



Universidade de Brasília  
Graduação em Direito

Janderson Casado de Vasconcelos Santos Junior

## **O CONTRADITÓRIO DA PROVA PERICIAL NO PROCESSO PENAL**

Brasília/DF

2022

JANDERSON CASADO DE VASCONCELOS SANTOS JUNIOR

### **O Contraditório da Prova Pericial no Processo Penal**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito na Universidade de Brasília, sob a orientação do professor Doutor João Costa-Neto.

Brasília/DF

2022

JANDERSON CASADO DE VASCONCELOS SANTOS JUNIOR

**O Contraditório da Prova Pericial no Processo Penal**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito na Universidade de Brasília, sob a orientação do professor Doutor João Costa-Neto.

**Data:** \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**Nota:** \_\_\_\_

---

**Professor Doutor João Costa-Neto**  
**Orientador – UnB**

---

**Professor Doutor Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto**  
**Avaliador – UnB**

---

**Professor Doutor Paulo de Souza Queiroz**  
**Avaliador – UnB**

---

**Professor Mestre Mateus Rocha Tomaz**  
**Avaliador suplente – UnB**

## **AGRADECIMENTOS**

Não poderia, nas vésperas de concluir a graduação, deixar de agradecer aos brilhantes professores com quem tive a oportunidade de conviver e aprender ao longo dos anos. Ao João Costa-Neto, meu orientador para este trabalho, por toda paciência, ajuda, disposição e referências ao longo dos últimos meses. Ao Carlos Frederico, por ter me acompanhado por tantos anos e contribuído tanto à construção do meu conhecimento. Ao Ney e ao Paulo Queiroz, por terem sido fundamentais na formação do meu pensamento crítico acerca do direito e do processo penal. Ao Michelangelo, à Maria Luiza, ao Cristiano Paixão e ao Otávio Maciel, por, no início da graduação, terem sido responsáveis por despertar o meu interesse em várias áreas que jamais imaginaria me interessar, com a consequente vontade de aprender mais e descobrir mais. E a tantos outros, que deixo de listar nominalmente para poupar espaço e trabalho ao leitor, pelos mais diversos motivos.

Também, ao concluir mais essa etapa da minha vida, não poderia deixar de agradecer à minha família, que há tantos anos vêm me apoiando e acompanhando. Certamente foram fontes importantíssimas de inspiração, e me parece inconcebível chegar até onde estou sem eles.

E, por fim, registro agradecimento aos amigos que me foram importantes fontes de apoio e incentivo ao longo desses últimos meses (e anos, se considerarmos toda a graduação!).

O caminho certamente não foi fácil, mas, com todo o carinho, auxílio, inspiração e companhia dessas pessoas incríveis, jamais poderia dizer que foi difícil.

*“A liberdade não é um luxo dos tempos de bonança; é, sobretudo, o maior elemento de estabilidade das instituições.”*  
*Rui Barbosa*

## RESUMO

O contraditório é garantia fundamental prevista na Constituição, consubstanciada no direito das partes de se manifestarem sobre os atos processuais e terem a capacidade de influenciar de forma significativa o julgamento. Contudo, a prova pericial mostra aparente dificuldade para a concretização desse princípio: a própria natureza desse meio de prova implica a necessidade de conhecimentos especializados – distintos daqueles esperados dos sujeitos do processo – para a sua produção, compreensão e discussão. Hipotetiza-se que o contraditório em face da prova pericial concretiza-se através de dois principais modos: os institutos processuais que têm como finalidade específica a solução desse problema e a argumentação jurídica empregada pelos sujeitos do processo para sustentar uma ou outra conclusão. O presente trabalho se propõe a realizar um estudo acerca da doutrina e jurisprudência que diz respeito aos meios de concretização do contraditório que se adequam ao primeiro modelo proposto e um estudo acerca da teoria da argumentação jurídica e do raciocínio empregado pelos tribunais para o segundo modelo. Com isso, busca-se obter melhor compreensão acerca de como o direito brasileiro resolve o aparente paradoxo da necessidade sobre discutir-se e decidir-se sobre aquilo que não se conhece, bem como identificar possíveis preocupações da doutrina acerca de problemas na consolidação do contraditório.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contraditório. Prova pericial. Processo penal. Argumentação jurídica.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. PROBLEMA E HIPÓTESE.....	11
3. METODOLOGIA.....	15
4. A PROVA EM GERAL E A PROVA PROCESSUAL.....	16
4.1. Evidência de um Fato: o que significa afirmar que um fato sustenta outro?.....	16
4.2. Direito probatório: como se comporta a prova no curso do processo judicial?.....	19
5. A PROVA PERICIAL.....	25
6. O CONTRADITÓRIO.....	27
7. A PRIMEIRA SOLUÇÃO: OS MEIOS LEGAIS DE REALIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO SOBRE A PROVA PERICIAL.....	29
7.1. Os Assistentes Técnicos e os Quesitos das Partes.....	29
7.2. A Cadeia de Custódia.....	30
7.3. Outras Formas de Garantia do Contraditório.....	32
8. A SEGUNDA SOLUÇÃO: A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.....	34
8.2. O tratamento dado pelos tribunais.....	37
9. CONCLUSÃO.....	39

## 1. INTRODUÇÃO

Para Gilmar Mendes e Gonet Branco (2020), o devido processo legal é uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, que abrange os direitos (i) ao contraditório e à ampla defesa, (ii) o juiz natural, (iii) a não processado e condenado com base em prova ilícita e (iv) de não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica.

A Constituição garante a todos os acusados, e aos litigantes de modo geral, o direito ao contraditório, que é previsto em seu art. 5.º, LV, ao lado da ampla defesa. Nas palavras de Gilmar Mendes e Gonet Branco (2020), o direito de defesa não se resume ao simples direito de manifestar-se no processo; para eles, o que o constituinte visou a assegurar é a pretensão à tutela jurídica efetiva. Felix Jobim (2018) explica que conceituar contraditório é tarefa hercúlea – talvez, por esse mesmo motivo, os autores citados anteriormente deixaram de fazê-lo, mesmo que tenham apresentado diversas de suas facetas.

Contudo, Felix Jobim (2018) apresenta duas definições: a primeira delas, de índole formal, é a garantia de as partes terem ciência dos atos e termos processuais e de contrariá-los; a segunda, que a observa como um efetivo direito fundamental, é a “técnica que garante a participação efetiva das partes no desenvolvimento do processo, influenciando [...] em todas as discussões, quer fáticas ou jurídicas para a solução decisória final”.

Em outros países, tais como os Estados Unidos, o devido processo legal (lá chamado *due process*) também é desdobrado em diversas garantias e proteções. Henry Friendly (1975, p. 1267) explica que a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos traz a garantia a uma audiência como corolário do devido processo legal. Em seguida (ibid, pp. 1279-1295), ele enumera os fatores que podem ser considerados elementos de uma “audiência justa”, que são os direitos a (i) um tribunal desviesado; (ii) ser notificado da ação proposta e de seus fundamentos; (iii) uma oportunidade para apresentar motivos segundo os quais a ação proposta não deve ser tomada; (iv) arrolar testemunhas, conhecer as provas apresentadas contra si e receber uma decisão baseada apenas nas provas apresentadas; (v) ser representado por um advogado; (vi) a criação de ata da audiência e a apresentação de razões escritas; e (vii) um julgamento público.

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha traz consigo provisões similares. O artigo 103 (1) do referido diploma garante, a todas as pessoas, “[...] uma audiência em conformidade com a Lei”. O artigo 104 (1) da Lei fundamental informa, ainda, que “A liberdade de uma pessoa pode ser restringida apenas de acordo com uma Lei formal e segundo os procedimentos nela previstos [...]”.

É notável, ainda, que o art. 104 (3) da Lei Fundamental alemã prevê a qualquer pessoa presa provisoriamente sob a suspeita de ter cometido um crime o direito de ser informada das razões da prisão e de levantar objeções. Essa provisão amolda-se à definição formal de contraditório dada por Félix Jobim; contudo, a literalidade do dispositivo não parece indicar a sua aplicabilidade aos processos em que se busca a condenação definitiva do acusado.

Não obstante, O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha já interpretou o art. 103 (1) da Lei Fundamental no sentido de que os tribunais não podem prolatar uma decisão terminativa sobre uma situação concreta da vida sem a prévia oitiva das partes envolvidas. Na mesma ocasião, o Tribunal interpretou que a dignidade da pessoa humana (prevista no art. 1.º da Lei Fundamental) impede que se disponha sobre o direito e a integridade física do indivíduo de maneira leviana, com base somente na opinião da autoridade estatal; assim, deve ser ouvido previamente a fim de poder ter influência sobre o processo e seu resultado (HARTMANN, 2021).

Dentre os diversos corolários do devido processo legal observados, pretende-se dar atenção ao contraditório, presente, de uma forma ou de outra, nos três sistemas jurídicos brevemente analisados.

A realização do contraditório em face da prova pericial se mostra problemática na medida em que esse meio probatório é, por definição, aquele que versa “sobre questões que estão fora da órbita do saber ordinário” (LOPES JR., 2020). Ela tem, segundo Lopes Jr. (ibid), a função justamente de subministrar essas questões para um conhecimento comum às partes e ao juiz. Como podem, então, as partes efetivamente participarem no desenvolvimento do processo e influenciar as discussões relativas a essa prova – ou seja, exercer o contraditório – quando ela, por essência, está fora da órbita do saber ordinário?

O art. 182 do Código de Processo Penal determina que o juiz não está adstrito ao laudo, e lhe confere a prerrogativa de aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte. Lopes Jr. (ibid) faz bem ao lembrar que a exposição de motivos do Código é expressa ao afirmar que “todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi*

*legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outras”. Contudo, também não é o juiz sujeito dotado do conhecimento técnico necessário para fazer um juízo científico acerca dos substratos avaliados pela prova pericial; como justificar, portanto, que ele possa optar por não acatar o laudo, ou, ainda, por acatá-lo apenas parcialmente?

É interessante notar que o Código de Processo Civil prevê, em seu art. 479, a obrigação de o juiz apreciar “a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371” e de indicar na sentença “os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”. Por essa razão, Theodoro Jr. (2019) explica que o juiz pode formar a sua convicção de modo contrário ao laudo pericial, contanto que fundamentado em outros elementos ou fatos provados no processo.

Sarno Braga (2015) aprofundou esse entendimento, afirmando que, ao avaliar a perícia, o magistrado pode levar em consideração os métodos empregados nos laudos, a autoridade científica de seus autores, a aceitação dos métodos e instrumentos científicos empregados no meio profissional, a coerência de seus argumentos em conclusão e outros. Dessa forma, para esse autor considera que o juiz “Pode arguir, por exemplo, que o laudo foi inconsistente, incoerente, insuficiente na técnica ou método utilizado etc.”

Vale lembrar, nesse ponto, que o art. 93, IX, da Constituição Federal determina, sob pena de nulidade, o dever de serem fundamentadas as decisões judiciais. Dessas premissas, decorre, logicamente, que o juiz deve fundamentar a sua opção por deixar de acatar as conclusões daquela prova que demanda saber de fora de sua área de *expertise*. Ainda, é prerrogativa das partes que possam influenciar essas conclusões – e a prova pericial está situada, também, fora da área de *expertise* de seus patronos.

Por isso, a discussão acerca de como realizar o contraditório em face da prova pericial se mostra constitucionalmente imprescindível. Mas a sua relevância não é exclusivamente dogmática: a prática penal no Brasil e no mundo mostra que a adequada discussão e avaliação da prova pericial é essencial para a resolução dos casos complexos. Com a boa realização do contraditório acerca desse instrumento probatório, foi possível absolver Amanda Knox e Israel Pacheco – a primeira,

condenada injustamente com base em prova pericial maculada<sup>1</sup> e, o segundo, em razão de ter sido desconsiderada prova pericial que lhe inocentava<sup>2</sup>.

