. 148

25 *De Las Pruebas Penales*, Ed. Temis, Bogotá, 1968, T.I, p. 3

26 *Strafverfahrensrecht*, p. 127, *El proceso Penal Alemán*, p. 128, GOMEZ COLOMER, J.L., Ed. Bosch, 1984, España

27 *Tratado de Derecho Procesal*, T. III, p.197, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1952, Argentina

28 *Estudios de La Prueba Procesal*, p.23, Ed. Colex, 1986, Madrid, España

“se producen en todo desenvolvimiento procesal distintos periodos que, reducidos sintéticamente a sus líneas fundamentales, se han concretado en las llamadas fases de planteamiento, discusión y decisión, incluyéndose en la fase discusoria una actividad demostrativa que es precisamente la de la prueba”.

“La prueba es un imperativo de la razón; es un juicio que denota la necesidad intelectual de que se confirme todo aquello que se quiera considerar como cierto”<sup>29</sup>. A prova é assim, “elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações”<sup>30</sup>.

Enfim, como se pode perceber, o termo “prova” não é unívoco. Pode ele significar os fatos percebidos pelo juiz, quando aí estamos diante de fontes de prova. Pode, também, significar os meios pelos quais se fixam os fatos em juízo, sendo assim meios de prova<sup>31</sup>). Por derradeiro, pode o termo significar o fato a ser provado, que se deduz e se introduz no processo pelo meio de prova, quando recebe a designação de objeto de prova. Ao nosso estudo, que se refere ao exame pericial, interessam, de perto, os meios de prova.

### 3.2. Meios de prova

Os meios de prova são aqueles que servem para demonstrar, fazer patente, em Juízo, a realidade de um fato, que ocorreu ou está ocorrendo. São, como ensina Pontes de Miranda<sup>32</sup>, “as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova”. Essa realidade pode ser vista sob o aspecto formal e material. Assim, necessário

29 DIAZ DE LEON, Marco Antonio, *Tratado Sobre Las Pruebas Penales*, p. 5, Ed. Porrúa S.A., 1988, México

30 MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. II, p. 253, Ed. Bookseller, 1997, Campinas - SP - Brasil

31 O Código de Processo Penal Italiano de 1988 distingue entre meios de busca de prova, como são os casos das buscas e interceptações telefônicas e os meios de prova, como são a prova testemunhal e a perícia - conforme os arts. 194 e 244

32 *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1947, V.II, p. 155, Brasil

se faz uma distinção entre verdade formal e verdade material. A verdade formal é oriunda de normas imperativas, definidas pelo sistema legal, suprimindo a liberdade do Julgador em favor de uma valoração legal do fato demonstrado. Já a verdade material é atingida pela certeza histórica do fato demonstrado no processo, cuja apreciação deve ser feita com absoluta liberdade de critério. Meios de prova são os métodos utilizados para a realização da prova enquanto demonstração da realidade.

No que se refere a classificação das provas tem, a doutrina, uma gama inesgotável de possibilidades, tais como: diretas e indiretas; principais e acessórias; subjetivas e objetivas; primárias e secundárias; internas e externas; plenas e semi-plenas; legais e livres; entre outras classificações. Todas elas têm sua importância e sua razão jurídica de existir, dependendo do ponto de vista que se analisa a prova em processo penal. Entretanto, no que se refere à perícia, atendendo a esta variedade de classificações, seria ela direta, semi-plena (não é suficiente para a condenação), podendo ser principal ou acessória, subjetiva ou objetiva (dependendo da perícia)

### 3.3. O objeto(tema) de prova

O objeto da prova são as realidades que podem ser demonstradas de forma genérica (em sentido abstrato) ou em um caso específico (em sentido concreto), que sejam relevantes para a decisão da causa. Abrange, não só o fato criminoso e sua autoria, "*como todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição de medida de segurança*"<sup>33</sup>.

Desta forma, considera-se legalmente objeto de prova todos os fatos juridicamente relevantes para a existência do crime, conforme o art. 124 do Código de Processo Penal Português. Aqui cabe, ainda, a clara definição do artigo 341 do Código Civil Português, que dispõe que as provas têm por função a demonstração da realidade dos fatos. Assim, esses fatos correspondem ao objeto (tema) de prova, ou seja, são os fatos que devem ser provados e, em princípio, "*são todos os factos juridicamente relevantes no processo*"<sup>34</sup>.

33 MIRABETE, Julio Fabbrini, *Processo Penal*, Ed. Atlas, 1991, p. 248, SP - Brasil.

34 FERREIRA, Manuel Cavaleiro, *Direito Processual Penal*, Vol. I, Ed. Danubio, 1986,

Independem de comprovação os fatos notórios. No sistema jurídico Brasileiro os fatos notórios são aqueles cujo conhecimento integra a cultura normal, "a informação dos indivíduos de determinado meio"<sup>35</sup>. Em Portugal, cabe à doutrina dirimir as dúvidas sobre o tema. Atualmente, segundo alguns doutrinadores<sup>36</sup>, ela inclina-se para o pensamento de que tais fatos não necessitam ser provados. Este também é o pensamento de Manuel S. Santos, David B. Pinho e Manuel L. Henriques<sup>37</sup> quando, analisando o teor do artigo 124 do Código de Processo Penal Português, dizem que "estão excluídos do tema da prova os factos notórios, já que a sua evidência consubstancia a própria prova, não havendo assim que provar o que já se encontra provado pelo conhecimento incontestável ou notoriedade apesar de existirem decisões que determinam que os factos notórios por conhecimento do tribunal só podem ser utilizados quando cumprido o dever legal de juntar aos autos documentos que os comprovem.

