



**Universidade de Brasília – UnB  
Faculdade de Direito**

**RAUL SOARES DE OLIVEIRA MELO**

**A PROVA PERICIAL CRIMINAL E O CONTRADITÓRIO**

**BRASÍLIA  
2017**

# **A PROVA PERICIAL CRIMINAL E O CONTRADITÓRIO**

Autor: Raul Soares de Oliveira Melo

Orientador: Prof. Dr. João Costa Neto

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB.

Brasília, 2017.

# FOLHA DE APROVAÇÃO

RAUL SOARES DE OLIVEIRA MELO

## A prova pericial criminal e o contraditório

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB.

Aprovada em: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_.

### BANCA EXAMINADORA

---

Professor Doutor João Costa Neto  
(Orientador – Presidente)

---

(Membro)

---

(Membro)

---

(Suplente)

## AGRADECIMENTOS

*Ao meu pai e à minha mãe por nunca terem deixado me faltar nada.  
À minha esposa, por seu apoio, companheirismo e carinho constantes.  
Aos meus irmãos por estarem desde sempre ao meu lado nessa longa caminhada.  
Ao professor João Costa Neto, pela atenção e dedicação.*

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo avaliar, de um ponto de vista teórico, o princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da Constituição da República) relativamente à prova pericial criminal, levando em consideração a reforma do Código de Processo Penal de 2008, mais especificamente as alterações relativas à prova, inseridas no código pela Lei 11.690/2008. Para tanto, são analisadas as possíveis interpretações para o artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal, examinando-se o significado dos conceitos de contraditório judicial, de prova cautelar, de prova não repetível e de prova antecipada, e como tais conceitos, que se aplicam às provas em geral, relacionam-se especificamente com as provas periciais. Além disso, são analisadas as disposições do artigo 159 e parágrafos do Código de Processo Penal que se referem especificamente ao contraditório da prova pericial, perquirindo se há possibilidade de contraditório para a formação deste tipo de prova, ou se há somente incidência do contraditório sobre a prova pericial já produzida, bem como se há possibilidade de incidência de contraditório na prova pericial já na fase do inquérito policial. Nesse diapasão, são analisadas as disposições acerca da formulação de quesitos ao perito e da indicação e admissão de assistente técnico, com relação às quais se realiza um estudo de caso sobre a controvérsia acerca da prova pericial de um registro de áudio digital crucial para a definição dos rumos da política brasileira, por conter um diálogo supostamente comprometedor entre o presidente da República, Michel Temer, e o presidente da sociedade empresária J & F Investimentos S. A., Joesley Batista. Por fim, apresenta-se, na conclusão do trabalho, uma síntese das possibilidades de contraditório da prova pericial, bem como as questões que, por fugirem do escopo do trabalho, permanecem em aberto.

**Palavras-chaves:** contraditório diferido, prova pericial, assistente técnico, prova pré-constituída, persecução penal.

## ABSTRACT

The present work aims to evaluate, from a theoretical point of view, the constitutional principle of the adversarial procedure with respect to the forensic evidence, taking into account the reform of the Brazilian code of criminal procedure of 2008, more specifically the amendments relating to proof, inserted in the code by the Law 11690/2008. To this end, this work analyzes the possible interpretations to article 155, *caput*, of the Brazilian code of criminal procedure, by examining the meaning of the concepts of judicial adversarial procedure and of precautionary, unrepeatable, and early evidences, and the way as such concepts relate specifically with the expert evidence. In addition, this work analyzes the provisions of article 159 and paragraphs of the Brazilian code of criminal procedure that refer specifically to the adversarial procedure of the forensic evidence, wondering if there is the possibility of formation of this type of evidence on an adversarial basis, or if the adversarial procedure applies only to forensic evidence already produced. Other analyzed matter is whether the adversarial procedure on expert evidence occurs during the police investigation. Regarding this matter, the present work analyzes the case about the controversy over the expert evidence of a digital audio record containing a compromising dialogue between the Brazilian president and one of the richest businessperson in the country. Finally, this work ends with a synthesis of the Brazilian adversarial procedure of forensic evidence and with the questions related to the matter that remain open.

**Key words:** adversarial procedure, forensic evidence, criminal persecution, Brazilian code of criminal procedure.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

APCF – Associação dos Peritos Criminais Federais

CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CPP – Código de Processo Penal

CR – Constituição da República

DITEC – Diretoria Técnico-Científica

INC – Instituto Nacional de Criminalística

MP – Ministério Público

MPF – Ministério Público Federal

MPU – Ministério Público da União

OAB - Ordem dos Advogados do Brasil

PF – Polícia Federal

PGR – Procuradoria-Geral da República

PGR – Procurador-Geral da República

SEPAEL – Serviço de Perícias em Audiovisual e Eletrônicos

STF – Supremo Tribunal Federal

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
CAPÍTULO 1 - A prova pericial à luz do art. 155, <i>caput</i> , do Código de Processo Penal .....	11
1.1. Elemento informativo e prova produzida em contraditório judicial .....	12
1.2. Contraditório judicial.....	14
1.3. Provas antecipadas.....	17
1.4. Provas cautelares .....	18
1.5. Provas não repetíveis .....	19
1.6. Conclusões preliminares .....	21
CAPÍTULO 2 - O contraditório da prova pericial.....	24
2.1. Prova pericial enquanto prova pré-constituída. ....	26
2.2. Disciplina legal do contraditório da prova pericial.....	28
2.2.1. Contraditório sobre a prova pericial (contraditório diferido).....	29
2.2.2. O contraditório durante a elaboração da prova pericial.....	30
2.2.3. Assistente técnico .....	35
CAPÍTULO 3 – ESTUDO DE CASO: O CONTRADITÓRIO DA PROVA PERICIAL DO ÁUDIO CONTENDO O DIÁLOGO ENTRE MICHEL TEMER E JOESLEY BATISTA .....	40
3.1. Histórico .....	40
3.2. Análise do caso à luz do contraditório para a prova pericial .....	45
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS.....	53



## INTRODUÇÃO

As leis 11.690/2008, 11.689/2008 e 11.719/2008 compõem a chamada reforma processual penal de 2008. A Lei 11.689/2008 alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos ao Tribunal do Júri; a Lei 11.719/2008, por sua vez, alterou dispositivos relativos à suspensão do processo, à *emendatio libelli*, e à *mutatio libelli*; e a Lei 11.690/2008, por fim, alterou dispositivos processuais relativos à prova.

Dentre as alterações relativas à prova efetuadas pela Lei 11.690/2008, destaca-se a nova redação dada ao artigo 155, *caput*, a qual dá concretude em nível legal ao princípio constitucional do contraditório ao fazer distinção entre provas produzidas em contraditório judicial e elementos informativos colhidos na investigação, proibindo que o juiz fundamente sua decisão exclusivamente nos últimos, fazendo, contudo, uma ressalva a esta proibição quanto às provas cautelares, antecipadas e não repetíveis.

No que tange especificamente ao contraditório da prova pericial, a nova redação do artigo 159 prevê, em seu § 3º, a possibilidade de o Ministério Público, o assistente de acusação, o ofendido, o querelante, bem como o acusado, formularem quesitos e indicarem assistente técnico. Outros parágrafos do referido artigo regulam, ainda, o momento em que se dá a atuação do assistente técnico (§ 4º), a forma de exercício do contraditório sobre a prova pericial no curso do processo (§ 5º), o procedimento relativo à disponibilização do material probatório para a realização de exame pelos assistentes técnicos (§ 6º), e a possibilidade de, nas perícias complexas, designar-se mais de um perito e se indicar mais de um assistente técnico (§ 7º).

O autor deste trabalho é ocupante do cargo de Perito Criminal Federal, cargo integrante da carreira Policial Federal. Sua rotina diária de trabalho consiste na realização de exames periciais e na elaboração dos respectivos laudos, os quais materializam as conclusões advindas dos exames, contribuindo, assim, para formação do conjunto probatório necessário à persecução penal. A forma de exercício em que se dá o contraditório da prova pericial tem efeitos diretos sobre a eficácia de seu ofício e pode, inclusive, implicar em modificações na forma de realização de seu mister.

Assim, diante das modificações legislativas da reforma de 2008 do CPP, o autor, naturalmente, passou a se indagar de que modo as modificações dos dispositivos relativos à prova no Código de Processo Penal, decorrentes da reforma

de 2008, afetaram o contraditório da prova pericial. O presente trabalho foca principalmente nas alterações dos artigos 155 e 159, que, em especial, abrem espaço para variadas discussões acerca do tema em discussão.

Com relação ao art. 155, *caput*, faz-se necessário compreender o que exatamente se entende por elementos informativos e provas produzidas em contraditório judicial, bem como esclarecer se a ressalva relativa às provas cautelares, antecipadas e não repetíveis consiste em uma violação de uma garantia constitucional, por supostamente se tratar de uma exceção ao princípio do contraditório, e se a prova pericial colhida durante a fase pré-processual se enquadra em uma dessas categorias de prova.

Relativamente ao art. 159, indaga-se se as alterações sofridas pela legislação em decorrência da reforma de 2008 passaram a permitir a ocorrência de contraditório durante a produção da prova pericial, ou seja, se é permitida a manifestação dos interessados antes mesmo da realização dos exames periciais, com a apresentação de quesitos ao perito oficial ou a indicação de assistente técnico para a formação da prova. É também discutível o momento da persecução penal em que pode haver o exercício do contraditório da prova pericial, se somente no curso do processo ou se já durante o inquérito.

O primeiro capítulo deste trabalho se debruça sobre o art. 155, *caput*, e sua relação com a prova pericial. O segundo capítulo, por sua vez, avalia as questões pertinentes aos dispositivos do Código de Processo Pena que versam especificamente sobre o contraditório da prova pericial. O terceiro capítulo se trata do estudo de caso acerca da prova pericial do áudio contendo diálogo entre o presidente da República Michel Temer e o presidente da sociedade empresária J & F Investimentos S. A. Por fim, a conclusão apresenta uma síntese de tudo que foi discutido no presente trabalho, e apresenta questões que fogem do seu escopo, mas que merecem aprofundamento, podendo vir a constituir objeto de trabalhos futuros.

## CAPÍTULO 1 - A PROVA PERICIAL À LUZ DO ART. 155, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal (CPP), com redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008, determina que:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova **produzida em contraditório judicial**, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos **elementos informativos** colhidos na investigação, ressalvadas as **provas cautelares, não repetíveis e antecipadas** (grifo do autor do presente trabalho).

As perícias criminais são realizadas, em regra, durante a investigação. O perito oficial responsável pelo exame elabora o laudo pericial, no qual descreve minuciosamente o que examinou e responde aos quesitos (art. 160, CPP) da autoridade policial que solicitou o exame. O laudo então é encaminhado à autoridade solicitante e passa a integrar os autos do inquérito policial. Por força do art. 12 do CPP, o inquérito policial, por sua vez, integra os autos do processo penal ao qual serviu de base.

Assim, observa-se que o laudo pericial produzido na fase investigativa em resposta à solicitação da autoridade policial integrará os autos do eventual processo penal (se instaurado), podendo, portanto, influir sobre a convicção do julgador. Destarte, à luz das determinações do art. 155, *caput*, do CPP, é relevante questionar-se qual a força probatória que laudos produzidos no inquérito podem adquirir para a formação da opinião do magistrado.

O laudo pericial elaborado durante o inquérito policial sem a observância do contraditório é mero elemento de informação, não servindo para fundamentar exclusivamente uma decisão judicial? A pergunta se mostra pertinente porque a lei exige que a convicção do juiz seja formada com base em provas produzidas em contraditório judicial, liberando dessa exigência apenas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Assim, deve-se perquirir qual o exato sentido da expressão “contraditório judicial”, a fim de se averiguar se não poderia o laudo pericial ser submetido a este contraditório posteriormente à sua elaboração. Além disso, é importante compreender precisamente o significado dos termos “prova cautelar”, “prova antecipada” e “prova não repetível”, com o intuito de se determinar se o laudo pericial poderia se enquadrar

em um desses tipos de prova, estando, portanto, ressalvado da exigência de submissão ao contraditório judicial para a obtenção de valor de prova plena.

As seções desse capítulo têm como objetivo trabalhar esses conceitos, analisando a forma como eles se relacionam com as provas periciais e suas peculiaridades, determinando, por fim, uma interpretação do art. 155, *caput*, que seja logicamente coerente e, sobretudo, válida constitucionalmente.

### **1.1. Elemento informativo e prova produzida em contraditório judicial**

A partir da leitura do art. 155, *caput*, fica evidente a distinção que o legislador faz entre *provas* e *elementos informativos*<sup>1</sup>. Tal distinção se dá em virtude de a persecução penal ser dividida em duas fases sobre as quais incidem princípios diferentes.

A persecução penal é o caminho que percorre o Estado a fim de satisfazer a pretensão punitiva. Em outras palavras, é o conjunto de atos que os órgãos estatais afetos à matéria criminal realizam com vistas à responsabilização penal dos autores de crimes. São duas as fases da persecução penal: uma investigação preliminar (fase pré-processual) e um processo judicial (NICOLITT, 2013, p. 68). Cada uma dessas fases é levada a cabo por órgãos diferentes e especializados, que pautam suas atuações por princípios distintos.

Conforme afirma BADARÓ (2016, p. 121), a investigação preliminar se dá, ordinariamente, por meio de um inquérito policial, mas nem sempre isso é verdade. Pode ocorrer de haver um crime que não necessite de uma investigação para se determinar sua materialidade e indício de autoria: por exemplo, quando ocorre um crime contra honra decorrente de uma matéria de jornal assinada. Pode ocorrer também de outros procedimentos fornecerem os elementos de informação suficientes para a propositura da denúncia. Como exemplo de procedimentos diversos do inquérito, que produzem elementos informativos, tem-se os processos administrativos

---

<sup>1</sup>ANTONIO SCARANCE FERNANDES (2012, p. 73) pontua que: “não constitui prova o que é produzido durante a fase investigativa”. No mesmo sentido, FAUZI HASSAN CHOUKR (2011, p. 278) destaca que “não existe prova no sentido técnico-formal” no transcurso da investigação. PACELLI & FISCHER (2014, p. 332) afirmam que “rigorosamente falando, o material produzido na fase de investigação não pode ser considerado *prova*. Ao menos, em princípio” (grifo original).

disciplinares, as comissões parlamentares de inquérito, as auditorias de órgãos de controle, entre outros.