## 2. PROBLEMA E HIPÓTESE

Feitas as considerações preliminares, não se pode olvidar que existem dificuldades de ordens teórica e prática na garantia do contraditório no que diz respeito à prova pericial. Como qualquer outro meio de prova, a pericial (às vezes chamada “prova técnica” ou “prova objetiva”) deve ser avaliada pelo magistrado em conjunto com todas as provas carreadas aos autos e segundo as normas processuais constitucionais e legais. Como brevemente observado, a prova pericial pode levar a conclusão inadequada ou ser incorretamente desconsiderada, de forma a produzir uma injusta condenação. Ambas as situações devem ser evitadas.

Não obstante, a discussão e avaliação da prova pericial no curso do processo pode não ser fácil – aliás, a sua própria natureza indica que, na maioria dos casos, identificar os motivos pelos quais o laudo pericial deve ou não ser acatado demanda conhecimentos que os profissionais do Direito, em geral, não detêm. Como visto, a doutrina chega a afirmar que, ao justificar a desconsideração do laudo pericial, o magistrado pode avaliar os métodos empregados na sua confecção, a acepção os instrumentos dentro do meio profissional em que foram empregados, a autoridade dos autores do laudo e até mesmo a própria coerência do laudo.

Contudo, não pode incumbir ao próprio magistrado deter o conhecimento necessário para deliberar acerca da qualidade científica da prova, tais como os métodos empregados e a coerência do laudo. Sarno Braga (2015) aponta entendimento do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual não é lícito ao magistrado “trazer aos autos impressões pessoais e conhecimentos extraprocessuais que não possam ser objeto do contraditório e da ampla defesa pelas partes litigantes”<sup>3</sup>. Precedente mais recentes do referido tribunal expõe que compete “ao juiz apreciar livremente a prova”, mas que ele não tem a “prerrogativa

1 HOLLEY, Peter; IZALDI, Elahe. Following acquittal, tearful Amanda Knox says she is ‘incredibly grateful’. [online] Disponível na *internet* via <<https://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2015/03/27/italian-high-court-overtums-amanda-knox-murder-conviction/>>. Acesso em 31.07.2022.

2 MATOS, Marco. ‘Quero fazer a minha vida’, diz gaúcho inocentado por DNA após passar 10 anos na cadeia por estupro. [online] Disponível na *internet* via <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2018/12/21/quero-fazer-a-minha-vida-diz-gaucha-inocentado-por-dna-apos-passar-anos-na-cadeia-por-estupro.ghtml>>. Acesso em 31.07.2022.

de trazer aos autos impressões pessoais e conhecimentos extraprocessuais que não possam ser objeto do contraditório e da ampla defesa pelas partes litigantes, nem lhe confere a faculdade de afastar injustificadamente a prova pericial, porquanto a fundamentação regular é condição de legitimidade da sua decisão”.<sup>4</sup>

Consolida-se, dessa forma, um aparente dilema, no qual incumbe ao magistrado o dever de fundamentar as suas decisões – dever este de índole constitucional, em face do que dispõe o art. 93, IX, da Constituição Federal – ao mesmo tempo em que a prova pericial submete à sua apreciação elementos que lhe fogem o conhecimento esperado e, na ocasião de possuir saber extraprocessual que lhe permita avaliar o laudo por um viés científico, lhe é vedado empregá-lo sem que os fundamentos para tal sejam incluídos no processo.

E não é só: a função de enfrentar a prova pericial não incumbe somente ao magistrado, como, também, aos demais sujeitos do processo, uma vez que o contraditório, pelas definições que lhe atribui Félix Jobim, implica o direito de as partes se manifestarem sobre as provas produzidas e, em face delas, serem capazes de influenciar o resultado do julgamento.

O problema que o presente trabalho busca enfrentar, dessa forma, é a pergunta de como podem – tanto numa perspectiva estritamente dogmática quanto numa perspectiva prática – as partes, representadas por seus patronos, e os magistrados manifestarem-se acerca desse meio de prova que, por sua própria

3 “1. A finalidade da prova é o convencimento do juiz, sendo ele o seu direto e principal destinatário, de modo que a livre convicção do magistrado consubstancia a bússola norteadora da necessidade ou não de produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide, bem como lhe cabe atribuir o peso que entender devido a cada um dos elementos probatórios constantes dos autos. Assim, deve o magistrado analisar livremente o conjunto de provas, expondo os fundamentos que o levaram àquela conclusão, a qual deve estar atrelada à racionalidade e à atenção exclusiva aos elementos de convicção constantes dos autos (art. 131 do CPC).

2. Dessarte, a diretriz resultante da interpretação conjunta dos arts. 131 e 436, Código de Processo Civil, permite ao juiz apreciar livremente a prova, mas não lhe dá a prerrogativa de trazer aos autos impressões pessoais e conhecimentos extraprocessuais que não possam ser objeto do contraditório e da ampla defesa pelas partes litigantes, nem lhe confere a faculdade de afastar injustificadamente a prova pericial, porquanto a fundamentação regular é condição de legitimidade da sua decisão.” (STJ, REsp 1.095.668/RJ, 4.ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 12.03.2013, DJe 26.03.2013)

4 “3. Dessarte, a diretriz resultante da interpretação conjunta dos arts. 131 e 436, Código de Processo Civil, permite ao juiz apreciar livremente a prova, mas não lhe dá a prerrogativa de trazer aos autos impressões pessoais e conhecimentos extraprocessuais que não possam ser objeto do contraditório e da ampla defesa pelas partes litigantes, nem lhe confere a faculdade de afastar injustificadamente a prova pericial, porquanto a fundamentação regular é condição de legitimidade da sua decisão. Precedentes.”

(STJ, AgInt no REsp 1.837.391/DF, 3.ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 20.04.2020, DJe 24.04.2020)

natureza, é estranho ao conhecimento que normalmente detêm e até mesmo ao conhecimento que podem empregar.

O que se propõe nessa análise inicial é que o contraditório acerca da prova pericial pode ser realizado, a grosso modo, de duas principais formas. A primeira delas é por intermédio dos mecanismos processuais previstos com a finalidade específica de superar a barreira criada pela necessidade de utilização de conhecimento científico especializado no curso do processo. Dentre eles, incluem-se a possibilidade de contratação de peritos particulares, os direitos de indicar assistentes técnicos e de formular quesitos ao perito do juízo, a intimação do perito para prestar esclarecimentos, a possibilidade de o juiz determinar nova perícia e a previsão recém incluída ao Código de Processo Penal da cadeia de custódia e os elementos que a compõem.

A segunda dessas formas é por intermédio da argumentação jurídica. Propõe-se que, mesmo quando o laudo pericial demanda conhecimentos que fogem do saber do magistrado e das partes, a distinção entre a metodologia científica empregada nesse meio de prova e a metodologia jurídico-processual empregada no curso do processo e, especialmente, nos atos decisórios, implica a possibilidade de afastar-se as conclusões do laudo.

Desde já, esse segundo âmbito de concretização do contraditório merece esclarecimentos. A argumentação dentro do processo – até mesmo em face da ampla defesa – não pode limitar-se a apenas alguns elementos e não a outros, salvo quando limitada por outro direito, garantia ou princípio de índole fundamental. Dessa forma, o estudo acerca da argumentação com relação à prova pericial não pode partir do pressuposto de que existe uma delimitação apriorística acerca de como deve ser realizada ou de qual pode ser o seu objeto; ao contrário, a análise deve ser centrada numa perspectiva prática, na qual se busca encontrar os meios através dos quais as partes efetivamente podem enfrentar o laudo pericial (tanto para sustentá-lo quanto para contrariá-lo).

Dessa forma, propõe-se o seguinte exemplo. No curso da instrução de um processo no qual busca-se apurar se algum sujeito portava arma de fogo em determinada situação, uma filmagem de câmera de segurança é submetida à perícia, a qual atesta não ter sido possível constatar o objeto. Há, contudo, testemunha que afirma ter visto o sujeito portando o objeto no dia dos fatos, bem como prova documental que indica que ele comprou arma de fogo anos atrás. Por

um lado, é evidente que o laudo pericial apresenta limitações, já que não lhe foram submetidos todos os elementos de prova produzidos no curso da instrução; por outro, é inteiramente possível que o laudo estivesse correto, uma vez que, mesmo caso a testemunha tenha dito a verdade, os demais elementos não fornecem permitem ter-se certeza que, na situação analisada, o sujeito portava o objeto.

No exemplo apresentado, a conclusão definitiva acerca dos fatos que se deseja provar não pode ser alcançada apenas por um elemento ou por outro, mas, sim, pela análise do conjunto das provas produzidas. A argumentação jurídico-processual, nesse caso, recai sobre objeto mais amplo do que a argumentação científica do laudo pericial. É justamente nessa distinção de objeto que reside a possibilidade prática de realizar-se o contraditório sobre a prova pericial.

É relevante, ainda, a diferença do *standard* argumentativo empregado no processo daquele empregado na ciência, fator que ganha ainda mais relevância no processo penal. O Superior Tribunal de Justiça, em múltiplas ocasiões, já decidiu que a condenação no processo penal necessita de que as acusações sejam demonstradas “além de qualquer dúvida razoável”<sup>56</sup>. A ciência, por outro lado, não se

5 “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. INSUFICIÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO À CONDENAÇÃO. ART. 158 - CPP. AUSÊNCIA DE PERÍCIA CONTÁBIL SEM JUSTIFICATIVA. PROVA EMPRESTADA INCONCLUSIVA.

1. Esta Corte considera indispensável a prova técnica nas infrações que deixam vestígios, admitindo, apenas em caráter excepcional, que a ausência do exame pericial seja suprido pela prova testemunhal, nas hipóteses em que não for possível a realização de perícia ou os traços indicativos do fato a ser constatado pelo exame tiverem desaparecido. Precedentes.

2. **Registrou-se, no presente feito, que não houve demonstração, para além de qualquer dúvida razoável, das acusações descritas na denúncia**, pois, atentando-se para o fato de que não se realizou perícia contábil, sobrelevou-se que ‘nas duas contas bancárias referidas pela denúncia houve entradas de dinheiro de ao menos duas ou três pessoas, não é possível, à luz da frágil prova técnica emprestada, afirmar indubitavelmente que valores nelas depositados constituíam numerário furtado da Sociedade Fábio Kadi Advogados’, afirmando-se, ainda, que ‘[a] mera análise dos extratos de ambas as contas não propicia conclusões distintas’.

3. **À míngua de concludente exame técnico e de dados pertinentes às operações, não se pode argumentar que a perícia contábil levada a efeito na reclamação trabalhista ajuizada pela ré (prova emprestada), contra a pessoa jurídica ofendida, se prestaria, com segurança, a demonstrar a materialidade dos delitos**, tanto mais que essa prova foi inconclusiva, sendo inapta a apontar, de forma inequívoca, os eventuais valores que teriam sido subtraídos pela agravada, impondo-se-lhe a absolvição diante da dúvida razoável.

4. Agravo regimental desprovido.”

(STJ, AgRg no AREsp 2.026.625, 6.<sup>a</sup> T., rel. Min. Olindo Menezes [Desembargador convocado do TRF da 1.<sup>a</sup> Região], j. 21.06.2022, DJe 24.06.2022)

6 “PENAL. AUTORIDADE COM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NO STJ. ART. 105, I, ‘A’, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LESÕES CORPORAIS LEVES. ART. 129, ‘CAPUT’, DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL NÃO CONFIRMADOS EM JUÍZO. ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA DA CONDUTA CRIMINOSA IMPUTADA. DÚVIDA RAZOÁVEL ACERCA DA MATERIALIDADE DO FATO. ABSOLVIÇÃO DE QUE SE IMPÕE NOS TERMOS DO ART. 386, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

submete a critério similar; segundo Köche (2011, pp. 75-76), o que ela busca é hipóteses corroboradas, ou seja, que elas se sustentem em face das tentativas de contrariá-las. Nessa outra distinção reside outra possibilidade de afastar-se as conclusões oferecidas pela prova pericial pela utilização da argumentação jurídica.