### 3.4. Princípios de direito probatório

A prova, no processo, desenvolve-se conforme as normas jurídicas do direito que a regula e tais normas, em conjunto, formam o direito probatório, o qual tem vários princípios, que são:

A) Responsabilidade das partes - Tem raízes com a teoria do negócio jurídico. A parte tem que suportar as conseqüências de sua atividade ou inatividade no processo;

B) Contradição - é a possibilidade da formulação de provas e as respectivas contestações sobre elas;

C) Veracidade - O processo, no que se refere à prova, tem que reconstruir ou construir o estado real das coisas;

---

p. 205- Portugal

35 TORNAGHI, Hélio, *Instituições de Processo Penal*, Ed. Forense, 1959, 1. Ed., Vol. I, p. 279, Brasil

36 SILVA, Germano Marques, *Curso de Direito Processual Penal*, Ed. Verbo, 1993, Portugal

37 *Código de Processo Penal Anotado*, 1996, Ed. Rei dos Livros, p.533, Portugal

D) Livre apreciação - O juiz deve decidir com sua convicção livremente formada, diante da valoração das provas existentes;

E) Aquisição processual - significa que a prova produzida pertence a todos os sujeitos do processo, independentemente do desejo ou intenção de quem as produziu;

F) Imediação (proximidade) - Nada mais é do que a integral e direta percepção da prova, por parte do julgador. Este princípio tem a finalidade de construir uma estrutura probatória, necessária para a análise de mérito da demanda.

G) Publicidade - princípio pelo qual a prova deve ser pública para que terceiros alheios ao feito, possam reconstruir e assimilar os motivos determinantes da decisão prolatada em Juízo. Também é ele pilar, coluna ou alicerce de outro princípio de processo penal, que é o da ampla defesa. Pois o argüido, indiciado ou Réu tem o direito de saber quais são as provas que existem sobre o fato que a ele lhe imputam, para poder preparar sua defesa e poder contraditar e até mesmo investigar as provas carreadas aos autos. Incompreensível assim o teor do processo penal português sobre as provas e o argüido na investigação preliminar, conforme veremos adiante.

H) Necessidade - segundo o qual, em processo, existe a necessidade de se provar o alegado, inclusive no processo penal. A meu ver, tal princípio também se aplica às causas de exclusão de crime. Certo é que com a alegação de estado de necessidade, sendo um fato lícito deveria caber ao Réu a sua prova. Entretanto, se cabe ao Estado/Poder Social (Ministério Público) ou ao particular (querelante) a prova da existência do crime, cabe ainda, com mais acerto a prova de que não houve uma causa de justificação, ou melhor, cabe demonstrar um juízo de certeza da não ocorrência de fato lícito.

### **3.5. Apreciação da prova: legal ou livre**

Com a evolução da justiça penal sofreram profundas alterações os sistemas de apreciação das provas. Em primeiro utilizava-se o sistema pagão, onde o magistrado fazia a apreciação das provas ao sabor de suas impressões. Em seguida, vigorou o sistema religioso em que se invocava o

juízo divino (os juízos de Deus). Atualmente, existem três sistemas de apreciação, todos de convicção, que são: o da convicção íntima; o da convicção (verdade) legal e o da livre convicção.

No primeiro sistema, convicção íntima, a lei nada diz sobre o valor das provas e a decisão funda-se na certeza moral do juiz. O segundo sistema é o da fixação legal da prova, da verdade legal, onde o juiz tem apenas a posição de robô, diante da normatização da prova e seu valor para o processo, o que impede a correta determinação do caso concreto. Certo é que tal sistema teve suas vantagens quando foi aplicado, principalmente no passado, tendo em vista que diante da incompetência ou da falta de experiência dos magistrados, livrava as decisões de qualquer suspeita de arbitrariedade. O terceiro sistema é o da livre apreciação da prova, que nasceu do pensamento de que a arbitrariedade dos juízes não se impede com regras legais de prova, mas com uma sólida formação do profissional do direito combinado com o dever de fundamentar suas decisões, teve aceitação na quase totalidade dos ordenamentos jurídicos. Entretanto, tal princípio só deve ser utilizado para os fins do processo, *“no sólo se puede y hasta se debe indicar en la ley medios de prueba (aunque sin hacer una enumeración taxativa) y trazar las formas de esos medios, sin que esto contraste con el método del libre convencimiento, sino que igualmente puede afirmarse que no repugna a este método el que en la ley se señalen algunos criterios orientadores, el que se suministre al juez algunas pruebas, y el que se indique la importancia que algunas pruebas tienen para el cumplimiento y el mínimo de prueba que se requiere, para ciertos actos”*<sup>38</sup>. A livre apreciação da prova tem as maiores e melhores garantias de que, no processo, será aplicada a verdadeira justiça, pois o julgador é livre para decidir, fundamentadamente, na conformidade de suas convicções, até mesmo contra a apreciação pericial existente nos autos. Tal linha de pensamento nos é oferecida por Rafael de Pina<sup>39</sup>, para o qual *“El sistema de la prueba libre constituye un progreso con relación al de la prueba tasada y no se puede volver atrás sustituyéndola por ésta, sino*

38 CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Ed. Reus, Madrid, T. II, p.315, España

39 *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editora Reus S.A., Madrid, 1934, p. 113, España

buscar la solución de las garantías de la apreciación del Juez, procurando que en su formación entre el conocimiento de aquellas especialidades que se estimen convenientes. Pero, además, hay que tener en cuenta que en caso de contradicción entre los dictámenes de los peritos, frecuentísima en la práctica del Foro, el sistema de la prueba tasada no resolvería nada. La aspiración de los técnicos, especialmente por lo que se refiere a la prueba pericial médica de que sus dictámenes obliguen al Juez, no podría lograrse sin plantear problemas más graves, afortunadamente resueltos con el sistema de la prueba libre. Evidentemente, apesar da prova ter a sua livre apreciação por parte do Juiz essa regra sofre uma limitação e esta ocorre quando o Juiz fica vinculado por “*las leyes del pensamiento y de la experiencia*”<sup>40</sup>. Desta forma, não pode ele desprezar ou raciocinar ao contrário de alguns dados carreados ao processo, tais como a determinação da paternidade por DNA ou nível de álcool no sangue, pois “*no es posible sustituir el dato objetivo proporcionado por la ciencia, por el convencimiento subjetivo de Juez*”<sup>41</sup>. O livre convencimento “*leva o juiz a pesar o valor das provas segundo o que lhe pareça mais acertado, dentro, porém, de motivação lógica que ele deve expor na decisão*”<sup>42</sup>. Assim, a apreciação da prova no sistema que adota a sua livre apreciação é também vinculada. “*Não consiste na afirmação do arbítrio na apreciação das provas. Não o é em função de regras legais prefixadas em abstracto, mas é vinculada directamente a apreciação judicial aos princípios em que se consubstancia o direito probatório, e às normas de experiência, de lógica, regras incontestáveis de natureza científica, que se devem incluir no direito probatório. O princípio da livre convicção do juiz também não pode ofender princípios básicos do direito penal,....*”<sup>43</sup>