A fase processual, por sua vez, inicia-se com o recebimento da denúncia ou da queixa-crime pelo juiz. A denúncia e a queixa-crime são peças elaboradas, respectivamente, pelo Ministério Público, na ação penal pública, e pelo querelante, na ação penal privada. Por meio dessas peças processuais que se materializa a acusação, viabilizando, assim, o seu julgamento (BADARÓ, 2016, p. 201). O art. 41 do CPP determina que a denúncia ou queixa “conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

Oferecida a denúncia ou a queixa-crime ao Poder Judiciário, para que ocorra sua aceitação e o conseqüente início do processo penal, algumas condições devem ser atendidas. Tais condições são denominadas “condições da ação penal”. Entre elas encontra-se a “justa causa para a ação penal”, que é a exigência de que existam elementos de convicção que demonstrem a viabilidade da ação penal (BADARÓ, 2016, p. 171).

É justamente para colher tais elementos de convicção que se presta a fase de investigação da persecução penal, que tem por objetivo a obtenção das informações necessárias à formação da opinião sobre o delito (*opinio delicti*) do Ministério Público. Para a obtenção de tais elementos é necessária, comumente, a utilização de meios de investigação cuja característica principal é a surpresa (BADARÓ, 2016, p. 390). Isto é, para que a colheita de fontes e elementos de prova seja eficaz, é crucial o desconhecimento do investigado sobre, por exemplo, eventual busca e apreensão, interceptação telefônica ou infiltração policial. Além disso, há ocasiões em que a fonte de prova se perde com o decurso do tempo, exigindo urgência em sua colheita.

Em virtude disso, os elementos de informação colhidos na fase investigativa não são, em regra, submetidos ao contraditório, que é uma garantia constitucional, prevista no art. 5º, LV, da Constituição da República (CR). Diante da ausência de contraditório, a jurisprudência já vinha construindo, antes mesmo da reforma de 2008 do CPP, o entendimento de que as informações colhidas na fase investigatória

somente podem ser levadas em conta para uma condenação se forem “suficientemente confirmadas na fase de instrução da ação penal”<sup>2</sup>.

O artigo 155, alterado pela reforma de 2008, passou então a disciplinar a matéria. Devido à inserção do vocábulo *exclusivamente* no texto do art. 155, *caput*, os elementos informativos colhidos na investigação continuaram a poder ser utilizados para a formação da convicção do juiz, desde que corroborados por provas produzidas em juízo<sup>3</sup>.

A alteração do artigo 155, destarte, positivou o entendimento jurisprudencial ao afirmar que o “juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”. Contudo, o dispositivo legal em questão inova ao fazer a ressalva contida na parte final do *caput*, a qual consiste em uma permissão legal para que determinados tipos de prova (*as provas cautelares, antecipadas e não repetíveis*) possam servir de fundamento *exclusivo* de uma decisão judicial sem a necessidade de submissão ao *contraditório judicial*.

Dessa forma, cabe averiguar o que são provas cautelares, antecipadas e não repetíveis; se tais provas constituem exceção ao contraditório; bem como se os exames periciais realizados durante a investigação enquadram-se em alguma dessas categorias de prova. Antes, porém, é necessário dar exata dimensão ao significado do termo *contraditório judicial*.

## 1.2. Contraditório judicial

De acordo com o art. 5º, LV, da CR, “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”.

---

<sup>2</sup>No julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 425.734, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, os ministros do STF, em Segunda Turma, por unanimidade de votos, decidiram, em 04 de outubro de 2005, que os “elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo”.

<sup>3</sup>O vocábulo *exclusivamente* não constava da redação originária do Projeto de Lei 4.205/2001, que se transformou na Lei 11.690/2008. A redação original da alteração do art. 155, *caput*, era: “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvados as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas”.

Na lição clássica de JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA (1973, p. 82, apud LIMA, 2015, p. 48), “sempre se compreendeu o princípio do contraditório como a ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los”. Segundo GUSTAVO BADARÓ (2016, p. 54), as definições clássicas de contraditório atribuem duas dimensões essenciais a esta garantia constitucional: 1) a obrigatoriedade de se informar todas as partes envolvidas sobre todos os atos e termos processuais; e 2) a possibilidade de as partes interessadas reagirem contra tais atos e termos.

No entanto, houve reflexos no contraditório devido a alteração da concepção do princípio da isonomia, em que a noção liberal de igualdade formal foi substituída pela atual noção de igualdade material<sup>4</sup>. Por isso, e também em razão da importância dos bens em jogo no processo penal<sup>5</sup>, a mera possibilidade de reação deixou de ser suficiente para a efetivação do contraditório, passando a existir a necessidade de se estimular a participação dos sujeitos em condição de desigualdade no processo penal brasileiro (BADARÓ, 2016, p. 55–56).

Diante desse novo entendimento sobre o contraditório, sempre que for decidir, deve o juiz dar às partes, independentemente do grau de jurisdição, a oportunidade de se manifestarem, sobretudo àquela parte que seria prejudicada pela decisão. Essa postura ativa do juiz não pode ser interpretada com uma mitigação de sua imparcialidade, mas sim como mais uma oportunidade que se dá às partes de influenciar o convencimento do magistrado e, assim, garantir substancialmente a efetivação do contraditório durante o processo (BADARÓ, 2016, p. 56–57)<sup>6</sup>.

Acrescenta ainda BADARÓ (2016, p. 55) que:

Além do valor político de permitir que os sujeitos do ato de poder possam participar da elaboração de tal ato, o contraditório possui também um **valor heurístico**. O contraditório, possibilitando o funcionamento de uma estrutura dialética, que se manifesta na potencialidade de indagar e de verificar os contrários, representa um mecanismo eficiente para a busca da verdade. Mais do que uma escolha de política processual, o método dialético é uma garantia epistemológica na pesquisa da verdade. As opiniões contrapostas

---

<sup>4</sup>Apesar de a concepção mais recente sobre o princípio da isonomia ser calcada na ideia de igualdade material, a qual superou a noção de igualdade anteriormente existente, de caráter formal, frisa-se que tal ideia não é nova, tendo como berço a teoria de Aristóteles sobre a Justiça Particular Distributiva, que atende à seguinte máxima: “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade” (SILVA, 2012).

<sup>5</sup>A ideia de que o direito processual sofre reflexos em virtude do direito material também é explorada por ANTONIO SCARANCA FERNANDES (2012, p.67-68), ao afirmar que: “quanto mais indisponível o direito em jogo maiores devem ser as preocupações garantistas e, entre elas, a de que o contraditório seja efetivo e pleno”.

<sup>6</sup>No mesmo sentido, GONÇALVES (1992, p. 127 apud OLIVEIRA, 2014, p. 43).

dos litigantes ampliam os limites do conhecimento do juiz sobre os fatos relevantes para a decisão e diminuem a possibilidade de erros<sup>7</sup>.

BADARÓ, por fim, sumariza seu entendimento, afirmando que a previsão constitucional do contraditório deve ser interpretada no sentido de um contraditório pleno e efetivo, com ampla participação das partes e do juiz, o qual deve garantir o contraditório, se necessário estimulando a participação das partes inertes<sup>8</sup>. Assim, no plano dialético, a tese da acusação e a antítese da defesa colidem para formar uma sentença que exprima, com base na livre e racional apreciação das provas, uma síntese equilibrada das teses contrapostas.

Com relação ao valor político do contraditório e à mudança de concepção que o princípio constitucional sofreu, LIMA (2015, p.49) expõe que:

De fato, de nada adianta se assegurar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, se não lhe são outorgados os meios para que tenha condições reais e efetivas de contrariá-los. Há de se assegurar, pois, o equilíbrio entre a acusação e defesa, que devem estar munidas de forças similares. O contraditório pressupõe, assim, a paridade de armas: somente pode ser eficaz se os contendentes possuem a mesma força, ou, ao menos, os mesmos poderes.

A doutrina distingue o contraditório quanto ao momento de sua incidência. Lima (2015, p. 50-51) alega que há o contraditório para a prova, ou contraditório real, que “demanda que as partes atuem na própria formação do elemento de prova, sendo indispensável que sua produção se dê na presença do órgão julgador e das partes”; e que há o contraditório sobre a prova, ou contraditório diferido ou postergado, que “traduz-se no reconhecimento da atuação do contraditório após a formação da prova”, em que as fontes de conhecimento pré-existentes ao processo são submetidas ao contraditório para a valoração da prova, e não para sua formação (BADARÓ, 2016, p. 392-393).

Ressalta-se que na concepção de UBERTIS (2006, p. 17-18, apud BADARÓ, 2016, p. 394), os termos “provas produzidas em contraditório” e “provas submetidas ao contraditório” equivalem às expressões “contraditório para a prova” e “contraditório sobre a prova”, que correspondem, respectivamente, a um contraditório forte e um contraditório fraco.

---

<sup>7</sup>EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA (2014, p. 44) também destaca o contraditório como “*método de conhecimento do caso penal*”

<sup>8</sup>Nesse sentido, ANTONIO SCARANCA FERNANDES (2012, p. 65).



Diante do exposto, constata-se que o contraditório diferido sempre apresenta possibilidades menores que o contraditório real, no qual se exige a participação das partes e do órgão julgador na própria produção do meio de prova, possibilitando a estes sujeitos processuais uma interlocução prévia sobre tudo aquilo que possa interferir na decisão judicial, permitindo um controle dialético sobre a produção da prova (BADARÓ, 2016, p. 393).

Assim, no contexto atual, em que o princípio do contraditório contém não só uma dimensão política, mas também uma dimensão heurística, sendo compreendido não somente como possibilidade de reação, porém como efetiva participação das partes na produção probatória, exigindo-se, sempre que possível, a ocorrência de um contraditório pleno, o contraditório judicial mencionado no art. 155, *caput*, deve ser compreendido como contraditório real, ou contraditório para a prova, que é o tipo de contraditório com maior grau de participação das partes e do juiz, redundando, portanto, em maiores garantia política e valor heurístico.

### 1.3. Provas antecipadas

As provas antecipadas são aquelas em que o juiz determina sua produção anteriormente ao momento processual adequado, em virtude de um risco previsível de perecimento da fonte de prova.

Conforme argumenta GUILHERME DE SOUZA NUCCI (2009a, p. 20), as provas antecipadas advêm do art. 156, I, do CPP, tratando-se de inovação trazida pela Lei 11.690/2008. O dispositivo possibilita ao juiz que, de ofício ou mediante solicitação da parte interessada, ordene a produção antecipada de provas consideradas relevantes e urgentes, desde que a medida se mostre necessária, adequada e proporcional.

NUCCI (2009a, p. 20) utiliza como exemplo de prova antecipada a colheita, ainda na fase investigatória, do depoimento de uma testemunha que se esteja muito idosa, em razão da urgência demonstrada no caso concreto. Esse exemplo, inclusive, encontra respaldo legal no art. 225<sup>9</sup> do CPP, *in verbis*:

Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

---

<sup>9</sup>SILVA & FREITAS (2012, p. 269) mencionam não só o art. 225, como também o art. 366, ambos do CPP, ao se referirem à prova antecipada.

Como haverá audiência especialmente designada para a colheita da prova antecipada, com participação das partes interessadas e do juiz, não se pode considerar a ressalva do art. 155, *caput*, com relação a este meio de prova uma exceção legal ao contraditório, havendo neste caso contraditório antecipado. É evidente que pode ocorrer algum prejuízo a depender do momento em que se dá a colheita antecipada da prova, quanto mais antecipadamente ao momento processual adequado se colher a prova, mais prejuízo haverá.

Conforme explica BADARÓ (2016, p. 426), ocorrerá pouco prejuízo se a colheita antecipada se der já no curso do processo com denúncia oferecida, pois neste caso já se sabe quem é o acusado e quais os fatos dos quais terá que se defender; entretanto, o prejuízo será maior quando da antecipação da prova na fase do inquérito policial, pois, ainda que já se tenha um investigado indiciado, os fatos ainda não estão perfeitamente delimitados.

#### **1.4. Provas cautelares**

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

NUCCI (2009a, p. 19-20), em sentido semelhante, define as cautelares como “provas de natureza urgente, merecedoras de produção imediata, sob pena de perda irreparável”, mas acrescenta que tais provas “devem respeitar os ditames legais para que sejam produzidas validamente e aproveitadas na totalidade no processo penal”.

LIMA (2015, p. 573) segue no mesmo sentido de NUCCI ao conceituar as provas cautelares como “aquelas em que há um risco de desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo”, observando que “em regra, dependem de autorização legal”.

BADARÓ, diferentemente de LIMA e NUCCI, utiliza como exemplo de prova cautelar os exames periciais sobre elementos perecíveis ou sobre elementos cujas características se alterem com o passar do tempo. Tanto BADARÓ, como também LIMA e NUCCI, utilizam meios de obtenção de prova (meios de investigação) como exemplo

de prova cautelar. LIMA e NUCCI citam a interceptação telefônica, enquanto BADARÓ cita tanto a interceptação telefônica, como a busca e apreensão<sup>10</sup>.

Segundo LIMA e BADARÓ, esses meios de obtenção de prova são provas cautelares por se tratar de medidas que demandam urgência e também surpresa no procedimento, impossibilitando-se, assim, o exercício do contraditório de forma contemporânea à obtenção da prova. Afinal, o contraditório se materializa com o binômio informação/reação. Caso se informasse os investigados sobre a interceptação telefônica, os interlocutores nada diriam de relevante para a investigação. Ou ainda, no caso de uma busca e apreensão anunciada, o alvo tiraria do local da busca tudo que pudesse vir a servir como fonte de prova.