De forma geral, são muitas as diferenças entre o processo judicial e a ciência, e delas surge a possibilidade de os sujeitos do processo chegarem a conclusões distintas daquelas do perito. Ao fazerem, argumentam – tanto para si mesmos, ao justificar internamente a discordância, quanto para os demais sujeitos do processo, ao buscar convencê-los a acompanhar a discordância. Essa é, portanto, a essência da segunda solução proposta ao dilema do contraditório da prova pericial.

### 3. METODOLOGIA

Para enfrentar o problema apresentado, o presente estudo se propõe a partir de uma análise dogmática do direito probatório, com ênfase na prova pericial, com o fim de delimitar o que se compreende por prova e qual posição ocupa dentro do sistema processual penal brasileiro. Com isso, pretende-se sintetizar os ensinamentos da doutrina jurídica contemporânea acerca da prova, de forma a melhor compreender as suas regras, características e finalidades. Falar em finalidades, nesse ponto, não se resumirá à simples função de provar fatos; indo além busca-se compreender, por exemplo, como ocorre o convencimento do magistrado ou como se alcança a verdade real. Ainda, busca-se compreender os requisitos aos quais a prova está submetida, tais como a já mencionada necessidade de superação da dúvida razoável para sustentar o juízo acusatório.

Estabelecida a disciplina da prova e da prova pericial, pretende-se passar a uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca do contraditório com vista à

1. Trata-se de denúncia do Ministério Público Federal em desfavor de autoridade com foro por prerrogativa de função neste Superior Tribunal de Justiça, na forma do art. 105, I, 'a', da Constituição Federal, pela suposta prática do crime previsto no art. 129, 'caput', do Código Penal.

2. Afasto afasto a prescrição, considerando como marco interruptivo a data da decisão que tornou definitivo o recebimento da denúncia, com o julgamento dos embargos de declaração (21 de março de 2018), uma vez que não transcorreu prazo superior a 4 anos até a presente data.

3. A denúncia foi recebida, ante a presença de indícios de materialidade e autoria, mas os elementos de informação colhidos no inquérito policial não foram confirmados em juízo, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, na forma do art. 155 do Código de Processo Penal.

4. **Diante da ausência de prova robusta da própria conduta criminosa (dolosa ou culposa) descrita na denúncia, conclui-se existir dúvida razoável acerca da materialidade do fato, o que impõe a absolvição nos termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal.**

5. Rejeição da pretensão punitiva, com a consequente absolvição do acusado.”

(STJ, Apn 878/DF, CE, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 15.12.2021, DJe 03.03.2022)

densificação desse princípio-direito. Com isso, busca-se obter melhores parâmetros para avaliar as dificuldades encontradas na concretização do contraditório em face da prova pericial, bem como as soluções posteriormente encontradas.

Em seguida, serão estudadas as soluções para o problema em duas seções, correspondentes às categorias propostas na hipótese. Para a primeira, consistente nos meios processuais previstos com a destinação específica de consolidação do contraditório em face da prova pericial, pretende-se dar ênfase ao estudo da doutrina e das teses firmadas na jurisprudência e nos precedentes que dizem respeito aos institutos pertencentes a essa categoria. Para a segunda, a argumentação jurídica acerca da prova pericial, será feito estudo da teoria da argumentação jurídica de Atienza (2013).

Com isso, pretende-se obter aprofundado entendimento acerca dos meios de concretização do contraditório acerca da prova pericial no processo penal, bem como identificar divergências acerca da existência, modo de ser ou efetividade desses meios. Ainda, busca-se identificar se alguma das fontes consultadas manifesta preocupação acerca da inexistência de meios adequados para solucionar alguma dificuldade no problema apresentado. Por fim, deseja-se identificar se alguma das fontes propõe consultadas solução ao problema apresentado que não pertence à classificação proposta, com a conseqüente necessidade de aprofundamento acerca de suas peculiaridades.

#### **4. A PROVA EM GERAL E A PROVA PROCESSUAL**

##### **4.1. Evidência de um Fato: o que significa afirmar que um fato sustenta outro?**

Schauer (2022, pp. 1-2) explica que fatos existem independentemente das opiniões pessoais ou políticas que as pessoas podem ter a respeito deles. Dessa forma, a realidade empírica distingue-se (i) do que as pessoas desejam que ela fosse, (ii) do que elas acreditam que ela é, e (iii) do que deve ser feito acerca dela. Contudo, para esse autor, afirmar que fatos existem é tarefa muito diferente de determinar quais são esses fatos (ibid, p. 4). Para isso, utilizamo-nos da evidência, compreendida como os fatos que levam à conclusão acerca da existência ou inexistência de outros fatos (ibid, pp. 4-5).

Schauer, então, rememora um adágio atribuído a Theodore Woodward que diz “Se você ouvir o som de cascos, pense cavalos, não zebras”. O motivo para isso, segundo o autor, é o fato de que cavalos são muito mais comuns que zebras na maioria das situações, de forma que, na ausência de mais evidência, a explicação mais provável para o som descrito é o andar de cavalos. Ele explica que evidência diz respeito a inferências, e inferências, a probabilidades. Se um cidadão é italiano, é provável que ele fale italiano; mesmo que seja possível que essa inferência esteja incorreta, isso não significa que a cidadania de determinada pessoa não é evidência de que ela fala o idioma mais prevalente nessa cidadania (ibid, pp. 15-16).

Nesse sentido, formular inferências é inerentemente arriscado, já que a própria natureza do raciocínio indutivo significa que existe possibilidade de erro. Contudo, é possível mitigar o risco mediante a utilização de evidência “melhor” ou “mais forte”, ou seja, aquela que possui maior probabilidade de produzir conclusões corretas. Essa probabilidade é tipicamente maior quando a evidência vem de experimentos cuidadosamente planejados e conduzidos, apesar de Schauer reconhecer que não existe nada na evidência proveniente de experimentos e laboratórios que a torne *necessariamente* mais forte que os outros tipos de evidência (ibid, pp. 17-20).

É interessante notar, contudo, que foi exatamente em face desse paradigma que se desenvolveu o método científico. Kerlinger (1980, p. 40, apud KÖCHE, 2011, p. 109) explica que as hipóteses são ferramentas que podem ser testadas e mostradas como provavelmente corretas ou incorretas. Popper (1975, p. 308, apud KÖCHE, 2011, p. 86), contudo, adverte que não é objetivo da ciência tornar as suas respostas finais ou até mesmo prováveis, e sim o de “o de sempre descobrir problemas novos, mais profundos e mais gerais, e de sujeitar suas respostas, sempre provisórias, a testes sempre renovados e sempre mais rigorosos”. Essa concepção converge com aquela apresentada por Schauer anteriormente descrita: a ciência se utiliza de experimentos cuidadosamente planejados e conduzidos não com o fim último de produzir evidência mais forte que as demais, apesar de isso ocorrer incidentalmente em razão da própria natureza do método científico.

Passada essa digressão, que será retomada em momento posterior, retorna-se ao pensamento de Schauer. Esse autor procede a explicar que a afirmação de que determinado postulado foi feito “sem evidência”, na maioria dos casos, não significa falar na completa ausência de evidência, mas, sim, que aquela utilizada

para sustentar a proposição não era do tipo correto ou não era suficiente para satisfazer quem faz a afirmação (SCHAUER, 2022, pp. 21-22).

Afinal, a finalidade da evidência é a de levar à crença de que algo é verdadeiro. Não basta, apenas, que ela exista e que indique ser provável determinada conclusão; ela deve, ainda ser dotada das características adequadas para produzir essa crença. Por esse motivo, deve-se fazer duas perguntas acerca da evidência apresentada: o que ela está tentando estabelecer e se ela própria é verdadeira. Afinal, uma testemunha que afirma ter visto um acusado nas proximidades da cena do crime de nada serve para formular um juízo acusatório se a pessoa vista não era, de fato, o acusado. A veracidade da evidência é, ela própria, baseada em outras evidências (ibid, pp. 23-24).

Contudo, o que significa dizer que um fato é evidência de outro em vez de simplesmente possuírem uma correlação estatística que não dá ao primeiro o condão de sustentar a verdade do segundo? Para responder à pergunta, Schauer recorre ao teorema de Bayes, segundo o qual, dada uma probabilidade apriorística de que determinado evento seja verdadeiro, a introdução de nova evidência correlacionada à conclusão permite calcular uma nova probabilidade de que ela seja verdade. Dessa forma, pode-se dizer que um fato que aumenta a probabilidade de determinada conclusão ser verdadeira é “evidência dessa conclusão”, enquanto aquele que diminui essa probabilidade é “evidência contrária à conclusão”. Aqueles fatos que não influenciam a probabilidade de determinada conclusão ser verdadeira, ao contrário, simplesmente não são evidência – ou, pelo menos, evidência favorável ou contrária à conclusão avaliada (ibid, pp. 24-26).

Disso decorre o equívoco no pensamento de que um fato só é evidência caso a conclusão que ele sustenta acabe por ser demonstrada verdadeira, enquanto, antes disso, seria apenas “evidência potencial”. Determinar se algo é ou não evidência de uma conclusão ocorre *durante* o processo de descoberta da verdade, e não após ele – e é aqui que reside a importância de compreender-se evidência como algo que torna determinada conclusão mais ou menos provável (ibid, pp. 26-27).

Essa concepção, que é frequentemente contrária ao senso comum, é sustentada pelo artigo 401 das *Federal Rules of Evidence* dos Estados Unidos – diploma legal que dispõe sobre direito probatório –, segundo o qual “A evidência é relevante se ela tem qualquer tendência de tornar um fato mais ou menos provável

do que ele seria sem essa evidência [...]”<sup>7</sup>. No curso do processo, as decisões acerca da admissibilidade da evidência são tomadas concretamente, antes do veredito final, mas em face da prova já produzida, de forma que esse juízo decisório é proferido sem que exista certeza acerca da verdade das conclusões e tampouco acerca de quais outras provas serão produzidas (ibid, p. 27).

Importa notar que o trabalho de Schauer não tem como escopo a investigação específica acerca da prova produzida no curso do processo. Contudo, o autor utiliza-se de referências ao sistema jurídico em razão de ele ter pensado na evidência de forma mais ou menos sistemática por séculos, de forma que Schauer o considera um “repositório de sabedoria” que não pode ser ignorado (ibid, p. 10).

Esse paralelo, contudo, dá o ensejo para o próximo tópico que deseja-se abordar, que é a prova judicial. Com efeito, conquanto os aspectos gerais da evidência descritos por Schauer ofereçam um paradigma robusto para a sua adequada compreensão nos mais diversos campos, não se pode olvidar que, por ser dotado de regras próprias, os sistemas jurídicos possuem especificidades que distinguem a prova judicial da prova em geral. Destarte, regras procedimentais, *standards* probatórios e limitações quanto ao conteúdo da prova vêm à mente, o que leva à necessidade de aprofundamento no tópico.