40 GOMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso Penal Alemán*, Ed. Bosch, 1984, p. 52, España

41 ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, p. 76, aplicaciones prácticas - citado por GOMEZ COLOMER, Juan Luis, *El Proceso Penal Alemán*, Ed. Bosch, 1984, p. 52, España

42 MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*, Ed. Bookseller, 1997, p. 275, Campinas - SP - Brasil

43 FERREIRA, Manuel Cavaleiro, *Curso de Processo Penal*, V. I, Ed. Danubio, 1986, p.211/212, Portugal

Jorge de Figueiredo Dias<sup>44</sup>, bem salienta o problema da apreciação da prova, dizendo que “Com a produção da prova em julgamento visa-se oferecer ao tribunal as condições necessárias para que forme este a sua convicção sobre a existência ou inexistência dos factos e situações que relevam para a sentença. Surge, porém aqui a questão de saber se a apreciação da prova deve ter lugar na base de regras legais predeterminantes do valor a atribuir-lhe (sistema da prova legal), ou antes, na base da livre valoração do juiz e da sua convicção pessoal (sistema da prova livre). Esta questão encerra um problema jurídico-político de primeira grandeza, que tem recebido soluções divergentes tanto nos diferentes estádios de evolução do direito processual penal, como nos diversos sistemas em certo momento vigentes”.

#### 4. Prova pericial

No desenrolar do processo penal, em busca da verdade dos fatos ocorridos e que originaram a perseguição criminal do Réu/Argüido, existem fatos que só podem ser provados e demonstrados a sua ocorrência, passo a passo, através de pessoas especiais, ou seja, de indivíduos com capacitação profissional específica em determinada área ou matéria, como médicos, engenheiros, biólogos, físicos, entre outros, que possuem uma formação superior ao comum dos homens e que devem prestar sua contribuição para o esclarecimento da verdade sobre o fato criminoso. Tal análise, ou apuração técnica do fato se dá o nome de perícia. Carnelutti<sup>45</sup> explica a prova pericial com uma frase muito expressiva: “*Así como el juez no puede verlo todo, con igual y aún mayor razón no puede saberlo todo*”. A valoração do resultado da perícia “*constitui forte fator de convencimento do julgador* (incluindo-se aqui os jurados, os quais também são juizes, mesmo que leigos), *que apesar de não estar vinculado às conclusões da perícia toma normalmente a prova técnico-científica como base de sua fundamentação, por não ser dotado de conhecimentos apropriados*”<sup>46</sup>.

44 *Direito Processual Penal*, Volume I, p. 198/199, Ed. Coimbra Ltda., 1974, Portugal

45 citado por COLOMA, Aurelia, *Estudios de La Prueba Procesal*, p. 62, Ed. Colex, 1986, España

46 GRINOVER, Ada Pellegrini/FERNANDES, Antonio Scarance/GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Nulidades no Processo Penal*, 4. Edição, 1995, p. 127, Malheiros

*“La peritación es una actividad procesal desarrollada por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de las personas. Se trata, necesariamente, de una actividad humana, mediante la cual se verifican hechos y se determinan sus características y modalidades, sus calidades, sus relaciones con otros hechos, las causas que lo produjeron y sus efectos”<sup>47</sup>.*

Diz o artigo 151 do Código de Processo Penal Português que a prova pericial tem lugar quando a percepção ou apreciação dos factos exigirem determinados conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos.

#### **4.1. Natureza jurídica do exame pericial**

Muito se discute sobre a natureza jurídica da perícia. Alguns entendem que é ela um meio de prova, tendo em vista que guarda semelhança com outros meios de prova, como o testemunho e a inspeção judicial, que também não deixam de ser atividades, além de ser assim tratada pelo direito positivo. Outros asseveram que se trata de um elemento de juízo que irá ser utilizado pelo Magistrado na valoração dos acontecimentos que deram origem ao processo, com a finalidade de uma prestação jurisdicional correta e justa.

*“En realidad la pericia viene sólo a subsidiar la cultura y conocimientos del Juez para fallar con justicia; se trata de un auxilio que utiliza el Juez para inferir algunas cuestiones...”<sup>48</sup>. “Consiste en la declaración de conocimiento que emite una persona que no sea sujeto necesario del proceso acerca de los hechos, circunstancias o condiciones personales inherentes ao hecho punible, conocidos dentro del proceso, y*

---

Editores - Brasil

47 ECHANDIA, Devis, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Buenos Aires, 1981, p. 287 - citado por COLOMA, Aurelia, *Estudios de La Prueba Procesal*, p. 61, Ed. Colex, 1986, España.

48 DIAZ DE LEON, Marco Antonio, *Tratado sobre Las Pruebas Penales*, p.202, Ed. Porrúa, 1988, México

dirigida ao fim de la prueba, para la que es necesario poseer determinados conocimientos científicos, artísticos o prácticos”.<sup>49</sup>

A perícia, enfim, é uma manifestação pessoal que não é meio de prova, pois produz convicção por dedução, como parte da elaboração do conteúdo lógico da sentença. A perícia examina, avalia, emite um juízo de valor sobre fatos pretéritos, presentes ou futuros, que lhe servem de antecedentes, sendo eles conhecidos ou não do esperto na data do encargo assumido. Ao final, o perito emite um juízo sobre a realidade que lhe foi apresentada, na conformidade de seus conhecimentos específicos sobre a matéria, sendo um meio especial de produção de convicção. Desta forma, poderia se dizer que a perícia é a análise técnica, específica e valorativa da prova (fato) existente no processo. O perito, segundo Garraud<sup>50</sup>, avaliando as diferenças com a testemunha, afirma que a resposta do expert “no constituye en modo alguno una prueba sino la apreciación, el esclarecimiento o la interpretación de otra prueba.”