BADARÓ adverte, contudo, que o elemento surpresa não é característica indefectível de todos os meios de investigação: a quebra do sigilo bancário, por exemplo, prescinde de surpresa, visto que os dados bancários não podem ser alterados pelo investigado. Assim, a decisão de se determinar a quebra de sigilo poderia ser realizada em contraditório, ouvindo a manifestação do investigado sobre o pedido de quebra, desde que a revelação da intenção de se quebrar o sigilo não trouxesse prejuízo para o decurso da investigação.

A ressalva do art. 155, *caput*, relativa às provas cautelares no sentido de não exigir que se submetam ao *contraditório judicial* não constitui exceção à garantia do contraditório. A referida ressalva apenas permite, em virtude da impossibilidade de ocorrência de contraditório real durante a formação das provas cautelares, que estas adquiram valor probatório pleno no curso do processo mediante a realização do contraditório diferido, que é o único possível para provas dessa natureza.

### 1.5. Provas não repetíveis

LIMA (2015, p. 573) define prova irrepitível como:

aquela que, uma vez produzida, não tem como ser novamente coletada ou produzida, em virtude do desaparecimento, destruição ou perecimento da fonte probatória. Podem ser produzidas na fase investigatória e em juízo, sendo que, em regra, não dependem de autorização judicial. Exemplificando, suponha-se que alguém tenha sido vítima de lesões corporais de natureza leve. O exame pericial levado a efeito imediatamente após a prática do delito

---

<sup>10</sup>SILVA & FREITAS (2012, p. 269) seguem na mesma esteira de BADARÓ, utilizando como exemplo de provas cautelares as interceptações telefônicas e as buscas e apreensões.

dificilmente poderá ser realizado novamente, já que os vestígios deixados pela infração penal irão desaparecer.

Em sentido semelhante, NUCCI (2009a, p. 20) define como não repetível as provas que:

necessitam de imediata realização em face da natureza do objeto e seu grau de perecimento. Não deixam de ter natureza cautelar igualmente. O laudo necroscópico<sup>11</sup>, por exemplo, quando o perito examina o cadáver da vítima do homicídio, é prova não repetível, vez que, posteriormente, ainda que se realize a exumação do corpo, o objeto já não será o mesmo e a perícia não produzirá o efeito desejado. Por isso, **a lei atribuiu-lhe o caráter permanente e o valor de prova com *status* diferenciado daquelas que são coletadas pela polícia judiciária** (grifo do autor do presente trabalho).

Para LIMA e NUCCI, as provas cautelares e as não repetíveis se assemelham por se tratar de provas que não podem ser repetidas em juízo em face da natureza perecível de seus objetos. A diferença entre elas, para ambos os autores, reside na necessidade de *autorização judicial* (LIMA) ou de respeito aos *ditames legais* (NUCCI) somente para a produção das provas cautelares.

Assim, os autores adotam as provas periciais como exemplo de provas irrepitíveis, visto que não necessitam de autorização judicial para sua realização, conforme se depreende do art. 6º, I, do CPP, que determina que autoridade policial deverá, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, dirigir-se ao local até a chegada dos peritos criminais. Enquanto que, como exemplos de provas cautelares, são adotadas pelos autores as medidas de investigação que demandam surpresa, como as interceptações telefônicas e as medidas de busca e apreensão.

Gustavo BADARÓ (2016, p. 425-426), diverge de NUCCI e LIMA, definindo as provas não repetíveis a partir da impossibilidade de contraditório. Para o autor as provas não repetíveis:

decorrem de uma situação de contraditório impossível, em razão de causas que incidem externamente sobre a fonte de prova, impedindo sua aquisição processual em contraditório. A impossibilidade pode decorrer de causa natural (por exemplo: a morte da testemunha) ou de um comportamento ilícito do acusado ou de terceiros (por exemplo: violência, ameaça, suborno ou mesmo assassinato do depoente).

NUCCI parece concordar com BADARÓ no sentido de não haver contraditório sobre as provas irrepitíveis ao afirmar, relativamente ao laudo pericial necroscópico, que “a lei atribuiu-lhe o caráter permanente e o valor de prova com *status* diferenciado

---

<sup>11</sup>SILVA & FREITAS (2012, p. 269) se valem do mesmo exemplo para provas não repetíveis.

daquelas que são coletadas pela polícia judiciária”, nada mencionando sobre a necessidade de contraditório diferido para esse tipo de prova.

Por outro lado, diferentemente de NUCCI, que parece aceitar a ausência de contraditório sem ressalvas, BADARÓ (Op. Cit., p. 426-427) apresenta posicionamento crítico à possibilidade de haver decisão judicial baseada exclusivamente em provas irrepitíveis que não foram submetidas ao contraditório, defendendo que não seria desarrazoado, mesmo diante do texto legal, “questionar o seu [da prova não repetível] valor ou força probante” (comentário do autor deste trabalho entre colchetes).

Para BADARÓ, a possibilidade de, por exemplo, se condenar um acusado com base exclusivamente no depoimento de uma testemunha prestado no inquérito policial, cuja posterior produção em contraditório judicial se mostre impossível, viola a garantia do art. 8(2)(f) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), pois o acusado poderá ser condenado pelo depoimento de uma testemunha que não estava presente do Tribunal, não lhe sendo dada a oportunidade de inquiri-la.

De modo diverso de NUCCI e BADARÓ, ROBERTO BRASILEIRO DE LIMA (2015, p. 574) não vê impossibilidade em se contraditar as provas irrepitíveis no curso do processo. Segundo LIMA, a exemplo das provas cautelares, tais provas também devem ser submetidas ao contraditório diferido, pois, nas palavras do autor: “para que possam ser utilizadas no curso do processo, imperiosa será a observância do contraditório sobre a prova, permitindo que as partes possam discutir sua admissibilidade, regularidade e idoneidade”.

## **1.6. Conclusões preliminares**

Dentre as sistemáticas doutrinárias relativas às provas não repetíveis, antecipadas e cautelares, apresentadas no presente trabalho, a mais coerente com o ordenamento jurídico brasileiro é a de ROBERTO BRASILEIRO DE LIMA.

As doutrinas de LIMA e NUCCI são bastante semelhantes, à exceção da aceitação, por parte de NUCCI, de ausência de contraditório nas provas irrepitíveis. Com respeito a esse tema, diferentemente de NUCCI, LIMA defende que as provas não repetíveis, assim como as cautelares, devem ser submetidas ao contraditório diferido.

Essa compreensão se harmoniza com o mandamento constitucional do art. 5º, inciso LV, da Constituição da República (CR), que estabelece que “aos litigantes, em

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

Em que pese à respeitável doutrina de BADARÓ, não deve ser adotada a sua concepção de provas não repetíveis, pela qual se entende ser impossível o contraditório nesses tipos de prova, sob pena de a parte final do texto do art. 155, *caput*, do CPP estar em desconformidade com a CR e, conforme adverte o próprio autor, representar uma violação à CADH.

Assim, o depoimento prestado no inquérito por uma testemunha que venha a falecer antes de seu depoimento judicial na fase processual não pode valer como prova no sentido que o art. 155, *caput*, dá ao vocábulo, visto que não se trata, nem poderá se tratar, de prova testemunhal. Por não ter sido produzido em contraditório real, o depoimento colhido no inquérito, que consiste em mero elemento informativo colhido na investigação, não poderá adquirir valor pelo de prova e servir exclusivamente para fundamentar uma decisão judicial. O contraditório diferido sobre depoimento colhido durante a investigação não supre a necessidade de um contraditório real, que é o contraditório exigido para este tipo de prova, segundo estabelecido pela CADH, da qual o Brasil é signatário<sup>12</sup>.

A interpretação do art. 155, *caput*, que se coaduna à Constituição da República é, em suma, a de que não pode haver decisão judicial condenatória baseada exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase de investigação da persecução penal. A formação da convicção do juiz deve ser realizada pela livre apreciação de provas, para as quais tenha havido contraditório judicial, compreendendo-se *contraditório judicial* como o *contraditório real*, que se caracteriza pela produção da prova no momento processual adequado e com a participação efetiva das partes e do juiz.

A ressalva da parte final do *caput* do referido artigo, relativa às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, não representa exceção ao contraditório, porquanto nelas incide o contraditório diferido ou contraditório antecipado. Não há que se falar em ausência de contraditório, mas tão somente em atenuação do

---

<sup>12</sup>ANTONIO SCARANCE FERNANDES (2012, p. 74) sustenta que é muito discutida em outros países a delimitação do valor probatório de atos irrepetíveis por fato posterior, como ocorre no caso de uma testemunha que venha a falecer. O autor explica que é normalmente aceito o depoimento da testemunha não inquirida em contraditório judicial, desde que fique evidenciado o fato superveniente.

contraditório, em virtude de as características inerentes a estas provas impossibilitarem a incidência do contraditório real.

Destarte, há que se diferenciar atos de prova de atos de investigação<sup>13</sup>. A colheita de elementos de informação durante a fase pré-processual da persecução penal constitui mero ato de investigação, servindo tão somente ao embasamento da *opinio delicti* do titular da ação penal (Ministério Público ou querelante), não podendo ser considerada prova em um sentido técnico-jurídico, pois não se presta a embasar exclusivamente decisão condenatória, pois, se o fizesse, estar-se-ia diante de afronta ao direito ao contraditório assegurado constitucionalmente.

Isso não significa, contudo, que elementos colhidos no inquérito policial não possam adquirir valor de prova, e servirem, portanto, como elementos únicos de embasamento de uma decisão judicial na esfera penal. Para tanto, devem tais elementos atender aos requisitos das provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas e serem submetidos ao contraditório diferido ou antecipado, conforme o caso.

Conforme exposto no início desta seção, as provas periciais são produzidas, em regra, durante o inquérito policial e passam a integrar um eventual processo penal que venha a ser instaurado. Contudo, nem todas as perícias recaem sobre fontes probatórias perecíveis ou que sejam destruídas em razão da realização dos exames. Diversos são os casos de exames periciais sobre objetos que permanecem inalterados com o decurso do tempo e após a realização das análises periciais. Os laudos periciais produzidos a partir de exames desse tipo não podem ser considerados, portanto, provas não repetíveis ou cautelares, porquanto não há necessidade de urgência em sua realização.

Assim, pode um laudo pericial do tipo mencionado no parágrafo anterior servir como prova exclusiva de uma condenação? Pode um laudo dessa natureza, que não se enquadra nas categorias de prova irrepitível ou cautelar, ser submetido ao contraditório diferido? A lei ou a doutrina preveem mecanismos diferenciados de produção do contraditório para as provas periciais? Essas e outras questões são objetos de estudo do capítulo 2, a seguir.

---

<sup>13</sup>Nesse sentido, GUSTAVO BADARÓ (2016, p. 393) e ANTONIO SCARANCE FERNANDES (2012, p. 72).

## CAPÍTULO 2 - O CONTRADITÓRIO DA PROVA PERICIAL

De acordo com ESPINDULA (2009, p. 74), a criminalística consiste em:

uma ciência que se utiliza do conhecimento de outras ciências para poder realizar seu mister, qual seja, o de extrair informações de qualquer vestígio encontrado em um local de infração penal ou em objetos quaisquer sob exame, que propiciem a obtenção de conclusões acerca do fato ocorrido, reconstituindo os gestos do agente da infração e, se possível, identificando-o.

São diversas as áreas da criminalística. A Associação Nacional dos Peritos Criminais Federais apresenta em seu *site* treze áreas de perícia: informática, contábil e financeira, documentoscópica, audiovisual e eletrônicos, química forense, engenharia, meio ambiente, genética forense, balística, locais de crime, bombas e explosivos, veículos, medicina e odontologia forense e patrimônio cultural (APCF, 2017).

Além disso, para cada uma dessas áreas de perícia criminal federal, há diversos tipos de exames. Por exemplo, os peritos criminais federais que atuam na área de audiovisual e eletrônicos realizam exames de análise de conteúdo de áudio e vídeo, de verificação de edição de áudio e vídeo, de verificação de locutor, de comparação de indivíduos por imagem, de transmissores de radiodifusão de som e imagem, entre outros.

Vê-se, portanto, que a atividade criminosa deixa vestígios sobre os mais variados suportes materiais, exigindo que a criminalística se desdobre em quantas áreas e tipos de exames forem necessários para a elucidação da materialidade e autoria de atos delituosos.

Os exames periciais podem ser divididos em dois grupos a depender da natureza do vestígio ou do objeto analisados: de um lado têm-se os exames urgentes, realizados sobre vestígios ou objetos perecíveis, cujas características se modificam ou desaparecem com o tempo; de outro, os exames não urgentes, realizados sobre vestígios ou objetos perenes, cujas características não se alteram com o decurso do tempo.

É extensa a quantidade de exames periciais não urgentes. Exames dessa natureza poderiam ser realizados durante a instrução processual, não havendo razão relacionada à natureza do objeto de análise que obrigue sua realização durante a investigação. Entretanto, ainda assim, a grande maioria dos laudos periciais é



elaborada durante o inquérito policial, não importando qual a natureza do vestígio, se perecível ou se perene. Tanto os exames urgentes como os não urgentes são, em regra, realizados na fase investigatória.

Segundo as conclusões preliminares sobre o art. 155, *caput*, do CPP, apresentadas ao final do capítulo 1 do presente trabalho (seção 1.6), a interpretação mais adequada do referido dispositivo legal é a de que os elementos informativos colhidos no inquérito servem tão somente para corroborar um entendimento formado a partir das provas produzidas em contraditório judicial, não servindo para basear de forma exclusiva a formação da opinião do julgador, compreendendo-se o contraditório judicial como o contraditório real, que se dá no momento processual adequado com a efetiva participação do magistrado e das partes.