#### **4.2. Direito probatório: como se comporta a prova no curso do processo judicial?**

Para Brasileiro de Lima (2020, pp. 657-658), “provar” significa demonstrar a verdade de um enunciado sobre um fato tido como ocorrido no mundo real. Contudo, em análise mais estrita, esse autor identifica que a palavra “prova” é empregada em várias acepções: (i) a atividade probatória, consistente nos atos de verificação e demonstração através dos quais se busca chegar à verdade sobre os fatos relevantes para o julgamento, (ii) o resultado da atividade probatória, caracterizado pela formação da convicção do órgão julgador quanto à existência ou inexistência de determinada situação fática, e (iii) os meios de prova, que são os instrumentos idôneos para atingir-se o resultado da atividade probatória.

<sup>7</sup> *Federal Rules of Evidence*, “Rule 401. Test for Relevant Evidence

*Evidence is relevant if:*

(a) *it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence;*  
*and*

(b) *the fact is of consequence in determining the action.”*

Há, aqui, marcante correspondência com o proposto por Schauer, segundo o qual a evidência não deixa de ser evidência por sustentar hipótese que venha a ser constatada falsa. Se, segundo o que propõe Brasileiro de Lima, a terceira acepção de prova abrange todos os instrumentos idôneos para a formação da convicção do órgão julgador acerca da existência ou inexistência de determinada situação, determinado elemento não perde essa idoneidade para a produção do resultado da atividade probatória pela simples constatação superveniente de que ela não foi suficiente para tal.

A correspondência do pensamento de Schauer com o ensinamento de Brasileiro de Lima é sustentada, ainda, pelo art. 370 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo penal segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça<sup>8</sup>. O referido dispositivo determina que “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. Dessa forma, as provas já são assim consideradas desde o momento em que o juiz avalia a sua necessidade, independente de os fatos que elas buscam provar eventualmente serem tidos ou não por verdadeiros.

Lopes Jr. (2020) explica que o processo penal é um instrumento de retrospectiva, que se volta à reconstrução aproximativa de um fato histórico. As provas, nesse contexto, são o meio através do qual é feita essa reconstrução. Significa dizer que o processo busca, através da prova, criar condições para que o juiz faça a sua atividade cognitiva, a qual culmina no convencimento externado na sentença. Cabe às partes formular hipóteses acerca da ocorrência ou não de um fato e de quem o realizou e ao juiz acolher a mais provável – com estrita observância a determinadas normas.

8 “RECURSO ESPECIAL. INTERCEPTAÇÃO DE DADOS. ASTREINTES. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE POR DECISÕES DO STF. APLICABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO CPC AO PROCESSO PENAL. MULTA DIÁRIA E PODER GERAL DE CAUTELA. TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS. MEDIDAS CONSTRITIVAS SOBRE O PATRIMÔNIO DE TERCEIROS. BACEN-JUD E INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTRADITÓRIO POSTERGADO. ANÁLISE ESPECÍFICA DO CASO CONCRETO. CUMPRIMENTO INTEGRAL. NÃO OCORRÊNCIA. PROPORCIONALIDADE DA MULTA APLICADA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.  
[...]

3. Conforme amplamente admitido pela doutrina e pela jurisprudência, aplica-se o Código de Processo Civil ao Estatuto processual repressor, quando este for omissivo sobre determinada matéria.  
[...]  
(STJ, REsp 1.568.445/PR, 3.<sup>a</sup> S., rel. Min. Rogério Schietti Cruz, rel. p/ acórdão Min. Ribeiro Dantas, j. 24.06.2020, DJe 20.08.2020)

Desde já, chama atenção a correspondência do tratamento dado pela doutrina processual penal à prova judicial com aquele dado por Schauer à prova em geral. Diferente do que poder-se-ia inicialmente imaginar, o posicionamento defendido por Lopes Jr. é de que o juízo criminal profere a sua decisão após escolher a hipótese mais provável, e não aquela de que se tem certeza. Sem deixar de lado a necessidade de o juízo criminal ater-se a determinadas regras ao formular o seu veredito – as quais serão abordadas mais à frente –, é marcante que, também aqui, a atividade probatória pauta-se na probabilidade. Isso é natural, já que a utilização de fatos para provar outros fatos sugere o emprego do método indutivo, o qual é intrinsecamente relacionado a juízos de probabilidade. Contudo, é contraintuitivo, uma vez que já foi estabelecida a necessidade de não restar dúvida razoável para sustentar a tese acusatória.

Brasileiro de Lima (2020, pp. 660-661) acrescenta a isso que a verdade que se busca criar por intermédio da atividade probatória é a verdade processual – aquela capaz de ser atingida através da atividade probatória. Apesar de ela buscar a maior correspondência possível com a verdade histórica, jamais será possível que esta seja atingida com absoluta precisão. Nesse prisma, deve o juiz proferir a sua decisão com base na verdade processual

Lopes Jr. (2020) passa a expor que a atividade probatória e as provas nela colhidas são fundamentais para a seleção e eleição das hipóteses históricas aventadas, com a finalidade última de convencer o juiz – aspecto que ele denomina função persuasiva. Os resultados dessa função dependem de aspectos subjetivos e emocionais do ato de julgar, fatos sintetizado por ele na palavra “fé”. Mas, para além da função de persuadir o magistrado da verdade dos fatos, as provas e a atividade probatória desempenham função de persuadir o cidadão de que o processo penal determina essa verdade.

Em seguida, o autor afirma que a decisão proferida no processo penal manifesta o poder punitivo estatal, de forma que há uma constante necessidade de controle epistêmico da admissão, produção, valoração e decisão. Ele propõe que de nada vale um rígido controle na admissão e produção da prova se é aberto espaço para decisionismo; por esse motivo, sustenta que é necessário o estabelecimento de mecanismos de controle tanto na dimensão das provas quanto na das decisões judiciais. Disso decorre a necessidade de estabelecer-se critérios que delimitem o

que é necessário em termos de prova – ou seja, que disponham acerca de sua qualidade e credibilidade (ibid).

Lopes Jr. (ibid) afirma que, quando uma testemunha ou perito observa um acontecimento ou objeto, é estabelecida uma complexa relação entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível que, com suas limitações e problemas, interessa para o binômio prova-sentença, de forma que precisa ser valorado e avaliado para garantir a sua qualidade epistêmica.

Toda essa delimitação de critérios de valoração e avaliação da prova sobre a qual Lopes Jr. discorre, para ele, ocorre de modo diferente do que no processo civil. Isso porque o processo penal é dotado de particularidades em razão da especificidade de seu objeto e do complexo ritual de exercício de poder que estabelece. O autor sustenta que a busca da verdade real no processo penal historicamente produziu uma “verdade” de menor qualidade, já que a atividade probatória era exercida com menos restrições. Segundo ele, um exemplo disso é a pretérita permissibilidade da tortura, a qual era admitida sob o pretexto de buscar-se a verdade real, mas que acabou por produzir confissões de crimes que não ocorreram e até mesmo que eram impossíveis de ocorrer (ibid).

Por essa razão, o autor propõe que a verdade processual – aquela que o processo penal efetivamente busca desvendar – é condicionada pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa; ela é, assim, “mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética verdade substancial” (ibid). Existem, para ele, quatro sentidos em que essa limitação se manifesta:

- “I – a tese acusatória deve estar formulada segundo e conforme a norma;
- II – a acusação deve estar corroborada pela prova colhida através de técnicas normativamente preestabelecidas;
- III – deve ser sempre uma verdade passível de prova e oposição;
- IV – a dúvida, falta de acusação ou de provas ritualmente formadas impõem a prevalência da presunção de inocência e atribuição de falsidade formal ou processual às hipóteses acusatórias.” (ibid).

A própria noção de verdade processual é posteriormente criticada por Lopes Jr., o qual propõe que qualquer forma de verdade é inalcançável. Ele propõe que a luta pela captura psíquica (ou convencimento) do juiz é das partes, de forma que ele não tem o dever de revelar uma verdade. A decisão judicial, portanto, é “um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido

processo”, de forma que o resultado final do processo deve corresponder ao resultado do convencimento do juiz. Não quer dizer, ele pontua, que se esteja a permitir o decisionismo: os limites à decisão do magistrado são justamente aqueles decorrentes do devido processo legal, que criam “condições de possibilidade para o equilíbrio entre o relativismo cético e a mitológica verdade real” (ibid).

Não obstante serem persuasivos os argumentos de Lopes Jr., a jurisprudência parece distanciar-se desse entendimento, apresentando clara preferência pela busca da verdade real. O Superior Tribunal de Justiça já se utilizou dela para decidir que, ocorrida a preclusão do direito de indicar testemunhas do juízo, é faculdade do magistrado determinar a oitiva de testemunhas distintas daquelas arroladas inicialmente<sup>9</sup>, inclusive em prejuízo do acusado<sup>10</sup>, bem como a possibilidade de aferição da materialidade de crime que deixa vestígio sem a realização de exame pericial<sup>11</sup>.

9 “PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LICITUDE DA PROVA. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. PROVA TESTEMUNHAL APRESENTADA FORA DO PRAZO. PRECLUSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO. [...]

4. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que ‘O direito à prova não é absoluto, limitando-se por regras de natureza endoprocessual e extraprocessual. Assim é que, na proposição de prova oral, prevê o Código de Processo Penal que o rol de testemunhas deve ser apresentado, sob pena de preclusão, na própria denúncia, para o Ministério Público, e na resposta à acusação, para a defesa. No caso vertente, não há ilegalidade na desconsideração do rol de testemunhas da defesa, apresentado fora do prazo legalmente estabelecido, ante a preclusão temporal desta faculdade processual’ (HC 202.928/PR, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 8/9/2014).

5. **Havendo a preclusão temporal, a indicação de testemunhas do juízo, prevista no art. 209 do Código de Processo Penal, não constitui direito subjetivo da parte, mas sim uma faculdade do magistrado, na qual determinará, se entender necessário à busca da verdade real, a oitiva de testemunhas distintas daquelas arroladas inicialmente. [...]**

(STJ, AgRg no HC 549.157/RS, 5.ª T., rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 27.10.2020, DJe 03.11.2020)

10 “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME TIPIFICADO NO ART. 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA NULIDADE. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA DA ACUSAÇÃO A DESTEMPO. REABERTURA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. POSSIBILIDADE. TESTEMUNHA DO JUÍZO. ART. 209 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. BUSCA DA VERDADE REAL. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Como é de conhecimento, a jurisprudência desta Corte Superior possui o entendimento consolidado de que não configura nulidade a ouvida de testemunha indicada extemporaneamente pela acusação, como testemunha do Juízo, conforme estabelece o art. 209 do Código de Processo Penal, em observância ao princípio da busca da verdade real. [...]

(STJ, AgRg no HC 748.058/RS, 5.ª T., rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 21.06.2022, DJe 27.06.2022)

11 “HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DEPUTADO ESTADUAL. DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO E PECULATO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO MOTIVADO DE DILIGÊNCIAS. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. ARTIGO 89 DA LEI N. 8.666/93. EXAME PERICIAL. PRESCINDIBILIDADE. PROVA EMPRESTADA. CONTRADITÓRIO NOS PRESENTES AUTOS. PARTICIPAÇÃO NA PRODUÇÃO PERANTE O PROCESSO DE ORIGEM. INÉRCIA DA DEFESA DEVIDAMENTE INTIMADA PARA O ATO. ARTIGO 565 DO CPP. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ACESSO À INTEGRALIDADE DE AUTOS DE INQUÉRITO CIVIL E DE

Chama atenção, contudo, que os tribunais brasileiros não parecem despreocupados com o devido processo legal ao justificar decisões com base na busca pela verdade real; na realidade, muitas vezes apontam o devido processo legal como pressuposto para decisões que se fundamentam nessa forma de verdade. Assim, apesar da divergência terminológica empregada, o Superior Tribunal de Justiça<sup>12</sup> e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios<sup>13</sup> já proferiram acórdãos que em muito se alinham ao posicionamento externado por

REQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS. INDEFERIMENTO JUSTIFICADO. MODIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO DE PROVAS. DESNECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO ORIGINÁRIO PARA TRASLADO DE PEÇAS. INVESTIGAÇÕES E AÇÕES DE NATUREZA CÍVEIS PRESIDIDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INEXISTÊNCIA. DESNECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO DAS DILIGÊNCIAS PELA CORTE A QUO. RÉUS COM ADVOGADOS DIFERENTES. PRAZO EM DOBRO. NÃO INCIDÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INDEFERIMENTO DAS DILIGÊNCIAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA.