Tal pensamento, salvo engano, é seguido por Manuel Cavaleiro de Ferreira<sup>51</sup>, quando se refere que “a apreciação dos factos é função jurisdicional. Para essa apreciação carece o julgador de conhecimentos jurídicos e da experiência comum, técnicos ou científicos. Como nem sempre todos estes fazem parte da cultura geral do julgador e eles se mostram indispensáveis à apreciação da prova, permite a lei o auxílio de terceiros no esclarecimento de pressupostos de apreciação da prova. É este auxílio que constitui a perícia... Destina-se a auxiliar o julgador ou o instrutor do processo na função que lhe é peculiar de desvendar o significado de provas pré-existentes ou de apreciar o seu valor”.(g.n.)

49 FENECH, Miguel , *El Proceso Penal*, 4 Edición, p. 140, Ageda Madrid, 1982, España

50 *Précis de droit criminel*, p. 748, 1921, citado por PINA, Rafael de, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 1. Edição, Editorial Reus S.A., 1934, p. 112, España

51 *Curso de Processo Penal*, II, p. 345 - cfr GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal Anotado*, 1987, p. 20

## 4.2. Prova pericial e processo penal português

Em Portugal, como salienta Eduardo Correia<sup>52</sup>, o sistema da “prova livre fez o seu aparecimento nas Reformas Judiciárias da primeira metade do século XIX saídas da revolução liberal, paralelamente ao do júri que deveria pronunciar-se sobre as provas, como afirmava ainda o artigo 489 do CPP”, “não escutando senão os ditames da... consciência e íntima convicção”.(Era o que então a doutrina portuguesa apelidava de princípio da prova moral)

Mas, antes de tecer maiores comentários sobre o tema, necessário se faz a reprodução do artigo 32, Ns. 1 e 5 da Constituição da República Portuguesa, sobre as garantias de processo criminal, para se poder fazer uma análise do sistema jurídico-processual.

“Art. 32...

N. 1 - O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso.

...

N. 5 - O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”.

O artigo 127 do CPP Português é claro em relação à adoção do princípio da livre apreciação:

“Art. 127 - Salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”.

<sup>52</sup> RDES 14(1967) 27s

Certo é que o art. 655 do Código de Processo Civil também dispõe sobre a livre apreciação da prova<sup>53</sup> e que tal dispositivo era utilizado subsidiariamente pelo processo penal, vez que, no regime anterior<sup>54</sup> não havia qualquer dispositivo semelhante ao atual artigo 127. Entretanto o teor deste artigo sobre a livre apreciação da prova não vinculativa “obedeceu mais ao intuito de autonomizar o CPP em relação ao CPC do que ao de introduzir qualquer alteração significativa - que não existe - em relação ao regime de livre apreciação da prova não vinculativa do art. 655 do CPC”<sup>55</sup>.

Conforme afirma António Augusto Tolda Pinto<sup>56</sup>, o sistema processual Português admite e salvaguarda o princípio processual do livre convencimento do magistrado com relação à prova “e, se ganha relevo em primeira linha para a decisão da causa que se segue à audiência de discussão e julgamento, não deixa de valer para todo o decurso do processo penal e para todos os órgãos de administração da justiça penal, mesmo, portanto para o Ministério Público<sup>57</sup> ou outras entidades instrutórias e para os órgãos seus auxiliares.”<sup>58</sup>

53 “o tribunal colectivo aprecia livremente as provas e responde segundo a convicção que tenha formado acerca de cada facto suscitado; mas quando a lei exija, para a existência ou prova do facto jurídico, qualquer formalidade especial, não pode esta ser dispensada”

54 Código de Processo Penal de 1929

55 GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal Anotado*, Ed. Almedina, 1996, p. 262, Portugal

56 *Novo Processo Penal*, Ed. Rei dos Livros, 1998, ítem 57, Portugal

57 Cumpre aqui salientar, apenas a título de esclarecimento que em Portugal o MP apesar de ter atribuições parecidas com o MP no Brasil, não detém ele alguns avanços por nós incorporados, como é o caso das curadorias, principalmente a do cidadão e o fato de que o MP Português ainda exerce a função de representar o Estado, o que lhe retira, ao meu ver, a sua primordial função de Poder Social do Estado. Entretanto, no direito Português o MP é magistratura, estruturada também em carreira independente e autônoma como no Brasil, que preside, efetivamente o inquérito policial, comandando os Delegados de Polícia, chamados de Delegados do Ministério Público, e as polícias na elucidação do fato sob apuração, existindo apenas a interferência do Poder Judiciário quando é necessária a realização de procedimento que dependa de autorização judicial, tais como a prisão preventiva ou a busca e apreensão, recebendo o Promotor de Justiça a denominação de Magistrado do Ministério Público. Assim, em Portugal existem duas Magistraturas, a do Poder Judiciário e a do Ministério Público.

58 DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Volume I, p. 201/202, Coimbra

Mas a livre apreciação da prova não é arbitrária, pois o julgador tem que, sempre, fundamentar sua decisão, conforme nos informa o artigo 374, n. 2, do CPP, que diz, verbis:

“Art. 374 - (Requisitos da sentença)

N. 1 - A sentença começará...

N. 2 - Ao relatório segue-se a fundamentação, que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição, tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal.

N. 3 - A sentença termina pelo dispositivo...”

Assim, como bem assinala Marques Ferreira<sup>59</sup>, “a mais importante inovação introduzida pelo Código nesta matéria (livre apreciação da prova) consiste, precisamente, na consagração de um sistema que obriga a uma correcta fundamentação fáctica das decisões que conheçam a final do objecto do processo de modo a permitir-se o efectivo controlo da sua motivação”. Tal pensamento, com acerto é seguido por várias decisões do Tribunal Constitucional Português, de maneira clara<sup>60</sup>. Com esse raciocínio, se afasta, de forma eficaz, qualquer tentativa de alegar a inconstitucionalidade do artigo 127 do CPP em face do artigo 32 da Constituição.

Como exceção ao referido princípio surge a perícia, pois é “ela um juízo técnico, científico ou artístico, na conformidade do que dispõe o art. 163, n. 1 do Código de Processo Penal Português”<sup>61</sup>.