Além disso, a ressalva da parte final do *caput* do referido artigo, relativa às provas antecipadas, não repetíveis e cautelares, não consiste em uma permissão para a não realização do contraditório sobre essas provas, mas tão somente a permissão de que se realize um contraditório atenuado, seja ele antecipado, seja diferido.

Esta interpretação esbarra no problema dos exames periciais não urgentes realizados durante o inquérito. Exames desse tipo respondem a quesitos formulados unicamente pela autoridade policial, não havendo, portanto, nível algum de contraditório durante sua elaboração. Além do mais, exames dessa natureza não são provas não repetíveis ou cautelares, visto que não possuem como característica a necessidade de urgência em sua realização.

Dessa forma, um laudo pericial decorrente de exames não urgentes realizados durante o inquérito não se trata nem de prova produzida em contraditório judicial, nem de prova antecipada, cautelar ou não repetível. Ou seja, trata-se de elemento informativo colhido durante a investigação, não tendo sido submetido ao contraditório real ou antecipado e, segundo a interpretação adotada, não podendo vir a se submeter ao contraditório diferido.

Diante desse problema, poderia se pensar em uma interpretação mais extensiva do termo *contraditório judicial* contido no art. 155, *caput*, compreendendo-o não como um contraditório pleno (real) somente, mas também como qualquer manifestação de contraditório, ainda que atenuada, como os contraditórios antecipado e diferido. Entretanto, outro problema maior, de fundo constitucional, surge dessa nova proposta interpretativa. Ao se compreender o contraditório judicial nesse sentido,

a ressalva relativa às provas antecipadas, não repetíveis e cautelares passaria a significar uma exceção legal ao contraditório, permitindo uma total ausência de contraditório das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, o que constituiria manifesta afronta a uma garantia constitucional (art. 5º, LV, CR).

Dessa forma, faz-se necessária outra solução interpretativa. Saída adequada é oferecida pela doutrina, ao fazer distinção entre as provas pré-constituídas e as provas *constituendas*.

### **2.1. Prova pericial enquanto prova pré-constituída.**

GUSTAVO BADARÓ (2016, p. 392) assevera que as “provas pré-constituídas dizem respeito a fontes de conhecimento pré-existentes ao processo, enquanto que as *constituendas* são constituídas e produzidas com atos do processo”.

Continuando sua exposição, BADARÓ exemplifica como provas *constituendas* aquelas decorrentes de fontes de prova pessoais, como o depoimento da vítima ou das testemunhas, cuja produção se dá no curso do próprio processo, exigindo a realização de atividades processuais das partes e do juiz. Já as provas pré-constituídas, como os documentos, são simplesmente juntadas aos autos do processo, já tendo sido criadas extra autos.

Segundo TARUFFO (1992, p. 403, apud BADARÓ, 2016, p. 393) a regra que determina que a prova deve se formar em contraditório vale somente no processo, isto é, para as provas *constituendas*; já para as demais provas, ou seja, as provas pré-constituídas, o que importa é que o contraditório seja garantido não para sua formação, mas durante sua valoração.

Assim, BADARÓ (2016, p. 393) defende que basta que as provas pré-constituídas sejam submetidas ao contraditório diferido antes da decisão<sup>14</sup>, ainda que, segundo o entendimento de UBERTIS (2006, p. 17-18, apud BADARÓ, 2016, p. 394), o contraditório diferido se trate de um contraditório fraco se comparado ao contraditório real.

---

<sup>14</sup>Nesse sentido, GRECO FILHO (1989, p. 110-111 apud FERNANDES, 2012, p. 72) afirma que “é válida a prova pericial realizada na fase de inquérito policial, por determinação da autoridade policial, desde que, em juízo, possa ser impugnada e, se estiver errada, possa ser refeita”.

De acordo com NORMA BONACCORSO (2017, p. 13) para as provas que se formam no processo, ocorre o *contraditório real* e, para aquelas cuja formação é extraprocessual, ocorre o *contraditório possível*, que no caso das provas pré-constituídas, é o contraditório diferido.

Dessa maneira, a interpretação mais adequada do art. 155, *caput*, do CPP, continua sendo aquela proposta no capítulo anterior, em que se exige o contraditório real para a produção de provas em um sentido técnico-jurídico, excetuando-se de tal exigência tão somente aquelas provas cuja necessidade de urgência em sua produção autorizam um contraditório mais fraco, seja ele diferido, seja antecipado.

Entretanto, à luz do que foi exposto até o momento no presente capítulo, outra ressalva deve ser feita a essa interpretação: a sistemática do art. 155, *caput*, do CPP deve ser aplicada tão somente às provas *constituendas*, não se aplicando às provas pré-constituídas, que poderão sempre ser submetidas ao contraditório diferido, não importando se têm natureza de prova cautelar ou não repetível.

Apesar de não constar do referido dispositivo legal, essa ressalva se faz necessária por uma imposição lógica, advinda do fato de que algumas provas, por características próprias a ela inerentes, simplesmente não são passíveis de serem produzidas em juízo com ampla participação das partes e do magistrado durante sua formação.

A prova pericial é exemplo disso. Por possuir características peculiares, sendo produzida por especialistas em determinadas áreas do saber, os quais se valem geralmente de ambientes com estrutura laboratorial e de maquinário especializado, e cuja materialização da prova se dá pela elaboração do laudo pericial, que é um documento produzido de forma criteriosa, possuindo caráter técnico-científico, a prova pericial não é passível de produção endoprocessual. A sua produção demanda tempo e lugar próprios, diferentes do tempo e lugar processuais.

Nesse sentido, GUSTAVO BADARÓ (2016, p. 445) defende que a força probante da prova pericial não decorre da fase procedimental em que foi realizada, mas da capacidade técnica de quem elabora o laudo e do próprio conteúdo deste.

Entretanto, apesar de se tratar de prova pré-constituída assim como os documentos juntados aos autos do processo, incidindo em ambos o contraditório diferido, o laudo pericial não se trata de simples prova documental, havendo no Código de Processo Civil um regramento específico para o seu contraditório.

## 2.2. Disciplina legal do contraditório da prova pericial

O artigo 159 do Código de Processo Penal tem a seguinte redação:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**§ 7º Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico (grifo do autor do presente trabalho).**

A redação do artigo 159 e seus parágrafos é confusa<sup>15</sup> e abre espaço para diversos debates doutrinários. Os parágrafos grifados (§ 3º ao § 7º) são os que tratam do contraditório da prova pericial, tendo sido todos esses parágrafos incluídos no Código de Processo Penal pela Lei 11.690/2008.

Primeiramente, observa-se que, por ser o perito um auxiliar do magistrado<sup>16</sup>, que deve emitir um juízo de valor imparcial<sup>17</sup> sobre os fatos, sendo, portanto, um terceiro equidistante das partes (BADARÓ, 2016, p. 438-439), a Lei 11.690/2008 incluiu no CPP mecanismos que permitem tanto à acusação, como à defesa,

<sup>15</sup>Nesse sentido, TOURINHO FILHO (2010, p. 159) comenta: “O inciso I do § 5º do art. 159, sem embargo da sua redação desordenada [...]”. NUCCI (2009, p. 53), por sua vez, afirma que “A redação do art. 159 e seus parágrafos não primou pela excelência [...]”.

<sup>16</sup>NICOLITT (2013, p. 406) também defende que “o perito é um auxiliar da justiça (art. 275 do CPP)”.

<sup>17</sup>Conforme observa BADARÓ (2016, p. 439), “justamente por isso, o art. 280 do CPP prevê que são extensíveis aos peritos as hipóteses de suspeição do juiz (CPP, art. 254)”.

contraditarem as conclusões periciais. Aliás, com relação ao tema, Aury Lopes Junior (2014, p. 446) argumenta que, em virtude de “uma metamorfose do resíduo inquisitorial ao sistema acusatório: o perito muda de identidade e se transforma em órgão útil para as partes antes que ao juiz”.

Nesse sentido, a redação do § 3º elenca extenso rol de sujeitos legitimados a formularem quesitos aos peritos e a indicarem assistentes técnicos para contraditarem ou corroborarem as conclusões periciais. Segundo o referido parágrafo, podem realizar essas atividades o Ministério Público, o assistente de acusação, o ofendido, o querelante e o acusado<sup>18</sup>.

### **2.2.1. Contraditório sobre a prova pericial (contraditório diferido)**

O § 5º trata especificamente do contraditório diferido da prova pericial, ou seja, do contraditório exercido posteriormente à produção da prova, no curso do processo, que, segundo foi visto, é a forma de contraditório que incide sobre as provas pré-constituídas. No caso das provas periciais, há um regramento específico para a forma de exercício do contraditório diferido. Permite-se às partes, durante o curso do processo judicial, requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem quesitos (inciso I), bem como indicar assistentes técnicos, que poderão apresentar pareceres e ser inquiridos em audiência (inciso II), devendo o mandado de intimação e as questões a serem esclarecidas pelos peritos ser encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo os peritos apresentar as respostas em laudo complementar (§5º, inciso I).

NUCCI (2009a, p. 53-54) interpreta os dispositivos legais supramencionados no sentido de que “possam os peritos em geral (oficial, não oficial nomeado, assistente técnico) participar da instrução e prestar esclarecimentos ao juízo e às partes de variadas formas”.

---

<sup>18</sup>NUCCI (2009, p. 52) critica a coexistência do ofendido e do assistente de acusação na redação do §3º, o autor explica que “o assistente de acusação, se interveniente no processo, atua em nome do ofendido, seu representante legal ou seu sucessor”. Assim, para NUCCI, não há sentido em se outorgar permissão para o ofendido oferecer quesitos e indicar assistentes, pois, afinal, “o ofendido, para concretizar o seu intento, precisaria de advogado, que na prática, é justamente o assistente de acusação”. Nesse mesmo sentido, LOPES JUNIOR (2014, p. 448) não vislumbra como o ofendido, que não tem capacidade postulatória, poderia atuar no processo.

Segundo PARISE & ARTEIRO (2010, p. 15), o objetivo de tais dispositivos é possibilitar ao juiz o confronto das conclusões do perito oficial com as do assistente técnico, permitindo, inclusive, de acordo com o art. 182 do CPP, que o magistrado opte pelo parecer do assistente técnico em lugar do laudo pericial oficial.

De acordo com NUCCI (2009a, p. 54), “a maneira mais usual para que haja comunicação entre a parte, o juiz e o perito (incluindo assistentes, se existentes) é por petição”, iniciando-se essa “conversação” quando é solicitada a elaboração de exame pericial e são oferecidos os quesitos. O perito, então, elabora o laudo, onde apresenta suas conclusões e as respostas aos quesitos formulados. Havendo dúvida, a parte interessada oferece nova petição, contendo outras indagações, que podem ser simplesmente respondidas ou podem ensejar a elaboração de laudo complementar.

Explica ainda, NUCCI (2009a, p. 54), que há também a possibilidade de se ouvir o perito em audiência, situação em que as perguntas e respostas são mais dinâmicas e ricas, mas que essa alternativa deve ser reservada para “casos muito complexos e de análise dificultosa, pois os peritos oficiais em geral trabalham com excesso de serviço, sendo custosa a participação em audiência”.

Além disso, a Lei 11.690/2008 introduziu, de forma salutar, o § 6º no art. 159 do CPP, permitindo aos interessados requerer o material probatório que serviu de base à perícia, que deverá ser disponibilizado no ambiente do órgão oficial e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação. Dessa forma, permitiu-se que os assistentes tenham acesso, quando possível, aos materiais periciados, podendo realizar eles próprios exames sobre os materiais, não se limitando somente à contestação das conclusões dos peritos oficiais constantes do laudo.

### **2.2.2. O contraditório durante a elaboração da prova pericial**

Conforme visto nas seções anteriores, o contraditório das provas pré-constituídas se dá por meio do contraditório diferido, ou sobre a prova, em que a contraposição, em juízo, dos argumentos e dos questionamentos da acusação e da defesa ocorre para a valoração da prova já constituída, e não para sua formação. Determinadas características inerentes à forma de realização do exame e de elaboração do laudo periciais impossibilitam a formação da prova pericial em juízo,

com observância da oralidade e com ampla participação das partes e do magistrado, sob o crivo do denominado contraditório real.

Isso não significa, contudo, que não exista a possibilidade de incidência de algum nível de contraditório para a formação da prova pericial. O artigo 176 do CPP, que também faz parte do capítulo referente ao exame de corpo de delito e às periciais em geral, determina que a “autoridade e as partes poderão formular quesitos até o ato da diligência”. Assim, pela interpretação literal do dispositivo, as partes podem, durante o processo, oferecer quesitos aos peritos antes realização das análises periciais, o que consiste em uma forma de as partes influenciarem o resultado da prova técnica antes de sua consumação.

Apesar de ser pacífica a possibilidade de apresentação de quesitos durante a instrução processual, tanto antes (art. 176) como depois (art. 159, § 5º, I) da elaboração do laudo pericial, não se pode dizer o mesmo com relação à possibilidade de se ofertarem quesitos ao perito durante o inquérito, na fase pré-processual.

Conforme assevera NUCCI (2009b, p. 398), costuma-se defender que durante o inquérito, por ser este um procedimento de natureza inquisitiva, não pode o indiciado apresentar quesitos ao perito<sup>19</sup>. TOURINHO FILHO (2010, p. 582) e GUSTAVO BADARÓ (2016, p. 443), se não concordam com esse juízo, ao menos não o refutam, pois, ao tratarem do art. 176 do CPP, relacionam-no apenas com a perícia judicial, ou seja, com aquela feita na fase processual, nada mencionando sobre a possibilidade de serem apresentados quesitos durante o inquérito.

O § 3º do art. 159 do Código de Processo Penal faculta “ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico”. Assim, pela literalidade do dispositivo, o oferecimento de quesitos aos peritos é permitido a partir do oferecimento da denúncia, antes mesmo da instauração do processo, porquanto a lei se refere ao “acusado”, que em sentido estrito é o sujeito constante do polo passivo da denúncia.