[...]

2. O crime do artigo 89 da Lei n. 8.666/93, possui natureza material, exigindo para sua tipificação, a demonstração de dolo específico e prejuízo ao erário público (HC n. 299.029/GO, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, Dje 23/9/2015), sendo, contudo, despiciendo para a comprovação da materialidade delitiva, a realização de exame pericial.

3. Mesmo em crimes materiais que deixam vestígios, é possível a aferição da materialidade delitiva por outros elementos de prova, lícitos e adequados, para demonstrar a verdade real dos fatos, não sendo o exame pericial a única forma idônea para aferição da materialidade delitiva. Precedentes.

[...]

(STJ, HC 351.763/AP, 5.ª T., rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 24.05.2016, DJe 01.06.2016)

12 “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ART. 129, § 9º, DO CP. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. ROL DE TESTEMUNHAS. TESTEMUNHA DO JUÍZO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

3. No caso dos autos, muito embora a Assistente de Acusação haja apresentado rol de Testemunhas após a apresentação de Resposta à Acusação, e, portanto, a destempo, as testemunhas apontadas foram ouvidas na qualidade de Testemunhas do Juízo, que entendeu que a referida oitiva era necessária para o deslinde da Ação Penal, em observância ao princípio da busca da verdade real, não havendo qualquer impugnação do, ora recorrente, por ocasião da Audiência de Instrução.

[...]

6. No presente caso, a despeito dos argumentos expendidos pelo acusado, **não houve prejuízo à defesa, uma vez que o rol das testemunhas foi apresentado no dia 12 de agosto de 2019, antes da ocorrência do ato instrutório realizado no dia 13 de setembro de 2019, ao qual estava presente a causídica do Réu, a qual pôde, no exercício do devido processo legal, questionar os depoimentos que estavam sendo colhidos naquele momento.** [...]

(STJ, AgRg no AREsp 1.849.946/AM, 5.ª T., rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25.05.2021, DJe 01.06.2021)

13 “DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO DO ÓRGÃO ACUSATÓRIO. SUPOSTO CRIME DE FURTO MEDIANTE FRAUDE. RÉU OUVIDO APENAS NA FASE INQUISITIVA. REVELIA DECRETADA. MATERIALIDADE COMPROVADA. DÚVIDAS DA AUTORIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. ABSOLVIÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

[...]

4. **O processo penal se norteia pela busca da verdade real, de modo que as provas devem ser produzidas dentro de um devido processo legal, assegurando-se às partes o contraditório e a**

Lopes Jr., o que parece indicar, ao menos, uma evolução do antigo paradigma da verdade real no direito processual penal brasileiro.

## 5. A PROVA PERICIAL

Segundo Theodoro Jr. (2019), nem sempre os fatos litigiosos são simples de tal forma que podem ser integralmente revelados ao juiz através dos meios usuais de prova, que são as testemunhas e os documentos. Ainda, não se pode exigir dele que disponha de conhecimentos universais que lhe permitam examinar cientificamente tudo sobre a veracidade e consequência dos fenômenos que podem figurar nas demandas judiciais.

Por essa razão, surge a necessidade de o magistrado recorrer ao auxílio de pessoas especializadas para examinar pessoas, coisas ou documentos envolvidos no litígio de forma a formular um juízo seguro acerca dos fatos e, assim, decidir a causa. A prova pericial, portanto, surge como meio de suprir a carência de conhecimentos técnicos detidos pelo juiz necessários para a apuração dos fatos litigiosos (ibid).

Valendo-se dos ensinamentos de Amaral Santos, ele postula que a perícia é a declaração da ciência quando, mediante o relato das percepções colhidas, se apresenta como prova representativa dos fatos verificados ou constatados. Assim, constitui parecer que auxilia o juiz na interpretação ou apreciação dos fatos da causa (ibid).

Em que pese os ensinamentos de Theodoro Jr. terem sido apresentados no contexto do direito processual civil, eles são de grande valia para a compreensão da perícia no processo penal. Lopes Jr. (2020) explica que a função da perícia é a de subministrar fundamentos para um conhecimento comum às partes e ao juiz sobre questões que estão fora do saber ordinário.

Brasileiro de Lima (2020, p. 727) explica que as perícias têm natureza jurídica de meio de prova. Elas são gênero no qual se inclui o exame de corpo de delito, que versa sobre os vestígios sensíveis deixados pela infração penal, mas, também, diversos outros exames, como aqueles voltados à verificação da sanidade mental ou

**ampla defesa.** Na espécie, restou claro que o acervo probatório quanto à autoria é frágil e insuficiente, haja vista o acusado ter sido ouvido apenas durante a fase inquisitorial, mas não durante a instrução processual, em razão de sua revelia.”

(TJDFT, Acórdão n.º 1436762, proferido na Apelação Criminal n.º 0009090-49.2017.8.07.0007, 2.ª T. Criminal, rel. Des. Josaphá Francisco dos Santos, j. 07.07.2022, DJe 04.08.2022)

da idade do acusado – os quais incluem-se dentro do gênero, mas fora da espécie do exame de corpo de delito. Por meio delas, introduz-se no processo as fontes de prova, ou seja, as coisas de onde provêm a prova.

Assim como Lopes Jr., citado anteriormente, Brasileiro de Lima (ibid, p. 728) aponta que a prova pericial não é hierarquicamente superior às demais; na verdade, ela se torna necessária justamente em face da incapacidade dos demais meios de prova permitirem um juízo seguro com relação a fatos específicos. O entendimento acerca da inexistência de hierarquia dos meios de prova é compatível com aquilo que ensina Schauer: os elementos de prova provenientes de experimentos cuidadosamente planejados e conduzidos tipicamente têm maiores chances de produzir resultados corretos, mas esse não é sempre o caso.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, o sistema do livre convencimento motivado implica na possibilidade de o magistrado formar o seu convencimento com base em quaisquer provas constantes nos autos, não estando adstrito ao laudo pericial<sup>14</sup>. Afasta-se, assim, a ideia da centralidade da prova pericial; ao contrário, Brasileiro de Lima (ibid, p. 728) explica que a sua realização se dá, na maioria dos casos, de forma residual. Ressalva-se, para esse autor, os crimes de fato permanente (aqueles que deixam vestígios), uma vez que o art. 158 do Código de Processo Penal determina a indispensabilidade do exame de corpo de delito nesses casos, apesar de precedente do Superior Tribunal de Justiça citado previamente afirmar que a verdade real implica a possibilidade de dispensar-se o laudo até mesmo nesses casos<sup>15</sup>.

Constatada a necessidade de produção da prova pericial, essa pode ser determinada pela autoridade policial, ministerial ou judiciária, apesar de não poderem determinar a quais conclusões o perito deve chegar. O art. 159 do Código de Processo Penal determina que essa prova deve ser realizada prioritariamente por

14 “AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. NÃO CONHECIMENTO. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. LATROCÍNIO. NULIDADE DA PERÍCIA PARTICULAR. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. AÇÃO PENAL LASTREADA EM OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

[...]

2. Vige no ordenamento jurídico pátrio o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, pelo qual inexistente hierarquia entre os elementos probatórios, de modo que o magistrado pode formar sua convicção com base em quaisquer provas constantes dos autos, não estando vinculado às conclusões da perícia, seja ela oficial ou particular. Precedentes.”

(STJ, AgRg no HC 521.900/RJ, 5.ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 04.02.2020, DJe 13.02.2020)

15 Cf. STJ, HC 351.763/AP, 5.ª T., rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 24.05.2016, DJe 01.06.2016.

perito oficial, enquanto o § 1.º do referido dispositivo autoriza, na falta daquele, a realização por duas pessoas idôneas e portadoras de diploma de ensino superior, os quais devem prestar compromisso de bem e fielmente desempenhar o cargo, como manda o § 2.º (ibid, p. 128). Nesse mesmo sentido é a súmula 361 do Supremo Tribunal Federal<sup>16</sup>, sendo certo que ela não se aplica aos peritos oficiais<sup>17</sup>. Lopes Jr. (2020) ensina que os responsáveis pela realização da prova pericial terão acesso ao objeto ou ao lugar periciado, e detêm prazo de 10 dias para apresentarem laudo minucioso acerca do periciado, bem como para responder aos quesitos formulados.

Lopes Jr. (ibid) aponta, ainda, a necessidade de afastamento do endeusamento da ciência. Para esse autor, que se vale do relativismo de Einstein (o qual não deve ser confundido com as teorias da relatividade propostas pelo mesmo cientista), “todo saber é datado e tem prazo de validade, pois toda a teoria (e conhecimento) nasce para ser superada”. Sobre esse posicionamento, o autor adverte:

“na perspectiva epistêmica da prova é preciso superar a ilusão de objetividade da prova pericial. Quando um perito faz a análise de determinado objeto de prova e elabora um laudo, não há a objetividade pretendida por alguns. Isso porque a prova pericial é uma espécie de prova testemunhal, na medida em que o perito ‘diz sobre o objeto’ observado sob a mesma base epistêmica que uma testemunha diz sobre a ‘situação’ observada. Obviamente que existe uma diferença na metodologia da prova, na medida em que o perito tem um compromisso científico, mas o que ele faz é dar um depoimento sobre o que está observando, mediado pelo conhecimento específico que possui. Mas não deixa de existir uma interação sujeito-objeto também suscetível de contaminação. O perito diz o que diz, desde um lugar de fala, contaminado, portanto. Assim, é preciso compreender a superação da ilusão de objetividade na relação sujeito-objeto.” (ibid)

## **6. O CONTRADITÓRIO**

Segundo Mendes e Gonet Branco (2020), o constituinte de 1988 fez, no art. 5.º, LV, da Constituição, uma ampliação do direito de defesa, de forma a garantir o contraditório e a ampla defesa nos processos judiciais e administrativos. O direito de defesa, assim, não se resume a um simples direito de manifestação no processo;

16 STF, súmula n.º 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.”

17 “2. A Súmula 361 não é aplicável aos peritos oficiais. Validade do laudo pericial assinado por um só perito. Precedente.”

(STF, HC 95.595, rel. Min. Eros Grau, 2ª T, j. 04.05.2010, DJe 21.05.2010)

mais que isso, o que o constituinte pretendeu assegurar foi a pretensão à tutela jurídica.

Essa pretensão à tutela jurídica abrange os direitos (i) à informação acerca dos atos praticados no processo e das informações nele constantes, (ii) à manifestação escrita ou oral sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes no processo, e (iii) ver seus argumentos considerados. Sobre esse último, os autores afirmam que não basta que o órgão julgador tome conhecimento dos argumentos das partes; é necessário, também, que considere as razões por elas apresentadas de maneira calma e detida. É desse dever, inclusive, que decorre o dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal (ibid).

Especificamente com relação ao processo penal, os autores apontam que é elemento do direito de defesa a necessidade de que todos os atos processuais sejam acompanhados pelo defensor do réu. Além disso, sustentam que, desse mesmo direito, decorre a necessidade de proporcionar-se irrestrito acesso aos autos processuais ao patrono do acusado. Dele também decorre o direito ao acusado de ser citado dos termos da acusação para oferecer resposta no prazo de 10 dias – ocasião em que deve ser cientificado do conteúdo integral da denúncia (ibid).