---

Editora Ltda, 1981, Portugal

59 *in Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra, 1988, p. 227 e segs., Portugal

60 Acórdão n. 1164/96 - Processo n. 666/95 e n. 1165/96 - Processo n. 142/96

61 PINTO, António Augusto Tolda, *Novo Processo Penal*, Ed. Rei dos Livros, item 57, Portugal

“Art. 163 do CPP Português:

1. O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação da prova.

2. Sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência”.

Caso o julgador venha a discordar do conteúdo do laudo, deverá fundamentar a divergência, segundo preconiza o mesmo artigo, em seu número 2. Sobre o assunto é clara a explicação Jorge de Figueiredo Dias: “o juízo científico ou parecer propriamente dito só é susceptível de uma crítica igualmente material ou científica... . Quanto ao juízo Científico a apreciação há de ser científica também e estará, por conseguinte, subtraída à competência do tribunal, salvo nos casos de manifestos erros, mas nos quais o juiz terá então de motivar a sua divergência”<sup>62</sup>.

Desse modo, o princípio da livre apreciação da prova (art. 127 do Código de Processo Penal de Portugal), encontra exceção<sup>63</sup> no exame pericial (art. 163 do mesmo Diploma) entre outros<sup>64</sup>. Todavia, uma parte da doutrina portuguesa defende, com relação à perícia, a idéia da *absoluta liberdade da sua apreciação pelo juiz*<sup>65</sup>. E isso ocorre tendo em vista que admitir o contrário, não havendo livre apreciação da prova, os laudos já seriam decisões as quais os juízes teriam que se sujeitar, só por recurso

62 *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 1981, p. 209

63 Conforme salienta Manuel Lopes Maia Gonçalves, em seu *Código de Processo Penal Anotado*, 9 Edição, 1998, p. 322 “*integra-se no princípio da prova legal ou tarifada, que é usualmente baseado na segurança e certeza das decisões, consagração de regras de experiência comum e facilidade e celeridade das decisões. Tem grande importância a distinção a nível processual, pois que pelo desrespeito pelas regras próprias da valoração legal ou tarifada implica a violação de normas de direito, com as consequentes implicações, maxime em matéria de recursos*”

64 como são os casos: do artigo 84 sobre o caso julgado; do artigo 169 do Código de Processo Penal que dispõe sobre estarem provados os fatos materiais dos documentos autêncios ou autenticados, salvo comprovação de falsidade e o artigo 344 sobre a confissão integral e sem reservas no julgamento

65 conforme Eduardo Correia, RDES 14(1967)32s

é que poderia a perícia ser invalidada e estaria vedada a possibilidade de novos exames periciais, como permitia o antigo art. 197 e atual artigo 158 do CPP. Parece que a serenidade jurídica, mais uma vez, se encontra com Jorge de Figueiredo Dias que, em sua obra de Direito Processual Penal<sup>66</sup>, salienta que o exame pericial contém dados do fato que servem de base para o parecer e estão sujeitos a livre apreciação do juiz e juízos científicos provados, estes sim fora do alcance e da competência de apreciação do juiz. Cumpre salientar, apenas por curiosidade, que este pensamento já era ventilado, em 1848, por C.J.A. Mittermaier, em seu Tratado da Prova em Matéria Criminal<sup>67</sup>. Seguindo esse entendimento, os Tribunais Portugueses já decidiram que o princípio da livre apreciação da prova não é absoluto e tem como uma das exceções a perícia (Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 5 de maio de 1993; 327,441), não podendo os peritos se manifestar sobre a intenção subjetiva do agente, por não ser este um juízo técnico (Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 12 de dezembro de 1990, Proc. 41283/3).

Aliado a isso, salvo engano, tanto a doutrina como a jurisprudência tratam a perícia, em regra, como uma exceção ao princípio da livre apreciação, não só por seu caráter de especificidade, mas também, por entender tratar-se de um auxílio, de um raciocínio técnico específico e não de um meio de prova, apesar de estar ela inserida no Título II (Dos Meios de Prova), do Livro III (Da Prova), da Parte I, do Código de Processo Penal Português. Aliás, esta também é a opinião de Marques Ferreira, citado por Manuel S. Santos e Outros<sup>68</sup>, para o qual *“seria preferível que o Código qualificasse a intervenção dos peritos na produção e valoração da prova como verdadeiros elementos auxiliares ou colaboradores do Tribunal, sendo desejável a sua funcionalização em estreita colaboração e,*

66 Volume I, p. 209, Ed. Coimbra, 1974, Portugal

67 Tradução da terceira edição de 1848, feita em 1996 por Herbert Wuntzel Heinrich, Ed. Bookseller, Campinas - SP - Brasil, p. 177: “Quando quiser o juiz apreciar os resultados de um exame por peritos, tem que indagar primeiro, se os fatos, que esse exame verifica, devem ser tidos como verdadeiros e depois, se as conclusões deduzidas destes mesmos fatos podem produzir a convicção”. Tal pensamento surgiu quando, na Alemanha, ocorriam movimentos políticos e sociais com a finalidade de modificar a legislação sobre a prova, com o desaparecimento da prova legal, como ocorreu na França depois de 1789.

68 *Código de Processo Penal Anotado*, 1996, Ed. Rei dos Livros, análise ao art. 151

*eventual, dependência das autoridades judiciárias*". Tal assertiva encontra resistência, no meu entendimento sem razão, em autores como Germano Marques da Silva, que qualifica a perícia, no novo Código como um "meio de prova pessoal"<sup>69</sup>.