Ao permitir a formulação de quesitos a partir do oferecimento da denúncia, está a Lei proibindo tal formulação antes da denúncia, na fase da investigação preliminar?

A resposta afirmativa a esta pergunta se funda em uma interpretação a *contrario sensu* do dispositivo legal supracitado. Ora, ao facultar expressamente a

---

<sup>19</sup>Nesse sentido, DAMÁSIO DE JESUS (2015, p. 189) e OLIVEIRA (2014, p. 429-431).

formulação de quesitos apenas às partes (Ministério Público, assistente de acusação e querelante)<sup>20</sup> do processo ou ao acusado, que é sujeito passivo da denúncia, nada mencionando sobre os sujeitos passivos do inquérito (indiciado e suspeito), a lei estaria, dessa forma, proibindo os últimos de formularem quesitos. Haveria, assim, espécie de proibição legal implícita de se formularem quesitos durante a investigação preliminar.

Entretanto, tal lógica não prospera. Além de ser de frágil construção, por ter caráter implícito, sendo, assim, questionável, a supramencionada proibição esbarra na determinação do art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Quando o Código de Processo Penal, inspirado no modelo fascista italiano, entrou em vigor, no ano de 1941, compreendia-se que o sistema nele previsto era misto, ou seja, que havia duas fases do processo penal: uma primeira tipicamente inquisitória, com instrução escrita e secreta, sem acusação e sem contraditório; e uma segunda fase de caráter acusatório, com separação entre as funções de acusação e julgamento em órgãos distintos, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade (LIMA, 2015, p. 41).

Contudo, a Constituição de 1988 transformou o processo penal em um verdadeiro *actum trium personarum*, ao prever expressamente a separação das funções de julgar e acusar. Além disso, a carta constitucional passou a assegurar o contraditório e a ampla defesa tanto aos “litigantes, em processo judicial ou administrativo”, como aos “acusados em geral”; e instituiu o princípio da presunção de não culpabilidade. Diante disso, foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro verdadeiro processo acusatório (LIMA, 2015, p. 41).

É bem verdade que não se trata de um sistema acusatório puro, pois há a previsão, na legislação infraconstitucional, de uma fase pré-processual que objetiva a apuração da materialidade e autoria do fato delituoso. Entretanto, não se pode querer delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal, pois, ao contrário, este é que deve ser lido consoante os direitos, garantias e princípios introduzidos pela Constituição da República de 1988 (LIMA, 2015, p. 41).

---

<sup>20</sup>Excluiu-se da discussão o *ofendido* pela impropriedade da inclusão desse termo na redação do § 3º do art. 159 do Código de Processo, conforme visto na nota de rodapé de nº 6 da seção 2.2.1 do presente trabalho.



Destarte, o vocábulo *acusado* contido no § 3º do art. 159 do CPP deve ser interpretado de maneira que se conforme ao mandamento constitucional do art. 5º, LV. A expressão *acusados em geral* (art. 5º, LV, CR) tem sentido amplo, abrangendo indivíduos suspeitos do cometimento de atos ilícitos de modo geral, implicando, portanto, em incidência do contraditório e da ampla defesa também durante a investigação preliminar<sup>21</sup>.

Assim, não se pode interpretar o vocábulo *acusado* (159, § 3º, CPP) em sentido estrito, como se fora somente o sujeito constante do polo passivo de uma denúncia oferecida pelo Ministério Público, no caso de ação penal pública, ou pelo querelante, no caso de ação penal privada. Se assim fosse, estar-se-ia diante de uma restrição da Constituição operada por uma lei infraconstitucional, o que consiste em um não-senso jurídico.

Deve-se, portanto, interpretar tal termo em seu sentido lato, assegurando-se o contraditório aos réus e denunciados, bem como aos indiciados e aos suspeitos, podendo, deste modo, serem oferecidos quesitos por ocasião da realização de exames periciais tanto na fase processual, como na investigação preliminar.

Ademais, conforme visto no capítulo anterior (seção 1.2), o valor do princípio do contraditório não se resume somente ao aspecto político, não se tratando este princípio apenas de uma garantia assecuratória das liberdades. O contraditório possui também um valor heurístico, de busca pela verdade, visto que o método dialético se constitui como garantia epistemológica de um processo em que se objetiva o alcance de uma verdade que retrate de forma mais fidedigna possível a realidade dos fatos (BADARÓ, 2016, p. 55).

Assim, ao tratar do art. 176, que prevê a possibilidade de oferecimento de quesitos antes mesmo da realização da perícia judicial, NUCCI (2009b, p. 398) defende que tal possibilidade deveria ser estendida também à fase do inquérito. Nas palavras do autor:

o oferecimento de quesitos, por ocasião da realização da prova pericial, pode ser de fundamental importância para o esclarecimento da verdade real e para a garantia do devido processo legal, com seus corolários diretos: a ampla defesa e contraditório (NUCCI, 2009b, p. 398).

---

<sup>21</sup>Nesse sentido, TUCCI (1993, p. 210-211) defende que a “contrariedade, ademais, deve ser efetiva, real, em todo o desenrolar da persecução penal, a fim de que, ‘perquirida à exaustão’, a verdade material, reste devidamente assegurada a liberdade jurídica do indivíduo [...]”. Em sentido contrário, ANTONIO SCARANCE FERNANDES (2012, p. 70-71), ANDRÉ LUIZ NICOLITT (2013, p. 77), PACELLI & FISCHER (2014, p. 379) e PAULO RANGEL (2016, p. 18).

NUCCI continua seu argumento afirmando que muitas das provas periciais formuladas durante a investigação são definitivas, ou seja, não serão realizadas novamente em juízo. Por isso, na visão do autor, deve-se permitir que haja a apresentação de quesitos pelo indiciado na fase extrajudicial, sob pena de, a pedido do réu prejudicado pela impossibilidade de contraditório na fase investigativa, o exame ter que ser refeito durante a instrução. Nucci acredita que a nova redação do art. 159 do CPP supre essa questão, possibilitando a formulação de quesitos em qualquer fase da persecução penal: pré-processual ou processual (NUCCI, 2009b, p. 398).

Dessa forma, se por um lado é necessária a relativização de certos direitos fundamentais durante a investigação, como o direito ao contraditório, por exemplo, com a finalidade de se viabilizar a obtenção de fontes e elementos de prova, o que não seria possível caso o investigado fosse informado sobre todos os atos investigatórios. Por outro, é salutar que se permita o maior nível de contraditório possível durante a fase investigativa, pois o exercício dialético de o investigado se contrapor aos atos da investigação contribui para uma maior correlação entre a realidade dos fatos e a verdade que está sendo construída no inquérito.

Visto que o inquérito tem por objetivo a colheita de elementos informativos que embasarão a formação da *opinio delicti* do Ministério Público ou do querelante, o exercício do contraditório pelo investigado pode afastar uma eventual denúncia descabida, impedindo a instauração injusta de um processo penal, que, de acordo com AURY LOPES JUNIOR (2014, p. 178), já é em si mesmo uma pena.

É claro que a medida de contraditório no inquérito deverá ser aquela que não cause frustração à obtenção de fontes e elementos de prova necessários à apuração da materialidade e autoria do ato delituoso. Somente após a realização dos meios de obtenção de prova que exigem surpresa, como a interceptação telefônica ou a busca e apreensão, por exemplo, e quando os fatos apurados já estivessem minimamente delimitados, já havendo suspeito, é que se pode oferecer a este a oportunidade de participação na produção dos meios de prova pendentes, se ainda houver.

Assim, não há que se falar em proibição legal aos investigados de apresentarem quesitos para a realização dos exames periciais na fase do inquérito. Tal proibição, além de ser implícita (obtida por meio de interpretação *a contrario sensu* da legislação infraconstitucional), é inconstitucional. A autoridade policial, apesar não de não ser obrigada pela lei a oferecer aos sujeitos a quem interessa o exame a

oportunidade de apresentarem quesitos, não pode negar-lhes o exercício dessa faculdade quando requisitado. Isso vale inclusive para a quesitação prévia à realização das análises do perito.

### 2.2.3. Assistente técnico

Com a Lei nº 11.690/08, foi introduzida no processo penal a figura do assistente técnico, que antes era prevista somente no processo civil (LIMA, 2015, p. 651). Conforme visto, além do oferecimento de quesitos, o art. 159, § 3º, do CPP, prevê também a possibilidade de indicação de assistente técnico. O § 4º do artigo 159, complementa o referido dispositivo, estabelecendo que o “assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão”.

NUCCI (2009a, p. 52) sustenta que por ser o assistente técnico um perito de confiança da parte que o indicou, deve o juiz averiguar, para sua admissão, se estão presentes os requisitos utilizados para a nomeação dos peritos não oficiais (art. 159, § 2º, CPP) quais sejam: ser pessoa idônea portadora de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica vinculada ao objeto do exame. Assim, segundo o autor, não cabe a indicação de qualquer pessoa da confiança do interessado, pois se trata de assistente *técnico*, devendo este ser um especialista na matéria em questão.

Com relação à possibilidade de atuação do assistente técnico durante a formação da prova pericial. TOURINHO FILHO (2010, p. 559) afirma que “aos assistentes técnicos, se admitidos pelo Juiz, cumpre-lhes, apenas, emitir parecer sobre o laudo já elaborado. Eles não acompanham a perícia”<sup>22</sup>.

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

---

<sup>22</sup> No mesmo sentido, DAMÁSIO DE JESUS (2015, p. 189), PACELLI & FISCHER (2014, p. 379) e EDILSON MOUGENOT BONFIM (2015, p. 411).

TOURINHO FILHO (2010, p. 559) entende que se “o assistente técnico não acompanhar os trabalhos do perito, haverá lesão ao princípio do contraditório”. Continua o autor argumentando que:

Se no processo civil, em que se disputam, de regra, interesses disponíveis, a prova pericial admite o contraditório, e os assistentes técnicos participam da sua produção, constitui colossal enormidade a eliminação do contraditório na produção da prova pericial no processo penal, em que se procura resguardar o direito de liberdade, uma vez que ao assistente técnico reservou-se um papel de simples apreciador do produto da perícia, e não da matéria que foi seu objeto (TOURINHO FILHO, 2010, p. 559).

Em que pese à concordância do autor do presente trabalho com a crítica de TOURINHO FILHO à lei processual penal, por esta impossibilitar a participação do assistente técnico durante a formação da prova pericial, discorda-se quanto ao entendimento de que tal proibição constitui lesão ao princípio do contraditório.

Conforme visto na seção anterior, a Constituição assegura o contraditório aos “acusados em geral”, havendo, portanto, tal garantia em todas as fases da persecução penal, ainda que se aceite que o contraditório se dê de forma mitigada durante a investigação preliminar, em face da necessidade de urgência e surpresa em certas medidas levadas a cabo durante esta fase.

Entretanto, ao assegurar o contraditório, a Constituição não determina de que maneira este princípio deve ser instrumentalizado. Assim, desde que cumprida a exigência de observância do contraditório em todas as fases da persecução penal, ainda que de forma atenuada na fase pré-processual, não há que se falar em afronta à garantia do contraditório.

Ademais, no que tange especificamente à prova pericial, ressalta-se que, por esta se tratar de prova pré-constituída, a restrição ao exercício do contraditório durante a prova (impossibilidade de os assistentes técnicos acompanharem os exames) é perfeitamente compensada pelo exercício do contraditório diferido (possibilidade de os assistentes técnicos contraditarem o laudo já elaborado, apresentando pareceres técnicos).

Com relação à possibilidade de atuação do assistente técnico ainda na fase pré-processual, TOURINHO FILHO (2010, p. 558) e LIMA (2015, p. 652) negam tal possibilidade, defendendo que o assistente técnico somente poderá atuar em juízo<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup>No mesmo sentido, OLIVEIRA (2014, p. 429-431), PACELLI & FISCHER (2014, p. 379) e CHOUKR (2011, p. 302).

São quatro os pontos que fundamentam a opinião dos referidos autores de que somente pode o assistente técnico atuar na fase processual: 1) as expressões “Ministério Público”, “assistente de acusação”, “querelante” e “acusado” presentes no art. 159, § 3º, implicam em que, ao menos, a denúncia já tenha sido oferecida; 2) a exigência de admissão *judicial* do assistente técnico (art. 159, § 4º) remete à fase processual; 3) a previsão contida no art. 159, § 5º, II, do CPP, é clara quanto ao momento de indicação de assistente técnico: *no curso do processo*; e 4) a disposição do art. 159 § 6º, do CPP, prevê a disponibilização do material que serviu de base à perícia a requerimento *das partes*, que são sujeitos processuais.

Com relação aos itens 1), 3) e 4) do parágrafo anterior, conforme já mencionado nesta seção e discutido mais profundamente na subseção anterior ao se tratar do oferecimento de quesitos (subseção 2.2.2), em que pese aos termos constantes do texto legal fazerem referência somente à fase processual, não se pode daí restringir a possibilidade de contraditório durante a investigação preliminar, pois a Lei Maior assegura o contraditório em todas as fases da persecução penal (ainda que de forma mitigada na fase da investigação preliminar).

Com relação ao item 2), discorda-se de que a exigência de admissão judicial do assistente técnico represente empecilho a sua atuação durante o inquérito, pois nada impede que se solicite ao juiz da investigação a admissão de assistente técnico para atuar ainda na fase preliminar, desde que, conforme visto, tal atuação se dê após a elaboração do laudo pericial.

LOPES JUNIOR (2014, p. 449), concordando com a tese de que é cabível a atuação do assistente técnico durante o inquérito, aduz que o baixo nível de constitucionalização do inquérito, aliado ao fato de que importantes provas periciais são realizadas nessa fase, conduz a uma perigosa negação de eficácia dos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Assim, o autor defende que seria razoável exigir que a autoridade policial, quando da determinação da realização de perícias, permitisse que o sujeito passivo pudesse requerer sua produção, apresentar quesitos e indicar assistente técnico.