Para esses autores, também é meio de consolidação do contraditório no processo penal a obrigatoriedade de que o réu seja inquirido em audiência única e após a produção de todas as provas que devem ser realizadas na ocasião. Dessa forma, sustentam que se garante ao acusado que a sua oitiva seja realizada como meio de defesa, e não como meio de produção de prova, uma vez que o interrogatório é realizado logo após o réu tomar conhecimento de todo o conteúdo probante (ibid).

Lopes Jr. (2020) dá tratamento distinto ao contraditório. Para ele, o contraditório é elemento imprescindível para a própria estrutura dialética do processo, consubstanciado em um método de confrontação da prova e comprovação da verdade. Trata-se, para ele, do ato de contradizer a suposta verdade afirmada na acusação.

Para ele, o contraditório implica o dever de o juiz conferir a ambas as partes o direito de audiência, sob pena de parcialidade. Contudo, não viola o contraditório a não utilização voluntária desse direito pela parte – o que importa, aqui, é que lhe seja dada a “oportunidade de fala” (ibid).

Brasileiro de Lima (2020, p. 56) discorda desse posicionamento. Para ele, não basta que a reação das partes seja possibilitada; é necessário que a participação delas nos atos processuais seja garantida em igualdade de condições.

Por esse motivo, o referido autor sustenta que o Código de Processo Penal, em seu art. 261<sup>18</sup>, garante a obrigatoriedade de assistência técnica de um defensor, mesmo que o acusado não possua interesse em reagir à pretensão acusatória. Ainda, não basta que formalmente o réu seja representado por advogado; é necessário que o patrocínio efetivamente defenda os seus interesses. Brasileiro de Lima sustenta que, dessa lógica, decorre o art. 497, V, do Código de Processo Penal<sup>19</sup>, segundo o qual pode o juiz-presidente do Tribunal do Júri nomear defensor ao acusado quando considerá-lo indefeso (ibid, pp. 56-57).

## **7. A PRIMEIRA SOLUÇÃO: OS MEIOS LEGAIS DE REALIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO SOBRE A PROVA PERICIAL**

### **7.1. Os Assistentes Técnicos e os Quesitos das Partes**

Da promulgação do Código de Processo Penal em 1941 até o ano de 2008, em que foi promulgada a Lei n.º 11.690/08, a possibilidade das partes influenciarem o exame pericial era diminuta, uma vez que inexistia a figura do assistente técnico, e, assim, possuíam tão somente a prerrogativa de formular quesitos (LOPES JR., 2020).

Contudo, com a promulgação da referida Lei, o § 3.º do art. 159 do Código de Processo Penal passou a facultar ao Ministério Público, assistente da acusação, ofendido, querelante e acusado que indiquem assistente técnico. Esse sujeito, indicado pelos interessados, exerce atividade similar à do perito oficial ou nomeado, analisando o objeto e elaborando parecer a seu respeito. Contudo, uma diferença marcante é que o assistente técnico da parte elabora seu parecer apenas após a apresentação do laudo pericial pelo perito oficial ou nomeado, e deve agir com base no que foi realizado neles (ibid).

18 CPP, art. 261: “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.”

19 CPP, art. 497: “São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código:

[...]

V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor; [...].”

Essa disposição parece ter íntima relação com a garantia, proposta por Mendes e Gonet Branco, de que todos os atos processuais sejam acompanhados pelo defensor do acusado. Com efeito, dada a ausência do conhecimento técnico especializado necessário para a análise pericial, o simples acompanhamento da confecção do laudo diretamente pelo patrono do réu muito dificilmente seria apto a produzir o efeito material do contraditório proposto por Félix Jobim – o de proporcionar a capacidade de influenciar o resultado do processo.

## **7.2. A Cadeia de Custódia**

Apesar de serem diversos os institutos jurídicos voltados à concretização do contraditório em face da prova pericial, não é apenas por intermédio daqueles que dizem respeito especificamente à prova pericial que o contraditório se realiza. Afinal, o contraditório é, em sua dimensão mais básica e formal, o direito de ser ouvido (DIDIER JR., 2019). E, dessa forma, independente de quantos meios processuais se crie voltados especificamente à proteção dessa garantia, é evidente que ela se concretiza, em primeiro lugar, pelo debate acerca dos elementos de prova produzidos no processo.

Contudo, isso leva ao mesmo problema anteriormente apresentado, acerca das dificuldades existentes em debater aquela prova que exige conhecimento técnico em determinada área do saber quando os sujeitos do processo não o detêm. Não se pode deixar que essas dificuldades impeçam a realização daquilo que manda a Constituição, ao mesmo tempo que não se pode deixar que eles sejam ignoradas – o primeiro, evidentemente, representa afronta à nossa Lei Maior, enquanto, o segundo, ao saber científico empregado para a produção da prova pericial.

Com sorte, um dos mais importantes meios através dos quais se pode debater a prova pericial é previsto detalhadamente no Código de Processo Penal desde 2019, quando foi integrado o art. 159-A a 159-F, que tratam da cadeia de custódia.

Brasileiro de Lima (2020, p. 718) define cadeia de custódia como “um mecanismo garantidor da autenticidade das evidências coletadas e examinadas, assegurando que correspondem ao caso investigado, sem que haja lugar para qualquer tipo de adulteração”. Ele ilustra a importância desse instituto com indagações acerca de como se pode garantir que um exame pericial para constatar

a presença de droga foi realizado na mesma substância que fora apreendida. A necessidade de averiguações dessa estirpe, para ele, se pauta no princípio da autenticidade da prova, segundo o qual o vestígio encontrado no local de crime deve ser o mesmo daquele utilizado pelo magistrado para formar o seu convencimento.

Dessa forma, a cadeia de custódia impõe que seja documentada a história cronológica de uma evidência, de forma a evitar interferências internas e externas capazes de colocar em dúvida o resultado da atividade probatória. Da mesma forma como, ao realizar um exame de sangue, o atendente higieniza as mãos, veste luvas descartáveis, exhibe luvas e seringas em invólucros lacrados e toma diversas outras providências voltadas a garantir a integridade do exame, é necessário adotar cuidados para garantir a integridade da prova pericial e documentá-las, para que possam posteriormente serem analisadas pelas partes e pelo juiz (ibid, p. 718).

Brasileiro de Lima (ibid, p. 718) aponta que a cadeia de custódia ganhou destaque em face do emblemático Caso O. J. Simpson, no qual existiam provas acerca de seu envolvimento em duplo homicídio, mas a defesa do réu conseguiu a sua absolvição em razão da má preservação do local do crime e de procedimentos incorretos na colheita dos vestígios.

Dessa forma, o art. 159-B lista os procedimentos que a legislação considera integrarem a cadeia de custódia: reconhecimento, isolamento, descrição, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte do vestígio. A irregularidade na realização de algum desses procedimentos, bem como a falta ou irregularidade da documentação a seu respeito, implica a chamada “quebra da cadeia de custódia”.

Identificar onde a quebra ocorre é papel de todos os sujeitos que intervêm no processo, e se mostra mecanismo de fundamental importância para que o contraditório acerca da prova pericial seja concretizado. Com efeito, a identificação de irregularidades no isolamento do vestígio ou da falta de documentação acerca de seu armazenamento pode ser feita pelos sujeitos que não dispõem do conhecimento técnico específico necessário para a realização da prova pericial, mas, ainda assim, se mostra meio idôneo para permitir ao juízo que adote conclusão diversa daquela exposta no laudo.

Contudo, a despeito dos esforços de grande parte da doutrina, tais como Lopes Jr. (2020) e Brasileiro de Lima (2020, p. 721), a jurisprudência do Superior

Tribunal de Justiça é no sentido de que a quebra da cadeia de custódia não gera a nulidade da prova – é o que foi decidido, por exemplo, no HC n.º 653.515/RJ<sup>20</sup>.

Lopes Jr. (2020), por exemplo, afirma que a cadeia de custódia é um *standard* indisponível de validade da prova, de forma que é pressuposto para o caráter racional-legal da decisão. Para esse autor, portanto, a falha na preservação desse instituto torna a prova ilícita, e, de acordo com o art. 5.º, LVI, da Constituição, inadmissível. O Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, considera que irregularidades na cadeia de custódia devem ser sopesadas junto aos demais elementos de prova carreados nos autos com o fim de aferir se aquela prova é confiável, e, assim, determinar se deve-se ou não adotar a merma conclusão do laudo pericial acerca daquele objeto.

Em que pesem as críticas a esse posicionamento, ele torna ainda mais importante que se realize o contraditório acerca da prova pericial, uma vez que a atividade do magistrado e das partes torna-se mais ampla do que simplesmente encontrar irregularidades – torna-se necessário, agora, discutir os efeitos dessas irregularidades sobre a confiabilidade daquela prova.

### **7.3. Outras Formas de Garantia do Contraditório**

Lopes Jr. (ibid) explica que, tanto a formulação de quesitos quanto a indicação de assistente técnico são medidas que decorrem justamente da garantia do contraditório e do direito de defesa quando aplicadas à prova pericial. Contudo, esse autor defende que, em razão da incidência das referidas garantias de ordem constitucional, outros direitos devem ser garantidos às partes.

Assim, o referido autor, ao citar Escarance Fernandes, afirma que são formas de concretização da garantia do contraditório os direitos de **(i)** requerer a realização da prova pericial, **(ii)** acompanhar a colheita dos elementos pelos peritos, sempre

20 “HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. AUSÊNCIA DE LACRE. FRAGILIDADE DO MATERIAL PROBATÓRIO RESIDUAL. ABSOLVIÇÃO QUE SE MOSTRA DEVIDA. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. HIGIDEZ DA CONDENAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

7. Mostra-se mais adequada a posição que sustenta que as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável. Assim, à míngua de outras provas capazes de dar sustentação à acusação, deve a pretensão ser julgada improcedente, por insuficiência probatória, e o réu ser absolvido. [...]”

(STJ, HC 653.515/RJ, 6.ª T., rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 23.11.2021, DJe 1.º.2.2022)

que, pela natureza do ato, for possível, **(iii)** manifestar-se sobre a prova pericial, **(iv)** requerer a realização de nova perícia, **(v)** requerer a complementação da perícia, **(vi)** requerer o esclarecimento dos peritos, e **(vii)** obter manifestação do juiz sobre a prova pericial realizada (ibid).

Além disso, é facultado às partes que recorram à contraprova pericial, mediante a contratação de peritos particulares para que elaborem pareceres técnicos. Caso haja contradição entre os pareceres técnicos e a prova pericial, o juiz pode determinar a realização de nova perícia ou, até mesmo, aplicar o *in dubio pro reo* na matéria controvertida (ibid).

O autor, contudo, adverte para a necessidade de fortalecimento da cultura da audiência e da oralidade no que diz respeito à discussão da prova pericial. Como já mencionado, ele sustenta que a interação sujeito-objeto entre o perito e os elementos dispostos para a sua avaliação é sujeita a contaminação. Por essa razão, o laudo e as suas conclusões, para esse autor, precisa ser sustentado mediante depoimento em juízo pelo perito, justamente com o fim de garantia do contraditório.