Outro aspecto que deve ser analisado é o que ocorre com os artigos 154, n.3, "A" e 155, n. 3 do Código de Processo Penal Português à luz dos princípios constitucionais do Processo Penal. Como já foi salientado no início, o processo penal contém seus pilares fincados na Carta Magna para a garantia das relações do Estado e o Cidadão e nesse sentido é incoerente o princípio com os ordenamentos aqui ventilados. No primeiro artigo mencionado fica claro que, existindo fortes indícios de prejuízo, pode o juiz deixar de comunicar ao argüido a realização da perícia e a segunda norma legal proíbe o conhecimento do relatório do perito, por parte do consultor ou assistente técnico designado pelo argüido em tal caso. Ora, com tal solução normativa não podemos concordar. Realizar um exame pericial, sem o conhecimento do argüido, por causa de possível obstrução da verdade é aceitável diante da busca da verdade real e a possibilidade da existência de um contraditório diferido durante o curso processual, como ocorre nas perícias realizadas de imediato em face da deterioração do objeto do exame. Entretanto, nesses casos, negar a possibilidade do indiciado, através de seu assistente/consultor, de ter acesso ao resultado de tal exame, que como já vimos é peça fundamental de toda e qualquer investigação e apuração criminal é, literalmente, mitigar o princípio da ampla defesa e estabelecer uma superioridade de ação por parte do Estado contra o indivíduo, sem contar com a afronta direta e mortal do núcleo de dignidade humana deste, o que coloca por terra todo e qualquer argumento de um Estado de Direito.

#### **4. 3. Prova pericial e processo penal brasileiro**

O processo penal brasileiro tem estrutura acusatória, onde a ampla defesa e o contraditório são garantidos em matéria Constitucional, como se depreende do teor do art. 5, LV, da Constituição Federal:

<sup>69</sup> *Código de Processo Penal Anotado*, SANTOS, Manuel S. Santos e Outros, 1996, Ed. Rei dos Livros, análise do art. 151

“Art. 5 - Todos são iguais perante a lei,...., nos termos seguintes:

I.-...

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

Salvo os casos de competência do Tribunal do Júri<sup>70</sup>, a instrução encontra-se na fase de conhecimento do processo penal condenatório, como um de seus momentos, constituindo-se, assim, “*como parte procedimental integrante da instância que se desenrola durante a cognição*”<sup>71</sup>. É bom salientar, logo de início, que a instrução não se pode confundir com a prova. Entre elas existe “*afinidade de conceitos, mas não identidade. São noções vizinhas. Instrução e prova não são uma coisa só: a instrução está para a prova assim como o instrumento está para a obra que por meio dele se consegue*”<sup>72</sup>.

Encontra-se em vigor o princípio da verdade real, no que se refere a produção de provas, como se visualiza do disposto do art. 155 do Código de Processo Penal, verbis:

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

Verifica-se, assim, que o direito à produção da prova, mesmo sendo direito Constitucional incluído na ampla defesa e na obrigatoriedade do contraditório, não é ele absoluto, encontra limites como no artigo acima mencionado e também nos casos de depoimento de pessoa que, em razão de

<sup>70</sup> julgamento dos crimes dolosos contra a vida, onde prevalece o princípio da *convicção íntima* em matéria de apreciação de prova), não existe o juízo de instrução como procedimento preparatório do juízo da causa (*judicium causae*)

<sup>71</sup> MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. II, p. 250, Ed. Bookseller, 1997, Campinas, Brasil

<sup>72</sup> CUNHA, Paulo, *Processo Comum de Declaração*, 1944, Vol. II, p. 63, Brasil.

profissão, deva guardar segredo<sup>73</sup>. “É exatamente no processo penal, onde se avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social - direitos de liberdade assume freqüentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas”<sup>74</sup>.

Ao mesmo tempo, a prova é apreciada de forma livre, conforme se vê do disposto do artigo 157 do mesmo diploma legal<sup>75</sup>:

“Art. 157 - O Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”.

Desta forma, é clara a explicação constante na exposição de motivos do referido Código<sup>76</sup>, quando o então Ministro Francisco Campos esclarece que: “Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecidas pela lei civil, salvo quanto ao estado das pessoas; nem é prefixada uma hierarquia de provas: na livre apreciação desta, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas: nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O Juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência. Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião

73 como é exemplo o disposto no art. 207 do Código de Processo Penal Brasileiro

74 GRINOVER, Ada Pellegrini/FERNANDES, Antonio Scarance/GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *As Nulidades do Processo Penal*, 4. Edição, 1995, p. 112, Ed. Malheiros, Brasil

75 como também é no processo civil, no art. 131, verbis: “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegado pelas partes: mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formam o convencimento”.

76 Decreto-Lei n. 3689/41, tendo como autores do projeto os Drs. Vieira Braga, Nélson Hungria, Narcélio de Queiroz, Roberto Lyra, Florêncio de Abreu e Cândido Mendes de Almeida

ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social”<sup>77</sup>. “É exatamente nisso que consiste o método do livre convencimento ou persuasão racional, o qual se cumpre pela valoração de todo o material probatório existente nos autos, e somente deste. Por ele o juiz forma livremente o seu convencimento, mas sem despotismo, porque a decisão há de ser fundamentada e só pode alicerçar-se sobre as provas existentes nos autos”<sup>78</sup>. Aliás, é este o teor do artigo 93, IX da Constituição Federal e o do art. 381 do Código de Processo Penal Brasileiro:

“Art.93 da CF - Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I.- ...

IX.- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade,...

Art. 381 do CPP - A sentença conterá:

I.- ...

II.- ...

III.-...a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

IV.-...”.

Deve ser salientado, que a presença do juiz é condição de validade

<sup>77</sup> cumpre salientar que apesar da idade, os motivos deste diploma continuam atuais e em conformidade com o nosso tempo, diferente de outras legislações, que não utilizam o princípio da livre apreciação da prova em sentido amplo

<sup>78</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini/FERNANDES, Antonio Scarance/GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *As Nulidades do Processo Penal*, 4. Edição, 1995, p.110, Malheiros Editores, Brasil

das provas carreadas ao feito. No processo penal, as provas constantes do inquérito só se prestam para a formação da *opinio delicti* para efeito de oferecimento da denúncia, sendo certo que “*prova suficiente para a condenação é aquela colhida em juízo*”<sup>79</sup>. Nem de outra forma poderia ser, pois se uma condenação pudesse ter como suporte probatório apenas elementos retirados do inquérito policial, “*ficaria o Ministério Público, no limiar da própria ação penal, exonerado de comprovar a acusação, dando por provado o que pretendia provar, e a instrução criminal se transformaria numa atividade inconstitucional*”<sup>80</sup>.