LOPES JUNIOR (2014, p. 450) defende que tal participação no inquérito está perfeitamente autorizada, não só pelos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ambos com incidência nessa fase, mas também pelo art. 14 do CPP,

que determina que o “ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.

Entretanto, LOPES JUNIOR (2014, p. 450) observa que é comum não se observar o direito de o sujeito passivo “requerer qualquer diligência” durante a investigação, e que, diante dessa negativa, pouco resta à defesa além de impugnar em juízo eventuais vícios formais da perícia e lutar pela repetição do ato à luz do contraditório, o que nem sempre é possível.

Diante de todo o exposto, conclui-se que é descabida a interpretação no sentido de que o assistente de atuação só pode atuar durante a instrução processual. Em face da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, após a elaboração do laudo, ainda durante o inquérito, pode o investigado interessado solicitar ao juiz da investigação a admissão de assistente técnico<sup>24</sup>, que deverá atender aos requisitos do art. 159, §2º.

Outra questão pertinente diz respeito à (in)utilidade da novel previsão legal do assistente técnico no processo penal. Se, conforme visto, a lei não faculta ao assistente o acompanhamento dos exames periciais, não sendo possível influenciar a *formação* da prova pericial, podendo unicamente formular parecer sobre laudo já elaborado, qual seria a utilidade da previsão legal do assistente técnico, visto que é lícito à Defesa contratar quem bem entender para se manifestar sobre as provas e os elementos de informação? Além disso, a quem serve o assistente técnico, senão ao investigado ou réu economicamente favorecido, que terá condições materiais de contratar profissionais especialistas nas matérias técnicas objeto dos laudos periciais criminais?

TOURINHO FILHO (2010, p. 558) entende que, nos moldes em que foi positivada no CPP, a figura do assistente técnico é inútil para o processo penal. Nas palavras do autor:

Melhor seria se não houvesse o legislador adotado a figura do assistente técnico. Com ele ou sem ele nada, absolutamente nada, impede que a Defesa contrate pessoa da sua confiança e lhe peça um parecer sobre o laudo. E mais: nem precisa de juízo de sua admissibilidade... A Defesa contrata quem quiser e bem entender. Nada impede que a Defesa contrate um técnico, peça-

---

<sup>24</sup>Interessante destacar a crítica que SILVA & FREITAS (2012, p. 284) fazem à legislação. Apesar de defenderem o entendimento de que o legislador somente permitiu a assistência técnica durante a ação penal, os referidos autores criticam tal opção legislativa pelo fato de que “as perícias mais relevantes são realizadas em sede policial e são irrepetíveis”. Aduzem, por fim, que a faculdade de indicação de assistente técnico em sede policial “seria melhor e propiciaria maior amplitude de defesa”.

lhe a formulação de quesitos para o perito responder e depois emita um parecer (TOURINHO FILHO, 2010, p. 560).

TOURINHO FILHO (2010, p. 558) também critica a figura do assistente técnico com relação à impossibilidade de sua contratação por parte dos menos afortunados, afirmando que “a figura do assistente técnico será privilégio dos réus que tiverem ‘posses’. Os pobres, e estes constituem a grande maioria dos envolvidos em processos criminais, ficarão impossibilitados de constituí-lo”. Ao final, TOURINHO FILHO (2010, p. 560) lança a pergunta: “E por que não destinar verba à Defensoria Pública, com a finalidade de contratar assistentes técnicos?”.

TOURINHO FILHO parece não perceber que a indagação por ele lançada é justamente a solução para os problemas por ele apontados. NUCCI (2009b, p. 374) explica que a impossibilidade de os mais desafortunados contratarem assistente técnico pode ser resolvida com a criação de um quadro de assistentes técnicos da Defensoria Pública, a exemplo do que já ocorre na esfera cível com o Ministério Público.

Ademais, a possibilidade de se prover a Defensoria Pública com assistentes técnicos, coloca por terra a suposta inutilidade do assistente técnico aludida por TOURINHO FILHO, porquanto a simples possibilidade de futuramente haver prestação de maior qualidade do serviço público de defesa técnica, já representa por si só algo de grande utilidade.

Assim, é salutar encerrar este capítulo com as palavras de NUCCI (2009b, p. 374) sobre o tema:

Pode-se argumentar que somente réus economicamente favorecidos teriam condições de, além do patrocínio de bons advogados, custear também perito assistentes. Num primeiro momento, sem dúvida. Porém, a lei tem por finalidade atingir a todos e, com o passar o tempo, certamente o Ministério Público, como já ocorre na esfera cível, terá um corpo de assistentes próprio, além de poder o ofendido contratar um profissional e mesmo o acusado pobre terminar contando com assistentes vinculados à Defensoria Pública. Em suma, o processo de adaptação pode ser, de certo modo, longo, mas a abertura legal é positiva e promissora. **O perito oficial nem sempre oferta a melhor versão para o caso em análise, valendo ao seu laudo juntarem-se outras vozes, com opiniões concordantes ou díspares, tudo com o objetivo de melhor informar o magistrado, em busca da verdade real** (grifo do autor do presente trabalho).

## CAPÍTULO 3 – ESTUDO DE CASO: O CONTRADITÓRIO DA PROVA PERICIAL DO ÁUDIO CONTENDO O DIÁLOGO ENTRE MICHEL TEMER E JOESLEY BATISTA

### 3.1. Histórico

No dia 07 de abril de 2017, o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros apresentou ao Ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin um pedido<sup>25</sup> de instauração de inquérito sigiloso em face do presidente da República Michel Miguel Elias Temer Lulia. O pedido foi endereçado ao Ministro Edson Fachin por haver conexão dos fatos narrados no pedido com os investigados no caso Lava Jato, do qual Fachin é o relator no STF.

Segundo a petição da Procuradoria-Geral da República, o Ministério Público Federal foi procurado por pessoas ligadas ao grupo empresarial J & F<sup>26</sup> com objetivo de ser lavrado acordo de colaboração premiada. A PGR foi indicada como órgão com atribuição para as negociações em questão em virtude de os fatos ilícitos a serem narrados tratarem também de crimes cometidos por pessoas detentoras de prerrogativa de foro no STF.

Joesley Mendonça Batista, presidente da sociedade empresarial J & F Investimentos S.A., apresentou, em uma reunião preliminar com a PGR, realizada no dia 07 de abril de 2017, alguns elementos de prova que indicariam a possível prática de crimes por parte do atual presidente da República Michel Temer. Dentre os elementos de prova apresentados constava um arquivo de áudio (“PR1 14032017.WAV”) contendo gravação efetivada pelo próprio Joesley Batista, de conversa sua com Michel Temer, provavelmente travada no dia 07 de março de 2017,

---

<sup>25</sup> O pedido de instauração de inquérito formulado pelo PGR encontra-se nos autos do Inquérito 4483 DF - 0004077-70.2017.1.00.0000 (fls. 2 a 37). Disponível em <http://www.zerohora.com.br/pdf/23313616.pdf>. Acesso em 09 de junho de 2017.

<sup>26</sup> O Grupo J & F é liderado pela sociedade empresária J & F Investimentos S.A., criada em 1953, presente em mais de 30 países, tendo em seu portfólio empresas como a JBS (líder global em processamento de proteína animal); Alpargatas (maior empresa de calçados e vestuários na América Latina); Vigor (maior empresa brasileira de derivados de leite); Flora (empresa líder em diversos segmentos de limpeza doméstica e higiene pessoal); Eldorado Brasil (maior e mais moderna planta para produção de celulose do mundo); Banco Original (banco com origem no agronegócio, em expansão para o varejo); além de atuação na área do agronegócio, com as empresas Oklahoma e Canal Rural (J & F Investimentos S.A. *Quem somos. Apresentação*. Disponível em <http://jfinvest.com.br/quem-somos/apresentacao/>). Acesso em 09 de junho de 2017.).



por volta das 22h40min, no Palácio do Jaburu, residência oficial do presidente, em Brasília-DF.

O MPF submeteu o arquivo de áudio supracitado a uma análise técnica realizada por Elaine Sobral e Eder Gabriel, integrantes dos cargos de Analista e Técnico do MPU, respectivamente, ambos lotados na Secretaria de Pesquisa e Análise, subordinada ao gabinete do Procurador-Geral da República. As conclusões das análises dos servidores foram apostas na Informação nº 030/2017-SPEA/PGR<sup>27</sup>, de 07 de abril de 2017, que foi anexada ao pedido de instauração de inquérito do PGR. Os referidos servidores realizaram um exame do áudio com o objetivo de “verificar se os diálogos existentes nos áudios” eram “inteligíveis” e, se “numa análise meramente perfunctória, os arquivos possuem características iniciais de confiabilidade”. Concluíram que o diálogo constante no arquivo PR1 14032017.WAV “encontra-se audível apresentando sequência lógica”, e que o “arquivo possui alguns ruídos e a voz de um dos interlocutores apresenta-se com maior intensidade em relação à voz do segundo interlocutor, e em alguns momentos, tornam-se incompreensíveis sem a utilização de equipamentos especializados”.

Em 02 de maio de 2017, o Ministro Edson Fachin, decidiu após Rodrigo Janot ter demonstrado a não aplicabilidade do art. 86, § 4º, da Constituição Federal, ao caso em questão, deferir o pedido de instauração de inquérito em face do presidente da República Michel Temer, mantendo-se até ulterior deliberação, nos termos legais e regimentais, o integral sigilo dos autos do inquérito.

No dia 17 de maio de 2017, às 19h30min, entretanto, o caso se tornou público. O jornalista Lauro Jardim, do jornal brasileiro O Globo, divulgou, a notícia<sup>28</sup> de que o presidente da República Michel Temer teria sido gravado em um diálogo “embaraçoso” com Joesley Batista, um dos donos da JBS, a maior produtora de proteína animal do planeta. De acordo com o jornalista, Joesley teria dito a Temer que estava dando ao ex-deputado<sup>29</sup> Eduardo Cunha e ao operador financeiro Lúcio

---

<sup>27</sup> A referida Informação encontra-se nos autos do Inquérito 4483 DF - 0004077-70.2017.1.00.0000 (fls. 64 a 66). Disponível em <http://www.zerohora.com.br/pdf/23313616.pdf>. Acesso em 09 de junho de 2017.

<sup>28</sup> Jardim, Lauro. *Dono da JBS grava Temer dando aval para compra de silêncio de Cunha: Joesley Batista e o seu irmão Wesley confirmaram a Fachin o que falaram a PGR*. O Globo, 2017. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/dono-da-jbs-grava-temer-dando-aval-para-compra-de-silencio-de-cunha-21353935>>. Acesso em 09 de junho de 2017.

<sup>29</sup> Eduardo Cunha teve seu mandato de Deputado Federal cassado em Sessão Plenária da Câmara, em 12 de setembro de 2016 e estava preso desde 19 de outubro de 2016 (Dionísio, Bibiana; e outros.

Funaro<sup>30</sup> uma mesada na prisão para ficarem calados. Diante da informação, Temer teria dito “Tem que manter isso, viu?”.

A notícia teve um efeito avassalador no cenário político brasileiro. Ante o escândalo, chegou-se a veicular a notícia de que o Presidente da República iria renunciar<sup>31</sup>. Entretanto, não foi o que ocorreu. Em virtude do vazamento das informações sigilosas, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no dia seguinte à publicação da matéria de Lauro Jardim, levantar o sigilo do registro de áudio do diálogo gravado<sup>32</sup>. Após ter acesso ao conteúdo do áudio, Temer fez um pronunciamento dizendo que não renunciaria<sup>33</sup>. A seguir transcrevo um dos trechos do discurso:

Não renunciarei. Repito, não renunciarei. Sei o que fiz e sei a correção dos meus atos. Exijo investigação plena e muito rápida para os esclarecimentos ao povo brasileiro. Essa situação de dubiedade ou de dúvida não pode persistir por muito tempo.

Aparentemente houve um descasamento entre a expectativa pública gerada pela notícia veiculada pelo jornalista Lauro Jardim e o real efeito político causado pela divulgação do áudio pelo STF. Ao se analisar o conteúdo do áudio, que foi disponibilizado por diversos *sites* na Internet, não fica claro se, ao pronunciar a frase “Tem que manter isso, viu?”, o presidente Temer estaria se referindo, como afirmado por Lauro Jardim, à “mesada” que Joesley disse estar dando ao ex-deputado Eduardo Cunha<sup>34</sup>. Inclusive, na própria petição de instauração de inquérito em face do

---

*Eduardo Cunha é preso em Brasília por decisão de Sérgio Moro*. G1, 2016. Disponível em <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/10/juiz-federal-sergio-moro-determina-prisao-de-eduardo-cunha.html>>. Acesso em 09 de junho de 2017.

<sup>30</sup> Lúcio Funaro estava preso desde junho de 2016 e estava sendo investigado por supostas ligações com o presidente Michel Temer e com Eduardo Cunha. (Costa, Flávio; Bianchi, Paula. *Operador de Cunha, Funaro negocia acordo de delação*. Uol Notícias, 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/06/07/operador-de-cunha-funaro-negocia-acordo-de-delacao.html>>. Acesso em 09 de junho de 2017.

<sup>31</sup> Noblat, Ricardo. *Temer decidiu renunciar*. Blog do Noblat (O Globo), 2017. Disponível em: <<http://noblat.oglobo.globo.com/meus-textos/noticia/2017/05/temer-decidiu-renunciar.html>>. Acesso em 09 de junho de 2017.

<sup>32</sup> Amorim, Felipe; Motomura, Marina. *STF divulga áudios que envolvem Michel Temer; ouça*. Uol Notícias, 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/05/18/stf-divulga-audios-que-envolvem-michel-temer.htm>>. Acesso em 09 de junho de 2017.