Para além daquilo que ensina a doutrina, o Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, já se manifestou acerca de critérios que permitem aferir se foi respeitado o contraditório com relação à prova pericial. Dessa forma, o Tribunal tem entendimento de que satisfaz o contraditório a oportunidade às partes de tempo hábil para manifestarem-se sobre laudo pericial<sup>21</sup>. Além disso, de forma similar ao ensinamento já mencionado de Lopes Jr. acerca da importância de fortalecer-se a cultura da oralidade com relação à prova pericial, o Tribunal já deferiu pedido de realização de oitiva de perito e assistente técnico com o fim de aferir a higidez da cadeia de custódia<sup>22</sup>. É importante notar, contudo, que a solução adotada

21 "PROCESSO PENAL E PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. PERÍCIA JUNTADA APÓS O INTERROGATÓRIO JUDICIAL. VISTA AS PARTES. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PENA-BASE AUMENTADA. POSIÇÃO DE LIDERANÇA NO GRUPO CRIMINOSO. ÍNDICE DE 1/3 NA APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO ENVOLVIMENTO DE MENOR NO DELITO. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Não há cerceamento de defesa quando a prova documental, juntada após o interrogatório do réu, for submetida ao contraditório, como na hipótese, foi oportunizada às partes tempo hábil para se manifestarem sobre as transcrições das conversas extraídas dos telefones dos denunciados, antes do oferecimento das alegações finais e prolação da sentença. Logo, não há ausência de comprovação do prejuízo suportado pela defesa, afasta-se a declaração de invalidade do processo nos termos do art. 563 do CPP. [...]"

(STJ, AgRg no HC 687.661/SC, 5.ª T., rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 16.08.2022, DJe 22.08.2022)

22 "PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. NÃO CONHECIMENTO. 2. MATÉRIA ANALISADA NO HC 625.395/SP. ACÓRDÃO CONFIRMADO PELO STF NO RHC 199.125/SP. NULIDADE NÃO VERIFICADA. 3. OFENSA AOS ARTS. 6º, I E II, 181 E 157, DO CPP. CONTAMINAÇÃO DE PROVA. AUSÊNCIA DE

ainda não chega à intensidade de consolidação do contraditório proposta por Lopes Jr., uma vez que esse autor sugere que o *próprio laudo* seja sustentado oralmente e em audiência.

## **8. A SEGUNDA SOLUÇÃO: A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

### **8.1. A Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza**

Passada a discussão acerca dos institutos processuais descritos pela Lei, doutrina e jurisprudência especialmente voltados a garantir o contraditório da prova pericial, importa tecer considerações acerca do elemento mais intimamente atrelado ao contraditório: a argumentação.

Em que pese existirem diversos institutos processuais que visam a facilitar ou, em alguns casos, possibilitar a discussão da prova pericial pelas partes e a sua adequada apreensão pelo juiz, é certo que, no cerne disso tudo, estão as facetas mais básicas do contraditório: de um lado, o direito de as partes se manifestarem acerca das provas e, assim, terem a capacidade de influenciar o resultado do processo, conforme descrito por Félix Jobim e Friendly; de outro, o dever do magistrado de formular o seu livre convencimento motivado através da análise de todo o conjunto probatório dos autos – e, ainda, sem que as provas disponham de hierarquia, o que certamente facilitaria essa tarefa – para, ao fim, fundamentar adequadamente a decisão proferida.

O exercício dessas incumbências se dá segundo a propositura de Lopes Jr. de que o processo busca reconstruir um fato histórico, ou seja, trata-se de formular hipóteses acerca da ocorrência de determinado fato que não mais pode ser aferido diretamente, que culmina pela seleção, por parte do magistrado, da hipótese mais provável. O modo de realização dessa atividade é muito bem descrito por Schauer:

CADEIA DE CUSTÓDIA. NULIDADE NÃO VERIFICADA. 4. IRRESIGNAÇÃO ANALISADA NO RHC 68.001/SP. AUSÊNCIA DE NULIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO ASSEGURADOS. 5. AFRONTA AOS ARTS. 11, 159, § 6º, 170 E 175, DO CPP. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. 6. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 571, INCISO VIII, E 473, § 3º, DO CPP. REQUERIMENTOS DEFENSIVOS REGISTRO EM ATA. JULGAMENTO GRAVADO. 7. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

4. A irresignação defensiva com relação à custódia da prova também foi previamente submetida ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 68.001/SP, de relatoria do Ministro Felix Fischer, consignando-se, no julgamento do agravo regimental, em 10/4/2018, que foi deferido o pedido da defesa de oitiva de perito e assistente técnico por ela indicado, situação que asseguraria a ampla defesa e o contraditório. [...]” (STJ, AgRg no AREsp 1.779.531/SP, 5.ª T., rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 15.03.2022, DJe 18.03.2022)

são colhidos diversos elementos aptos a aumentar ou diminuir a probabilidade de alguma hipótese ser verdadeira e, a partir do conjunto deles é possível fazer um juízo acerca de qual delas é a mais provável.

É interessante notar que essa explicação para a atividade desenvolvida no curso do processo amolda-se ao que propõe Manuel Atienza (2013, pp. 107-108). Para esse autor, em todas as instâncias jurídicas, as decisões têm de ser fundamentadas – o que ele postula ser sinônimo de “argumentadas”. Todos os atores do Direito (legislador, juiz, advogado, jurista teórico) precisam argumentar porque é desse modo que podem convencer outrem a decidir em algum sentido. Para ele, a argumentação precede a decisão.

Para Atienza (ibid, pp. 109-110), os elementos que configuram o ato de argumentar são (i) o uso da linguagem que se caracteriza pela necessidade de dar razões, (ii) uma questão cuja solução demanda razões apropriadas ao tipo de problema, (iii) uma dicotomia entre atividade, consubstanciada no processo de partir de um problema para chegar a uma conclusão, e um resultado, caracterizado por premissas, conclusão e inferência, e (iv) uma atividade racional, simultaneamente direcionada a um sentido e sujeita a critérios de avaliação.

A argumentação jurídica é dotada, para esse autor, de diversas facetas. Enquanto ora assume características formais, que buscam fazer inferências necessárias a partir de determinados pressupostos – como frequentemente ocorre no campo da teoria do direito – ela pode, também, mostrar-se retórica, voltada à persuasão acerca de alguma tese, ou dialética, consubstanciada no conflito entre interesses contrapostos (ibid, pp. 113-114).

É sob essa perspectiva que se permite compreender a argumentação como meio de garantia do contraditório sobre a prova pericial. Atienza (ibid, p. 647) compreende que a resolução de um problema argumentativo no direito pelo juiz pode ser dividida nas seguintes fases: (i) identificar o problema, (ii) propor uma solução, (iii) avaliar a solução proposta e (iv) redigir um texto ou preparar uma exposição.

O terceiro passo, aqui, merece especial atenção. Para esse autor, esse passo compreende o ato de pensar todos os contra-argumentos plausíveis para a solução proposta. Em seguida, deve-se avaliar, de um a um, quais representam perigo a solução; em caso afirmativo, deve-se modificar a solução para que as possíveis

críticas tornem-se inócuas ou, caso isso não seja possível, formular uma nova solução (ibid, pp. 648-649).

Significa dizer que, no próprio ato de fundamentar a decisão judicial, o juiz realiza exercício similar àquilo que se compreende por contraditório – a diferença é que não são as partes quem enfrentam a solução proposta, mas, sim, ele próprio. Mas, apesar de esse raciocínio dar ênfase ao papel do juiz, ele fornece importante perspectiva acerca do papel das partes. Assumindo que o juiz argumentará de maneira compatível com o proposto por Atienza, as partes contribuem à execução desse terceiro passo quando elas próprias fornecem ao magistrado contra-argumentos às soluções que podem vir a ser propostas.

Significa dizer que, por mais que exista elemento de prova que indique grande possibilidade de determinado fato ser verdadeiro – como é o caso da prova pericial –, o contraditório acerca dessa prova (ou seja, a capacidade de as partes efetivamente influenciarem a decisão final) se realiza na medida em que as partes dão fundamentos para que, de antemão, o juiz tenha de adaptar ou modificar completamente a solução proposta.

Um exemplo apresentado por Lopes Jr. (2020) é elucidador acerca do tema:

“um exame de DNA feito a partir da comparação do material genético do réu ‘A’ com os vestígios de esperma encontrados no corpo da vítima demonstra apenas que aquele material coletado pertence ao réu. Daí até provar-se que o réu ‘A’ violentou e matou a vítima, existe uma distância imensa e que deve ser percorrida lançando mão de outros instrumentos probatórios” (ibid).

Esse exemplo, apesar de não apresentar possíveis argumentos que permitiriam infirmar a solução proposta, fornece um caminho através do qual eles podem ser formulados. A prova pericial não descreve como os fatos ocorreram – recorda-se, aqui, que a finalidade do processo é justamente a reconstrução de um fato histórico. Theodoro Jr. (2019) explica que o objetivo desse meio de prova é tão somente o de descrever como os fatos são no presente. Dessa forma, mesmo ao assumir que a prova pericial não possa ter chegado a resultado incorreto (equivocadamente, já que ela meramente fornece uma probabilidade), ela não fornece informações acerca de como aquele material genético chegou ao corpo da vítima, tampouco de quando isso ocorreu.

Não apenas, é plenamente possível que outros elementos de prova carreados aos autos indiquem alta probabilidade de a solução proposta não ter ocorrido – é o caso de álibis, testemunhas, etc. Nesse caso, a proposição de Schauer de utilização

da inferência bayesiana ganha grande importância: após a análise da prova pericial descrita, certamente haverá um aumento na probabilidade da solução proposta; contudo, a análise sucessiva, diga-se, da prova testemunhal produzirá uma redução nessa probabilidade, de forma a tornar menos seguro um possível juízo condenatório.

## **8.2. O tratamento dado pelos tribunais**

Após todo o exposto, é possível afirmar com certa segurança que existe ampla preocupação no mundo jurídico com o contraditório acerca da prova pericial no processo penal. Não apenas existem diversos institutos voltados a garanti-lo e amplo tratamento da doutrina acerca da inexistência da hierarquia entre provas, como, também, há previsão expressa na legislação de o juiz poder deixar de acatar as conclusões do laudo pericial. Dito isso, é surpreendente a dificuldade de encontrar julgados em que foi proferida decisão distante da prova pericial.

Isso certamente decorre, em parte, da alta probabilidade que a ciência fornece para que se tenha como verdade a hipótese proposta – rememora-se, aqui, o ensinamento de Schauer, segundo o qual experimentos cuidadosamente planejados e conduzidos geralmente dão grande certeza de os que se busca provar através deles sejam verdadeiros. Contudo, como bem lembra Lopes Jr. (2020), o endeusamento da prova pericial ainda é bem prevalecente no direito brasileiro, o que, se verdadeiro, parece contribuir um pouco para a dificuldade encontrada.

A raridade desses julgados, contudo, não significa que não se pode extrair úteis ensinamentos daqueles que acabaram por distanciar-se do laudo pericial carreado aos autos.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios já proferiu decisão na qual determinou que a perícia realizada por mero exame visual, cerca de dois anos após a data dos fatos que sustentavam a pretensão acusatória, não fornecia a certeza necessária para proferir um juízo condenatório. No caso, que tratava de suposta fraude pela não realização de serviços, o Tribunal ainda consignou que a realização dos serviços era efetivamente fiscalizada, de forma que, para praticar a

conduta imputada, o réu teria de agir em concurso com os agentes de fiscalização e o executor do contrato.<sup>23</sup>

Nesse julgado, observa-se que o tribunal utilizou-se de dois fundamentos distintos para afastar-se da solução proposta pelo laudo pericial: primeiro, avaliou as circunstâncias em que o laudo foi produzido, de forma a avaliar a probabilidade que ele fornece acerca da conclusão; segundo, avaliou as circunstâncias externas à conclusão do laudo, de forma a verificar a plausibilidade do juízo acusatório em face do conjunto probatório dos autos.

O Superior Tribunal de Justiça, no já citado acórdão em que decidiu acerca da consequência da quebra da cadeia de custódia ser a simples valoração dessa circunstância em conjunto com os demais elementos probatórios dos autos, também proferiu julgamento em que se distanciou do laudo pericial carreado aos autos.