Diante da livre apreciação da prova delimitada<sup>81</sup> pela motivação da decisão judicial, aparece a perícia que se destina a levar ao julgador os elementos instrutórios sobre normas técnicas e sobre fatos que dependam de conhecimento especial. A perícia é realizada pelo perito, o qual é órgão auxiliar do juízo e está sujeito à disciplina judiciária, conforme dispõe o art. 275 do Código de Processo Penal Brasileiro. No sistema processual Brasileiro, a perícia pode ser com relação ao corpo de delito e com relação aos demais elementos de prova. O exame de corpo de delito, quando o crime deixa vestígios, é condição de validade do processo e da sentença, não podendo ele ser superado nem mesmo pela confissão do acusado, sendo a sua falta causa de nulidade do feito<sup>82</sup>, caso não possa ser suprida pela prova testemunhal<sup>83</sup>.

A doutrina insurge-se sobre o dispositivo em exame com o argumento de que é ele um retorno ao já superado sistema da prova legal. Entretanto, entendo, s.m.j., tratar-se de uma condição de procedibilidade do fato em exame no processo. Como se poderia, por exemplo, ter como certo um homicídio (o fato) sem o laudo cadavérico? mesmo que indireto? O que, ao meu ver, é necessário, é a reformulação do preceito em questão com

79 Acórdão do Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Soarez Muñoz, in Revista dos Tribunais 540/412

80 Voto do Exmo. Sr. Dr. Juiz Alberto Silva Franco, do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, na decisão publicada in Revista de Julgados 66/454

81 no sentido de contorno e não de limitação

82 art. 564, III, “b”, Código de Processo Penal Brasileiro

83 Art. 167 do mesmo diploma legal

o fim de se admitir a substituição de um exame por vezes impossível (corpo de delito) por outros ditados pelo avanço da ciência (indiretos), como por exemplo, o de DNA obrigatório do acusado, o que poderia servir para estabelecer com mais precisão a participação ou não de determinada pessoa em um fato delituoso em concreto<sup>84</sup>. No que se referem às demais perícias, não constituem requisito de validade do processo.

Como o processo penal Brasileiro se desenvolve em duas fases, uma anterior a formação da relação processual que é o inquérito e outra posterior que é o processo propriamente dito, as partes podem requerer para a autoridade competente (Delegado, Ministério Público e Juiz, respectivamente) a realização de perícia. Caso o Delegado de Polícia não realize a perícia requerida, o indiciado ou seu defensor podem solicitar ao Ministério Público que requisiite o exame ou podem requer a diligência ao Juiz. E isso só ocorre porque, apesar de o inquérito policial ser eminentemente inquisitório, o indiciado e seu defensor têm acesso as provas produzidas, principalmente de natureza técnica, sob pena de quebra dos princípios da ampla defesa e da igualdade de armas. Ocorre, porém, que algumas perícias são realizadas logo no início do inquérito policial sob o argumento do perecimento rápido dos vestígios, de material de difícil conservação ou ainda não existir qualquer indiciado no caso. Nestes casos, a perícia é prova antecipada, de natureza cautelar<sup>85</sup>, exigindo-se sua antecipação *ad perpetuam rei memoriam*. Nestes casos, “o contraditório fica diferido para momentos sucessivos”<sup>86</sup>.

## 5. Conclusão

Diante das observações acima fica patente que o futuro do processo penal se inclina para uma utilização cada vez maior do sistema acusatório, salvaguardando ao indiciado ou ao réu a maior possibilidade de ter conhecimento de todas as provas apresentadas pelo Ministério Público, seja no inquérito ou no processo, só deixando de ser aplicado tal procedimento quando ainda não existir sequer indiciado do fato ou nos casos em que a

<sup>84</sup> passando os exames chamados indiretos à categoria de diretos

<sup>85</sup> onde devem estar presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*

<sup>86</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini/CINTRA, Antonio Carlos de Araujo/DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 8 Edição, 1991, Editora Revista dos Tribunais, p.312

prova tenha natureza cautelar, presentes em sua realização a fumaça do bom direito e o perigo na demora.

Outra observação que aqui deve ser feita é com relação ao juízo de censurabilidade do magistrado na decisão penal condenatória em face de resultado de prova pericial e a possibilidade de apreciação constitucional de seus critérios pelo Tribunal de última instância. Mesmo fazendo uma análise perfunctória do tema, que por si só já é base para um estudo acadêmico profundo, é claro que o princípio da livre apreciação da prova deve estar vinculado ao processo e seu conteúdo e, por conseqüência, ao dever de fundamentar a decisão proferida. Nesse sentido, se entrelaça o princípio da legalidade, o qual junto com o da ampla defesa, constituem o alicerce de todo o Estado de Direito e suas relações com os indivíduos. Existindo, em determinado caso concreto, a possibilidade de ocorrência de violação desses princípios quando da apreciação de mérito feita pelo magistrado em seara penal, não se pode negar ao Réu ou Argüido a possibilidade de ver o seu processo revisto por quem tem a competência legal de manter em vigor e salvaguardar as normas Constitucionais, ressalvado, é claro, o juízo formal de admissibilidade de tal recurso, na conformidade com a lei interna de tal órgão jurisdicional colegiado. Em assim não se admitindo seria o mesmo que estabelecer que os princípios que norteiam as normas têm apenas uma função estática, formal e simbólica, em detrimento da função dinâmica, estrutural e de salvaguarda do processo penal.

De forma específica, em que pese a autoridade jurídica de Jorge de Figueiredo Dias que, salvo engano, melhor solucionou o problema do exame pericial diante da legislação portuguesa, não podemos com ele concordar quando faz uma dicotomia do laudo pericial, uma parte sobre o fato e outra sobre o raciocínio, esta fora do alcance da livre apreciação da prova, pois o laudo é um só e toda a questão de fato acaba por vincular uma questão de direito. Melhor seria a mudança da legislação para incluir toda e qualquer prova no sistema do livre convencimento do magistrado.

Já no caso Brasileiro, importante seria uma reformulação do Código de Processo Penal no sentido de abandonar-se o sistema da prova legal com relação ao exame de corpo de delito, pois atualmente é ele indispensável para a validade do processo, não podendo ser substituído nem mesmo pela confissão do acusado, tendo em vista que outros meios de prova,

principalmente no campo científico<sup>87</sup>, podem levar a certeza da existência do fato delituoso e quem foi o seu autor, fornecendo ao Ministério Público e ao Poder Judiciário o devido e necessário juízo de valor, com a finalidade de se ter a prolação de uma sentença justa. Entretanto, tal medida deve ser tomada em conformidade com os princípios constitucionais do processo penal que garantem ao indivíduo e não só ao cidadão a existência e a observância de regras pré-estabelecidas de um verdadeiro Estado de Direito, que defende em primeira e última análise a dignidade humana de seus habitantes.