<sup>33</sup> Amaral, Luciana; Barbosa, Bernardo. *Não renunciarei, diz Temer após delação da JBS*. Uol Notícias, 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/05/18/pronunciamento-de-temer.htm>>. Acesso em 09 de junho de 2017.

<sup>34</sup> Conclusão do próprio autor do presente trabalho ao analisar de forma perceptual somente, sem o uso de ferramentas especializadas, o registro de áudio disponibilizado em matéria jornalística do Uol Notícias, assinada por Luciana Amaral e Bernardo Barbosa (Amaral, Luciana; Barbosa, Bernardo. *Não renunciarei, diz Temer após delação da JBS*. Uol Notícias, 2017. Disponível em:

presidente (fl. 6)<sup>35</sup>, Rodrigo Janot, Procurador-Geral da República, trata da fala de Temer como se fosse referente à boa relação que Joesley teria dito manter com Eduardo Cunha.

Em segundo lugar, a própria autenticidade do conteúdo contido no registro de áudio foi questionada por um profissional contratado pelo jornal Folha de S.Paulo e por outro contratado pela defesa de Temer. O profissional contratado pela Folha de S.Paulo, Ricardo Caires dos Santos, afirmou que o registro de áudio possui indícios claros de manipulação, mas “não dá para falar com que propósito”<sup>36</sup>. O profissional contratado pela defesa de Temer, Ricardo Molina, em coletiva à imprensa de Brasília, no dia 22 de maio de 2017, afirmou que o áudio está “contaminado por inúmeras descontinuidades”, com diversos pontos “inaudíveis” e de “possível edição”, características que, nas palavras de Molina, seriam “suficientes” para “jogar a gravação no lixo”<sup>37</sup>.

Além das ações na esfera política, a defesa de Temer, paralelamente, atuava na seara judicial. No dia 20 de maio de 2017, sábado, foi protocolada no STF uma petição solicitando a suspensão do Inquérito 4483 DF, que investigava o presidente Temer por suspeita de corrupção passiva, obstrução à Justiça e organização criminosa, até que se realizasse uma perícia no polêmico registro de áudio. A petição afirmava que deveria ser nomeado um perito para proceder ao seu do áudio e “para responder aos questionamentos do D. Relator e das partes (sic), Defesa e Ministério Público”<sup>38</sup>.

Em resposta à petição, o relator da Lava Jato no STF, Ministro Edson Fachin, decidiu, ainda no sábado dia 20, levar ao plenário da Corte a análise da petição da

---

<<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/05/18/pronunciamento-de-temer.htm>>. Acesso em 09 de junho de 2017.).

<sup>35</sup> O pedido de instauração de inquérito formulado pelo PGR encontra-se nos autos do Inquérito 4483 DF - 0004077-70.2017.1.00.0000 (fls. 2 a 37). Disponível em <http://www.zerohora.com.br/pdf/23313616.pdf>. Acesso em 09 de junho de 2017.

<sup>36</sup> Mariante, José Henrique; e outros. *Áudio de Joesley entregue à Procuradoria tem cortes, diz perícia*. Folha de S.Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/05/1885725-audio-de-joesley-entregue-a-procuradoria-tem-cortes-diz-pericia.shtml>>. Acesso em 09 de junho de 2017.

<sup>37</sup> Editorial da Folha de S.Paulo. *Contratado por Temer, Molina diz que áudio não pode ser usado como prova*. Folha de S.Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/05/1886381-contratado-por-temer-molina-diz-que-audio-de-batista-e-prova-imprestavel.shtml>>. Acesso em 09 de junho de 2017.

<sup>38</sup> Editorial do G1. *Defesa protocola pedido para que STF suspenda inquérito que investiga Temer*. G1, 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/defesa-protocola-pedido-para-que-stf-suspenda-inquerito-que-investiga-temer.ghtml>>. Acesso em 11 de junho de 2017.

defesa do presidente Michel Temer<sup>39</sup>. Na mesma decisão, Fachin determinou que a perícia criminal da Polícia Federal, que é a perícia oficial da União, examinasse o áudio do diálogo entre Temer e Joesley, e abriu prazo para que a defesa do presidente e a Procuradoria-Geral da República apresentassem quesitos a serem esclarecidos pela perícia.

No domingo, dia 21, a Procuradoria-Geral da República e a defesa de Temer apresentaram, respectivamente, 16 (dezesesseis) e 15 (quinze) quesitos para serem respondidos pela Perícia Criminal Federal (perícia criminal da Polícia Federal).

No mesmo dia (domingo, 21), o Instituto Nacional de Criminalística, órgão central da perícia criminal da Polícia Federal, ligado à DITEC (Diretoria Técnico-Científica) da PF, apresentou nota confirmando o recebimento do áudio, bem como o recebimento dos quesitos apresentados pela PGR e pela defesa do presidente Temer. Além disso, a nota informou que, em análise técnica preliminar, o INC apontou que é fundamental o acesso ao equipamento que realizou as gravações originais do áudio e que, por esse motivo, a PF oficiara à PGR, solicitando o aparelho<sup>40</sup>.

Na segunda-feira, dia 22, mesmo dia em que o perito particular contratado por Temer apresentava suas conclusões na coletiva de imprensa em Brasília, a defesa do presidente voltou atrás e protocolou nova petição solicitando que não fosse mais julgada a suspensão do inquérito pelo Plenário do STF. Os advogados de Temer alegaram que a defesa já tinha sido atendida com a determinação do Relator do caso de levar os áudios do diálogo entre Temer e Joesley à perícia da Polícia Federal<sup>41</sup>.

À nova petição, protocolada no dia 22, foi anexada a perícia particular contratada pela defesa de Temer, que concluiu haver 70 pontos de “obscuridades” na gravação. Gustavo Guedes, advogado de Temer, afirmou que tinha pedido a suspensão do inquérito porque, nas palavras dele:

havia dúvidas sobre a integridade do áudio, de acordo com perícias contratadas pela imprensa. Agora, com o resultado de uma perícia em que

---

<sup>39</sup> Editorial do G1. *Fachin decide levar ao plenário do STF pedido de Temer para suspender inquérito*. G1, 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/fachin-decide-levar-ao-plenario-do-stf-pedido-de-suspensao-de-inquerito-de-temer.ghtml>>. Acesso em 11 de junho de 2017.

<sup>40</sup> Editorial do Poder 360. *Peritos solicitam à PGR gravador utilizado por Joesley na conversa com Temer*. Poder 360, 2017. Disponível em: <<http://www.poder360.com.br/justica/peritos-solicitam-a-pgr-gravador-utilizado-por-joesley-na-conversa-com-temer/>>. Acesso em 11 de junho de 2017.

<sup>41</sup> Teixeira, Matheus. *Temer desiste de pedir suspensão de inquérito contra ele no Supremo*. Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-22/temer-desiste-pedir-suspensao-inquerito-supremo>>. Acesso em 11 de junho de 2017.

realmente confiamos, temos convicção de que este áudio é imprestável. As demais discussões jurídicas vamos fazer oportunamente<sup>42</sup>.

Até a conclusão do presente trabalho não havia sido concluída a perícia oficial no polêmico registro de áudio do diálogo entregue por Joesley Batista à Justiça. A perícia oficial do áudio ficou a cargo do SEPAEL (Serviço de Perícias em Audiovisual e Eletrônicos) do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal.

### **3.2. Análise do caso à luz do contraditório para a prova pericial**

Conforme foi defendido na seção “2.2.2. O contraditório durante a elaboração da prova pericial” deste trabalho, nada impede que um investigado, a partir da ciência da existência do respectivo inquérito, solicite vista dos autos e formule quesitos para serem respondidos por perícia ainda pendente, se houver.

Foi justamente o que ocorreu no caso relacionado ao áudio contendo diálogo entre o presidente Temer e Joesley Batista. A partir da análise dos fatos elencados em ordem cronológica na seção anterior (3.1.Histórico), observa-se que após o levantamento do sigilo do inquérito relativo ao presidente da República, levado a cabo pelo Supremo Tribunal Federal em virtude do vazamento e da publicação em matéria jornalística de informações relativas ao inquérito sigiloso, Michel Temer, na condição de presidente da República, solicitou “acesso integral e irrestrito ao conteúdo de toda e qualquer gravação que tenha o Presidente da República como interlocutor”<sup>43</sup>.

A solicitação supracitada é perfeitamente possível e legal, não necessário que o solicitante se trate de autoridade da envergadura do presidente da República, bastando apenas que o interessado constitua advogado para a sua defesa, pois, à luz da regra contida no artigo 7º, inciso XIII, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB), é direito do advogado, *in verbis*:

XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos.

---

<sup>42</sup> Martins, Luísa. *Temer desiste de suspender inquérito no STF*. Valor Econômico, 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/4976942/temer-desiste-de-suspender-inquerito-no-stf>>. Acesso em 11 de junho de 2017.

<sup>43</sup> A referida solicitação encontra-se nos autos do Inquérito 4483 DF - 0004077-70.2017.1.00.0000 (fl. 170). Disponível em <http://www.zerohora.com.br/pdf/23313616.pdf>. Acesso em 09 de junho de 2017.

A partir do acesso ao polêmico áudio, Temer pôde se defender tanto na esfera judicial, quanto na política. Aparentemente, o acesso ao áudio foi um dos fatores que o removeu de uma suposta intenção de renunciar à Presidência da República. Segundo reportagem do jornalista Ricardo Noblat, contida em seu *blog*, hospedado no *site* do jornal O Globo, o presidente “começou a mudar de opinião (sobre a suposta intenção de renunciar) quando soube que provas colhidas contra ele poderiam ser contestadas na Justiça”<sup>44</sup>.

Na esfera judicial, conforme visto na seção anterior, a defesa de Temer protocolou petição no sentido de que fosse nomeado perito oficial para proceder ao exame do áudio e para responder aos questionamentos do Relator do caso, Ministro Edson Fachin, da defesa e do Ministério Público.

O pedido foi corretamente deferido por Fachin, visto que o Código de Processo Penal, em seu artigo 14, determina que o “ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”. Aqui cabe ressaltar que, em virtude do alcance abrangente da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV, CR), deve-se dar ao termo *indiciado*, contido na norma infraconstitucional, interpretação extensiva, beneficiando também o investigado ainda não indiciado.

Ao deferir o pedido, Fachin abriu prazo para a defesa e para a PGR apresentarem os quesitos a serem encaminhados à Perícia. Foram elaborados quinze quesitos pela defesa do presidente, e dezesseis pela PGR. A seguir encontra-se a transcrição dos quinze quesitos enviados à perícia por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira e Gustavo Bonini Guedes, advogados do presidente Michel Temer<sup>45</sup>:

1. As gravações veiculadas pelos meios de imprensa correspondem à integralidade da conversa reproduzida no áudio?
2. Qual o tempo de duração do áudio?
3. É possível identificar a supressão de palavras ou expressões na gravação, ou que tenham sofrido adulteração que lhes modificou o sentido real?? Na hipótese de resposta afirmativa, pode-se apontar os momentos respectivos da gravação?
4. Pelo nome do arquivo, ou pelos seus metadados, é possível identificar a marca, modelo e o sistema de gravação do aparelho utilizado?

---

<sup>44</sup> Noblat, Ricardo. Pressão de ministros citados em delação abortou saída de Temer. Blog do Noblat (O Globo), 2017. Disponível em: <<http://noblat.oglobo.globo.com/meus-textos/noticia/2017/05/pressao-de-ministros-citados-em-delacao-abortou-saida-de-temer.html>>. Acesso em 12 de junho de 2017.

<sup>45</sup> A petição dos advogados de Temer que encaminhou os quinze quesitos à perícia pode ser lida na íntegra no seguinte endereço eletrônico: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/Quesitos-final.pdf>>. Acesso em 12 de junho de 2017.

5. Qual o formato do arquivo de áudio? Este tipo de arquivo possui alguma proteção contra edições e manipulações? É possível manipular este tipo de arquivo com relativa facilidade?
6. O aparelho utilizado foi resguardado e mantido em cadeia de custódia, conforme determinam os POP's?
7. No início da gravação ouve-se um áudio que parece ser uma transmissão de rádio. É possível identificar em que horário e quanto tempo durou esta transmissão?
8. No final do áudio, ouve-se nova transmissão de rádio, é possível identificar o horário em que foi realizada esta transmissão?
9. O jornal "Folha de São Paulo" na edição do dia 20 do corrente, afirma que após uma perícia, o Sr. Ricardo Caires dos Santos, perito judicial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foram identificadas 50 edições no áudio. É possível aponta-las?
10. O jornal "Estado de São Paulo", com base em perícia do Sr. Marcelo Carneiro de Souza, identificou 14 "fragmentações" no mesmo áudio. É possível identificá-las?
11. Há momentos de ruído alto no áudio, é possível identifica-los e apontar a razão de tais ruídos?
12. Esses ruídos podem ter sido incluídos na gravação para mascarar cortes ou edições?
13. A frase "tem que manter isso, viu" dita pelo presidente Michel Temer é imediatamente precedida por qual frase de seu interlocutor?
14. O nome do arquivo identifica uma data. Esta data coincide com o dia do diálogo? Pelo sistema de gravação, se identificado, é comum o salvamento automático com a data do dia de gravação? Se não coincidir é possível afirmar que houve adulteração no nome do arquivo?
15. De acordo com a gravação a ser periciada, é possível analisar a porcentagem de participação de cada interlocutor no diálogo? Em resposta afirmativa, qual seria esta divisão?