23 “APELAÇÃO CRIMINAL. FRAUDE EM CONTRATO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONTINUIDADE NORMATIVO TÍPICA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINARES. REJEITADAS. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. RECONHECIMENTO. RECURSO DO MP. PREJUDICADO.

[...]

V - A condenação deve ser sustentada em elementos probatórios hígidos, produzidos sobre o pálio da ampla defesa e contraditório, que evidenciem a materialidade e a autoria do crime, ou seja, exige prova plena.

VI - Não se extrai da perícia realizada por meio de mero exame visual, cerca de dois anos após a data do contrato de manutenção de viaturas policiais, a certeza necessária de que se trata de suposta fraude pela não realização de serviços, diante da possibilidade de efetivo desgaste determinado pelo uso diuturno e extremo dos veículos durante esse longo período.

[...]

Dessa forma, embora a prova pericial não seja nula, consoante fundamentos acima alinhavados, não é suficiente para indicar com a certeza necessária a prática dos crimes imputados ao réu, porquanto a realização dos serviços era efetivamente fiscalizada e atestada por meio de procedimento estabelecido e realizado pelo Centro de Manutenção da Diretoria de Patrimônio, Manutenção e Transporte da Polícia Militar do Distrito Federal.

Conclui-se, portanto, que todas as viaturas passavam por rigorosa fiscalização, a partir da qual eram indicados os reparos a serem realizados e, após o serviço, era feito novo controle que confirmava a execução deles e, somente após, era realizado o pagamento.

Afere-se que para conseguir praticar a conduta que lhe foi imputada, o réu teria que contar com a comparsaria dos responsáveis lotados no Centro de Manutenção, além do executor do contrato, o que não ficou demonstrado nos presentes autos.”

( “DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO DO ÓRGÃO ACUSATÓRIO. SUPOSTO CRIME DE FURTO MEDIANTE FRAUDE. RÉU OUVIDO APENAS NA FASE INQUISITIVA. REVELIA DECRETADA. MATERIALIDADE COMPROVADA. DÚVIDAS DA AUTORIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. ABSOLVIÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

[...]

4. O processo penal se norteia pela busca da verdade real, de modo que as provas devem ser produzidas dentro de um devido processo legal, assegurando-se às partes o contraditório e a ampla defesa. Na espécie, restou claro que o acervo probatório quanto à autoria é frágil e insuficiente, haja vista o acusado ter sido ouvido apenas durante a fase inquisitorial, mas não durante a instrução processual, em razão de sua revelia.”

(TJDF, Acórdão n.º 1435405, proferido na Apelação Criminal n.º 0041588-90.2015.8.07.0001, 3.ª T. Criminal, rel. Des. Nilsoni Freitas Custódio, rev. Des. Asiel Henrique de Sousa, j. 07.07.2022, DJe 13.07.2022)

Na ocasião, o Tribunal, em face de acusação de tráfico de drogas, deparou-se com prova pericial realizada sobre substância trazida à perícia em sacola de supermercado, fechada por nó e desprovida de lacre. O Tribunal, então, entendeu que essas irregularidades fragilizam a pretensão acusatória, já que não permitem ter-se a certeza de que a substância periciada foi a mesma da apreendida no local dos fatos.

Além disso, a hipótese da acusação mostrou-se ainda menos provável em face de os policiais que realizaram a apreensão, ao serem ouvidos em juízo, não foram uníssonos sobre se a substância fora apreendida em poder do acusado/paciente, tampouco se ela lhe pertencia.

A argumentação empregada pelo Tribunal para adotar conclusão distante do laudo pericial, assim, se deu em duas linhas: na primeira, aferiu-se a confiabilidade do laudo pericial em face a quebra da cadeia de custódia; na segunda, foi avaliado o conjunto probatório dos autos para determinar se a hipótese da acusação, mesmo sustentada por laudo pericial, era provável o suficiente para permitir o juízo condenatório.

## **9. CONCLUSÃO**

Discutir a prova pericial no curso do processo judicial não é tarefa simples – pela própria natureza dessa prova, ela foge do escopo do conhecimento do magistrado e das partes. Contudo, essa dificuldade não significa que a tarefa pode ser ignorada, uma vez que a própria Constituição determina que as decisões judiciais sejam fundamentadas e proferidas após efetivo contraditório e ampla defesa.

O nosso sistema processual penal, contudo, oferece meios através dos quais o contraditório possa ser realizado, sem, contudo, que afaste a validade do conhecimento técnico necessário para a produção da prova pericial. Dessa forma, faculta-se às partes que formulem quesitos e indiquem assistentes técnicos. Além disso, podem acompanhar a colheita do material, manifestar-se sobre a perícia, requerer a complementação ou a realização de nova perícia, e outros.

Não obstante, impõe-se que seja preservada a cadeia de custódia quanto aos elementos de prova que eventualmente podem passar por perícia. Com isso, busca-se garantir a idoneidade e confiabilidade daquela prova, e identificar falhas na

preservação desse instituto é incumbência de todos os sujeitos que intervêm no processo. Através da cadeia de custódia, são estabelecidos *standards* aos quais a prova tem de se adequar, de forma que, mesmo sem disporem de conhecimento especializado, partes e magistrado têm um caminho para enfrentá-la, e, assim, exercerem o contraditório sobre ela.

Evidente, contudo, que o contraditório não pode se limitar àquilo que é expressamente previsto pela Lei, já que a Constituição determina que essa garantia é de índole fundamental. A argumentação jurídica sobre fatos e provas pode ser empregada para suprir essas lacunas: como se observou, os Tribunais ocasionalmente levam em consideração diversos elementos (tais como a cadeia de custódia, as circunstâncias da produção do laudo pericial e a totalidade do conjunto probatório) para proferir decisão que se afasta da conclusão dada pela prova pericial.

Assim, os meios de consolidação do contraditório observados na doutrina, jurisprudência e legislação sustentam a hipótese inicialmente proposta de que esse princípio-direito se concretiza, principalmente, de duas formas: através de institutos jurídicos especialmente destinados a garanti-lo e através da argumentação jurídica desenvolvida no curso do processo.

É, contudo, interessante notar que, mesmo em face da possibilidade de distanciamento do laudo pericial, são raros os casos em que a jurisprudência toma esse caminho. Isso é devido, em parte, à confiabilidade conferida à prova produzida através da metodologia científica. Contudo, a preocupação de Lopes Jr. com o endeusamento da prova pericial parece indicar que nem sempre é esse o caso, de forma que cogita-se da possibilidade de o nosso ordenamento jurídico ainda não fornecer meios suficientes para a realização do contraditório sobre a prova pericial.

Não obstante, reitera-se o caráter constitucional e fundamental do contraditório, de forma que os aspectos observados no presente presente trabalho não podem ser vistos como limites à consolidação dessa garantia, mas sim como o mínimo necessário para que o contraditório seja garantido – afinal, a ampla defesa, prevista também prevista no art. 5.º, LV, da Constituição Federal, garante às partes a prerrogativa de utilizar de todos os meios lícitos na defesa de seus interesses.

Na falta de meios previstos na Lei que permitam concretizar essas garantias no caso concreto, devem as partes arguir, e o juízo acatar, que sejam utilizados outros, contanto que compatíveis com as demais disposições constitucionais. Afinal,

os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata (CANOTILHO, 2002, pp. 1102-1103), de forma que os órgãos concretizadores – tais como aqueles pertencentes ao poder judiciário – são vinculados por eles e podem suprir lacunas na legislação.

## REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madri: Editorial Trotta, 2013.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. 168 p.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 31.07.2022.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 31.07.2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n.º 878/DF, da Corte Especial. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Luis Cesar de Paula Espindola. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 15 de dezembro de 2021. Publicado no DJe em 03 de março de 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1.837.391/DF, da Terceira Turma. Agravante: CAENGE S.A - Construção, Administração e Engenharia. Agravada: MBR Engenharia Ltda. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 20 de abril de 2020. Publicado no DJe em 24 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 1.779.531/SP, da Quinta Turma. Agravante: Sidnei Aparecido da Silva. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 15 de março de 2022. Publicado no DJe em 18 de março de 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 1.849.946/AM, da Quinta Turma. Agravante: D. H. L. A. Agravado: Ministério Público do Estado do Amazonas. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 25 de maio de 2021. Publicado no DJe em 1.º de junho de 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n.º 549.157/RS, da Quinta Turma. Agravante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, 27 de outubro de 2020. Publicado no DJe em 03 de novembro de 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n.º 687.661/SC, da Quinta Turma. Agravante: Osvaldo José Duncke e outros. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, 15 de agosto de 2022. Publicado no DJe em 22 de agosto de 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n.º 748.058/RS, da Quinta Turma. Agravante: Defensoria Pública da União. Agravado: Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 21 de junho de 2022. Publicado no DJe em 27 de junho de 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 2.026.625/DF, da Sexta Turma. Agravante: Fabio Kadi Advogados. Agravada: Luciana Cassiano Nogueira. Relator: Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF da 1.ª Região). Brasília, 21 de junho de 2022. Publicado no DJe em 24 de junho de 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 351.763/AP, da Quinta Turma. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 24 de maio de 2016. Publicado no DJe em 1.º de junho de 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 653.515/RJ, da Sexta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de

Janeiro. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, 23 de novembro de 2021. Publicado no DJe em 1.º de fevereiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.095.668/RJ, da Quarta Turma. Recorrente: Jorge Roberto Vieira de Barros e outro. Recorrido: Rodrigo Neves Ribeiro. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, 12 de março de 2013. Publicado no DJe em 26 de março de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.568.445/PR, da Terceira Seção. Recorrente: *Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.* Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Relator para acórdão: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, 24 de junho de 2020. Publicado no DJe em 20 de agosto de 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n.º 95.595, da Segunda Turma. Impetrante: Luiz Carlos da Silva Neto e Outro. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 4 de maio de 2010. Publicado no DJe em 21 de maio de 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 631. *In*: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 156

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2020.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 21.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DISTRITO FEDERAL (Unidade da Federação). Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n.º 1435405, proferido na Apelação Criminal n.º 0041588-90.2015.8.07.0001, da Terceira Turma Criminal. Relatora: Desa. Nilsoni Freitas Custódio. Revisor: Des. Asiel Henrique de Sousa. Brasília, 7 de julho de 2022. Publicado no DJe em 13 de julho de 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n.º 1436762, proferido na Apelação Criminal n.º 0009090-49.2017.8.07.0007, da Segunda Turma Criminal. Relator: Des. Josaphá Francisco dos Santos. Brasília, 7 de julho de 2022. Publicado no DJe em 4 de agosto de 2022.

FÉLIX JOBIM, Marco. Art. 5º, LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; FERREIRA MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FRIENDLY, Henry J. Some Kind of Hearing. *University of Pennsylvania Law Review*, Filadélfia, v. 123, n.º 6, p. 1267-1317, 1975.

HARTMANN, Stefan Espirito Santo. Direito ao Contraditório na Decretação de Medidas Cautelares Penais: Interpretação e Aplicação nos Contextos Alemão e Brasileiro. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*, v. 1, p. 225-254, 2021.

KERLINGER, Fred Nichols. *Metodologia da pesquisa em ciências sociais: um tratamento conceitual*. São Paulo: EPU/EDUSP, 1980.

KÖCHE, José Carlos. *Fundamentos da Metodologia Científica: Teoria da ciência e iniciação à pesquisa*. Petrópolis: Vozes, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Gilmar; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 15.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

POPPER, Karl Rudolf. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix/EDUSP, 1975.

SARNO BRAGA, Paulo. Da prova pericial. *In*: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo (Orgs.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 1.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SCHAUER, Frederick. *The Proof: uses of evidence in law, politics, and everything else*. Cambridge; Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2022.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 60.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

THEODORO JR., Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 22.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.