---

87 Como ocorre atualmente na Espanha, que a Polícia Científica, através dos mais variados exames concebidos pela ciência, consegue obter a certeza necessária sobre a evolução do fato criminoso e seu autor.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BETTIOL, Guisepe, *Instituições de Direito e Processo Penal*, Coimbra Editora, 1974, Portugal.

BENTHAM, Jeremías, *Tratado de Las Pruebas Judiciales*, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1972, Argentina.

BONNIER, Eduardo, *Tratado Teórico y Práctico de Las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal*, Editora Reus, Madrid, 1928, España.

BRUSA, Emílio, prefácio de *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, de Nicola Framarino Dei Malatesta, Editora Bookseller, 1996, tradução da edição de 1912, feito por Paolo Capitanio, Brasil.

CARRARA, Francisco, *Programa de Derecho Criminal*, Editora Temis, Bogotá, 1957.

CHIOVENDA, Jose, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Editora Reus, Madrid, España.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, *Teoria Geral do Processo*, 8a. Edição, 1991, Editora Revita dos Tribunais, Brasil, em conjunto com GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Candido Rangel.

CUNHA, Paulo, *Processo Comum de Declaração*, 1944, Brasil

DIAS, Jorge de Figueiredo,

- *Direito Processual Penal*, Editora Coimbra, 1974, Portugal.

- *Direito Processual Penal*, Editora Coimbra, 1981, Portugal.

DIAZ DE LEON, Marco Antonio, *Tratado sobre Las Pruebas Penales*, Editora Porrúa S.A., 1988, México.

DINAMARCO, Candido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 8a. Edição, 1991, Editora Revita dos Tribunais, Brasil, em conjunto com CINTRA, Antonio Carlos de Araujo e GRINOVER, Ada Pellegrini.

ECHANDIA, Devis, *Teoria General de La Prueba Judicial*, 1981, Buenos Aires, Argentina

FENECH, Miguel, *El Proceso Penal*, 4a. Edição, Editora Madrid Agesa, 1982, Espanha.

FERNANDES, Antonio Scarance, *Nulidades no Processo Penal*, 4a. Edição, 1995, Editora Malheiros, Brasil, obra conjunta com GRINOVER, Ada Pellegrini e GOMES FILHO, Antonio Magalhães.

FERREIRA, Manuel de Cavaleiro, *Curso de Direito Processual Penal*, Editora Danúbio, 1986, Portugal.

FLORIAN, Eugenio, *De Las Pruebas Penales*, Editora Temis, 1968, Bogotá.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia,

- *Código de Processo Penal Anotado*, 1987, Portugal.

- *Código de Processo Penal Anotado*, 1996, Portugal.

- *Código de Processo Penal Anotado*, Editora Almedina, 1998, Portugal.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Nulidades no Processo Penal*, 4a. Edição, 1995, Editora Malheiros, Brasil, obra conjunta com FERNANDES, Antonio Scarance e GRINOVER, Ada Pellegrini.

GOMEZ COLOMER, Juan Luiz, *El Proceso Penal Alemán*, Editora Bosh, 1984, Espanha.

GRINOVER, Ada Pellegrini,

- *Nulidades no Processo Penal*, 4a. Edição, 1995, Editora Malheiros, Brasil, obra conjunta com FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães.

- *Teoria Geral do Processo*, 8a. Edição, 1991, Editora Revita dos Tribunais, Brasil, em conjunto com CINTRA, Antonio Carlos de Araujo e DINAMARCO, Candido Rangel.

HENRIQUES, Manuel L., *Código de Processo Penal Anotado*, Editora Rei dos Livros, 1996, Portugal, obra em conjunto com PINHO, David B. e SANTOS, Manuel S.

LIEBMAN, Enrico Tulio, *Corso di Diritto Processuale Civile*, 1952.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei, *ALógica das Provas em Matéria Criminal*, Tradução de CAPITANIO, Paolo, Editora Bookseller, 1996, Campinas, Brasil.

- MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal*, Editora Ejea, 1952, Buenos Aires, Argentina.
- MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*, Editora Bookseller, 1997, Brasil.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, *Processo Penal*, Editora Atlas, 1991, Brasil.
- MIRANDA, Pontes, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1947, Editora Forense, Brasil.
- MITTERMAIER, C. J. A. , *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, 3. Edição de 1848, Traduzido por HEINRICH, Herbert Wuntzel, 1996, Editora Bookseller, Brasil.
- PINA, Rafael, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editora Reus, Madrid, 1934, España.
- PINHO, David B., *Código de Processo Penal Anotado*, Editora Rei dos Livros, 1996, Portugal, obra em conjunto com HENRIQUES, Manuel L e SANTOS, Manuel S.
- PINTO, António Augusto Tolda, *Novo Processo Penal*, Editora Rei dos Livros, 1998, Portugal
- ROMERO COLOMA, Aurélia Maria, *Estudios de La Prueba Procesal*, Editora Colex, 1986, España.
- SANTOS, Manuel S., *Código de Processo Penal Anotado*, Editora Rei dos Livros, 1996, Portugal, obra em conjunto com PINHO, David B. e HENRIQUES, Manuel L.
- SILVA, Germano Marques, *Curso de Direito Processual Penal*, Editora Verbo, 1993, Portugal.
- TORNAGHI, Hélio, *Instituições de Processo Penal*, Editora Forense, 1959, Brasil.
- VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico crítico filosófico de los Procedimientos Judiciales en materia Civil Según La Nueva Ley de Enjuiciamiento*, Editora Gaspar y Roig, Madrid, 1856, España.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 36, I, III, Portugal.

FERREIRA, Marques, *in Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra, 1988, Portugal.

NEVES, Castanheira, *in Seminários de Processo Criminal*, 1967/68, Portugal.