A transcrição dos dezesseis quesitos<sup>46</sup> apresentados à perícia por Rodrigo Janot, Procurador-Geral da República, encontra-se a seguir:

- a. qual o formato digital do material de áudio encaminhado para exame?
- b. qual a duração do registro de áudio encaminhado para exame?
- c. o material de áudio questionado foi produzido pelo equipamento encaminhado para exame?
- d. é possível identificar existência de interrupções no fluxo das gravações do registro de áudio encaminhado para exame? Se a respostas for positiva, quantas interrupções existem, em que momentos temporais e quais fatos de natureza técnica que ensejaram essas interrupções?
- e. caso exista interrupções no fluxo da gravação do registro de áudio encaminhado para exame, os trechos de conversas entre as duas descontinuidades sucessivas seguem forma de diálogo, ou seja, de uma conversar interativa que possui razoável início e fim?
- f. caso exista interrupções no fluxo da gravação do registro de áudio encaminhado para exame, os trechos de conversas entre as duas descontinuidades sucessivas apresentam evidências de alteração métrica da fala ou variações de ruído de fundo e de fala que indiquem edição fraudulenta no material de áudio encaminhado para exame?
- g. há evidências, no registro de áudio encaminhado para exame, de inserção ou supressão de trechos de falas ocorridas em outro momento ou em

---

<sup>46</sup> A petição da PGR que encaminhou os dezesseis quesitos à perícia pode ser lida na íntegra no seguinte endereço eletrônico: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/Os-questionamentos-de-Janot-sobre-o-%C3%A1udio-de-Temer-e-Joesley-Batista-1.pdf>>. Acesso em 12 de junho de 2017.

- ambiente diverso? Se a resposta for positiva, indicar o momento temporal de cada evento detectado (hora:minuto:segundo).
- h. há diferenças de entonação das vozes captadas na gravação que indiquem manipulação fraudulenta do áudio? Se a resposta for positiva, indicar o momento temporal de cada evento detectado (hora:minuto:segundo).
  - i. há montagens, trucagens, adulterações ou alterações outras na gravação que indiquem manipulação fraudulenta do áudio? Se a resposta for positiva indicar o momento temporal de cada evento detectado (hora:minuto:segundo).
  - j. a conversa registrada no material de áudio encaminhado para exame apresenta coerência lógica e contextualização sobre o tema abordado entre os interlocutores?
  - k. quantos interlocutores participaram da conversa registrada no material encaminhado para exame?
  - l. é possível afirmar, pelos meios auditivos e visuais (como espectrograma) ou outros meios técnicos disponíveis nesse instituto, a partir do início da reprodução dos registros de áudio contidos na mídia encaminhada a exame, que uma das vozes dos interlocutores provém do investigado Michel Temer?
  - m. o instrumento utilizado para captura de áudio da conversa registrada no material encaminhado para exame estava mais próximo de qual interlocutor?
  - n. durante a conversa registrada no material encaminhado para exame, houve mudança de ambiente?
  - o. há na gravação elementos que permitem aferir ou estimar a data e a hora do diálogo entre os interlocutores? Caso existam, descrever e informar se são compatíveis com a linha do tempo do diálogo gravado.
  - p. outros dados que entenderem úteis.

Analisando-se os quesitos apresentados pela defesa e pelo MP, vê-se que as questões levantadas colaboram para a própria formação da prova pericial, determinando, inclusive, quais os meios de prova que deverão ser realizados sobre o elemento de prova material (no caso, sobre o registro digital de áudio), visto que determinados questionamentos levam à necessidade de realização de exames não considerados inicialmente.

Por exemplo, o quesito “l” apresentado pela PGR implica na realização de um exame de Verificação de Locutor, que consiste na comparação entre a voz de determinado interlocutor em um áudio questionado e a voz de um indivíduo conhecido, a fim de se determinar se tais vozes partiram de um mesmo indivíduo.

Tal exame certamente não teria sido considerado pela perícia caso não tivesse sido apresentado o quesito “l” pelo MP, pois, além de ser um exame muito demorado, que certamente trará prejuízo à celeridade do inquérito, não havia necessidade inicial de sua realização, visto que não havia dúvida acerca de quem eram os interlocutores do áudio, porquanto o próprio presidente Temer já havia admitido sua participação no diálogo.



Assim, as questões apresentadas pelos interessados preliminarmente à realização do exame pericial guiam o perito em seu exame, levando-o a analisar o que efetivamente é mais importante para os envolvidos na lide processual penal (juízo, partes, investigado, indiciado, autoridade policial, MP, defesa técnica, ofendido e seu representante legal, etc.). Nisso consubstancia-se a efetivação plena do contraditório relativamente à prova pericial no caso penal concreto. Não havendo, destarte, mínimo prejuízo aos envolvidos, visto que lhes é facultado, desde o início, colaborar para a formação da prova pericial, que, não raro, é de suma importância para o deslinde do caso e, conseqüentemente, para o resultado final do processo.

Com relação à atuação de assistentes técnicos no caso em questão, observa-se que, conforme explicado na seção 2.2.3 do capítulo anterior, não foi necessária a admissão como assistente técnico do perito particular contratado pela defesa de Temer, nem dos técnicos da PGR, para que estes pudessem influenciar no Inquérito 4483 DF.

Conforme relatado na seção anterior (3.1), tanto a PGR como a defesa de Temer se valeram de técnicos para avaliarem o registro digital de áudio previamente à realização da perícia oficial da União pelos peritos integrantes do cargo de Perito Criminal Federal da Polícia Federal. O MP anexou ao seu pedido de instauração de inquérito em face do presidente da República a Informação 030/2017-SPEA/PGR, elaborada por servidores integrantes da SPEA – Secretaria de Pesquisa e Análise, subordinada ao gabinete do Procurador-Geral da República. A defesa de Temer, por sua vez, anexou em uma de suas petições o parecer da perícia particular contratada.

Em nenhuma das duas situações apresentadas no parágrafo anterior foi necessária a admissão dos técnicos da PGR e da defesa como assistentes técnicos. Entretanto, nada impediria que se solicitasse tal admissão ao Relator, Edson Fachin. Isso poderia ser feito objetivando-se dar maior credibilidade aos pareceres técnicos apresentados, pois, conforme explicado na seção 2.2.3, antes da admissão de assistente técnico, deve o juiz averiguar se estão presentes os requisitos utilizados para a nomeação dos peritos não oficiais (art. 159, § 2º, CPP), quais sejam: ser pessoa idônea portadora de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica vinculada ao objeto do exame.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou os entendimentos doutrinários acerca dos dispositivos constitucionais e legais concernentes ao contraditório em geral, e ao contraditório das provas periciais especificamente, com o intuito de se obter um entendimento sistematizado e coerente acerca das possíveis formas de incidência desta garantia constitucional na prova pericial.

A legislação infraconstitucional deve ser interpretada à luz dos princípios e garantias contidos na Lei Maior. Nessa esteira, a redação do artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal, dada pela Lei 11.690/2008, deve ser interpretada de forma a se coadunar ao mandamento contido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, que determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório”.

Portanto, a ressalva ao contraditório judicial para as provas não repetíveis, cautelares e antecipadas, contida no art. 155, *caput*, deve ser compreendida não como uma ausência de contraditório, mas como uma permissão para que provas desse tipo sejam submetidas a espécies atenuadas de contraditório. Por demandarem urgência ou surpresa em sua produção ou obtenção, as provas antecipadas, cautelares ou não repetíveis não são passíveis de submissão ao contraditório judicial (real), ficando, destarte, sujeitas ao contraditório antecipado ou diferido, conforme o caso.

Conforme visto ao longo do trabalho, parte da doutrina classifica as provas periciais como provas cautelares e parte como provas não repetíveis. Entretanto, há provas periciais que não têm como característica intrínseca a necessidade de urgência ou de surpresa em sua produção. Assim, constata-se que a sistemática prevista no artigo 155, *caput*, não comporta as provas periciais, as quais, por se tratar de provas pré-constituídas, sujeitam-se, em regra, ao contraditório diferido, recebendo uma disciplina legal especial, contida no artigo 159 e parágrafos do Código de Processo Penal.

Isso não quer dizer, contudo, que não possa haver contraditório para a formação da prova pericial. O artigo 176 do Código de Processo Penal permite às partes formularem quesitos ao perito até o ato da diligência. Ainda que o referido artigo se refira às “partes”, diante do alcance do mandamento constitucional contido no art.

5º, LV, e do valor heurístico do contraditório, bem como do fato de que os exames periciais são, em regra, realizados durante o inquérito policial, deve-se permitir a formulação de quesitos à perícia não somente no curso do processo judicial, mas também na fase de investigação preliminar. Essa foi a sistemática que se observou no Capítulo 3 deste trabalho, durante a análise do caso do áudio do diálogo entre o presidente Temer e Joesley Batista.

O mesmo vale para a indicação de assistente técnico. Em que pese se exigir a admissão judicial do assistente técnico, nada impede que essa admissão seja feita pelo juiz da investigação ainda na fase do inquérito policial. Ressaltando-se, porém, que os assistentes técnicos somente poderão atuar após a elaboração do laudo, não podendo acompanhar os exames do perito oficial.

Embora não haja determinação legal à autoridade policial no sentido de oferecer ao investigado a possibilidade de se manifestar durante o inquérito, por este se tratar de um procedimento de cunho inquisitório, em que o princípio do contraditório se dá de forma mitigada, é possível ao investigado, contudo, examinar, por meio de seu advogado, os autos do inquérito<sup>47</sup>, consoante o disposto no art. 7º, XIV, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB). O STF consagrou esse entendimento na súmula vinculante de nº 14, com a seguinte redação:

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

Dessa forma, tendo ciência, por meio de acesso aos autos do inquérito, da solicitação de realização de um exame pericial pela autoridade policial, pode o indiciado<sup>48</sup>, consoante dispõe o art. 14 do CPP, solicitar à autoridade policial a admissão de assistente técnico para atuar durante o inquérito, desde que após a elaboração do laudo, bem como solicitar também a formulação de quesitos ao perito,

---

<sup>47</sup>Ao tratar do art. 14 do CPP, CHOUKR (2011, p. 75-76) faz interessante distinção entre “contraditório *do* inquérito vs. Contraditório *no* inquérito” (grifo original), explicando, por meio das palavras de ALBERNAZ & PONTES (2000, *passim*), que “apesar de concluirmos que transformar o inquérito em um procedimento animado pelo contraditório iria desvirtuar o desempenho da atividade policial, disso não resulta que somos contra o exercício do contraditório para determinados atos realizados durante a investigação”.

<sup>48</sup>LOPES JUNIOR (2014, p. 449) defende a possibilidade de requisição de diligência pelo sujeito passivo da investigação, ou seja, tanto pelo indiciado como pelo mero suspeito, pelo fato de que é praxe que se deixe o indiciamento somente para o final da investigação, com clara intenção de subtrair os direitos inerentes a esse estado jurídico.

tanto antes, como depois de realizados os exames e elaborado o laudo periciais, cabendo mandado de segurança em caso de negativa injustificada do pedido feito pela defesa (LOPES JUNIOR, 2014, p. 450).

Por fim, ressalta-se a importância da realização de pesquisas empíricas para se averiguar de que forma está sendo concretizado o princípio do contraditório com relação às provas periciais nos institutos de polícia judiciária, nos institutos de criminalística e nas varas e tribunais do país. Estudos nesse sentido mensurarão o real grau de constitucionalização das atividades dos órgãos responsáveis pela persecução penal no Brasil.

Qual o percentual de decisões judiciais condenatórias e absolutórias baseadas em laudos periciais? Qual o grau de contraditório a que os laudos que lastreiam tais decisões foram submetidos? Qual o percentual de incidência da atuação de assistentes técnicos nos inquéritos policiais, bem como nos processos penais? Qual o percentual de inquéritos policiais e processos penais em que há formulação de quesitos, tanto antes, como depois da realização dos exames? Qual o percentual de processos em que os peritos oficiais e os peritos não oficiais nomeados são chamados a prestar esclarecimentos em juízo?

Questões como essas somente podem ser respondidas a partir da realização de pesquisas empíricas, por meio das quais se possibilitará traçar um quadro da realidade em que se opera o sistema de persecução penal brasileiro no que tange o contraditório das provas periciais.

## REFERÊNCIAS

ALBERNAZ, Flávio Boechat & PONTES, Evandro Fernandes de. *Contraditório e inquérito policial no direito brasileiro*. In “Estudos de Processo Penal – O mundo à Revelia”, Fauzi H. Choukr, (org.). Campinas: Agá-Juris, 2000.

ALMEIDA, Joaquim C. M. de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973

APCF, Associação Nacional dos Peritos Criminais Federais. *Conheça as Áreas da Perícia*. Disponível em: <<http://www.apcf.org.br/Per%C3%ADciaCriminal/Conhe%C3%A7as%C3%A1reasaper%C3%ADcia.aspx>>. Acesso em: 26 de abril de 2017.

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

BONACCORSO, Norma. *Perícia Criminal e Contraditório*. Associação dos Peritos Criminais do Estado da Bahia - ASBAC. Disponível em <[http://asbacsindicato.com.br/publicacoes-arquivos/Prova\\_pericial\\_e\\_o\\_contraditorio.pdf](http://asbacsindicato.com.br/publicacoes-arquivos/Prova_pericial_e_o_contraditorio.pdf)>. Acesso em 1º de maio de 2017.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de processo penal anotado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 5º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ESPINDULA, Alberi. *Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia*. 3ª ed. Campinas: Editora Millennium, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

JESUS, Damásio de. *Código de processo penal anotado*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Renato B. de. *Manual de processo penal*. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NUCCI, Guilherme de S. *Provas no processo penal*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009a.

\_\_\_\_\_. *Código de processo penal comentando*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009b.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PACELLI, Eugênio & FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PARISE, Ricardo F. & ARTEIRO, Rodrigo L. *Prova pericial na persecução penal e o princípio do contraditório*. Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, 2010. Disponível em:

<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2054/2129>.

Acesso em 30 de abril de 2017.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 24<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, Marco Antonio da & FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Nicolas T. *Da igualdade formal à igualdade material*. Brasília: Conteúdo Jurídico, 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40530&seo=1>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

TARUFFO, Michel. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado: volume 1*. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

UBERTIS, Giulio. Giusto processo e contraddittorio in âmbito penale in \_\_\_\_\_ *Argomenti di procedura penale II*. Milano: Giuffrè, 2006.