

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

IGOR DUARTE BRASILEIRO

**ASSISTENTE TÉCNICO NO PROCESSO PENAL: possibilidade de atuação na
fase de inquérito policial**

Juiz de Fora

2013

IGOR DUARTE BRASILEIRO

ASSISTENTE TÉCNICO NO PROCESSO PENAL: possibilidade de atuação na fase de inquérito policial

Monografia apresentada pelo discente Igor Duarte Brasileiro como trabalho de conclusão de curso, na faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Cristiano Álvares Valladares do Lago.

Juiz de Fora

2013

IGOR DUARTE BRASILEIRO

ASSISTENTE TÉCNICO NO PROCESSO PENAL: possibilidade de atuação na fase de inquérito policial

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cristiano Álvares Valladares do Lago – Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora

2013

Aos meus pais, pelo esforço e dedicação.

Aos meus irmãos, pelo apoio.

Ao meu sobrinho, pela alegria.

RESUMO

O presente trabalho procura demonstrar a possibilidade de atuação do assistente técnico na fase de inquérito policial, tendo em vista a necessidade de adequação do sistema processual penal brasileiro à nova ordem constitucional estabelecida pela Constituição Federal de 1988. A figura do assistente técnico foi introduzida formalmente no processo penal brasileiro com a promulgação da Lei 11.690/2008, a qual alterou o Código de Processo Penal. Embora represente grande avanço da nossa legislação, a previsão da atuação do assistente foi restringida apenas à fase judicial, devendo o mesmo ser admitido pelo juiz, além da existência de outras limitações quanto ao trabalho desenvolvido pelo assistente. Cumpre assim, analisar os dispositivos legais reguladores da matéria à luz dos princípios do contraditório e ampla defesa, bem como a análise do direito comparado. Busca-se compreender o desenvolvimento e produção da prova pericial na prática forense, justificando-se a necessidade de atuação do mesmo na fase investigativa.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal – Inquérito Policial – Assistente técnico – Contraditório – Ampla Defesa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1. O PROCESSO PENAL BRASILEIRO	09
1.1 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	10
1.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	11
1.2.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL INQUISITIVO	12
1.2.2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO	13
1.2.3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL MISTO	14
1.3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	15
2. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA	19
3. INQUÉRITO POLICIAL	23
3.1 CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL	25
3.1.1 PROCEDIMENTO ESCRITO	25
3.1.2 PROCEDIMENTO DISPENSÁVEL	25
3.1.3 PROCEDIMENTO SIGILOSO	26
3.1.4 PROCEDIMENTO DISCRICIONÁRIO	27
3.1.5 PROCEDIMENTO OFICIAL E OFICIOSO	27
3.1.6 PROCEDIMENTO INDISPONÍVEL	28
3.1.7 PROCEDIMENTO INQUISITORIAL	28

3.2 PROVA PERICIAL NO INQUÉRITO POLICIAL	31
4. ATUAÇÃO DO ASSISTENTE TÉCNICO	36
4.1 ASSISTENTE TÉCNICO NO DIREITO COMPARADO	36
4.1.1 ORDENAMENTO ITALIANO	36
4.1.2 ORDENAMENTO FRANCÊS	36
4.2 ASSISTENTE TÉCNICO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	37
4.3 POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO ASSISTENTE TÉCNICO NO INQUÉRITO POLICIAL	40
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

INTRODUÇÃO

O processo penal brasileiro passou por significativas alterações, desde a sua promulgação em 1941. À época de sua criação, sofreu influências da legislação italiana da década de 1930, momento em que vigorava o fascismo naquele país. Nesse sentido, foi desenvolvido seguindo preceitos daquele regime, em que poucas garantias eram conferidas aos cidadãos frente ao *jus puniendi* do Estado.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram implementadas garantias e direitos fundamentais do indivíduo frente ao poder punitivo monopolizado pelo Estado, de maneira que o processo penal passou a ser instrumento para a efetivação do direito penal, com a efetivação das penas abstratamente cominadas aos tipos penais.

Dentre estes direitos e garantias fundamentais conferidas aos indivíduos pela chamada Constituição cidadã, encontra-se o devido processo legal, com a possibilidade plena do exercício do contraditório e da ampla defesa. Estes princípios ganham ainda maior relevância, durante a produção probatória no processo penal.

A prova possui uma elevada importância no âmbito do processo penal, uma vez que seu objetivo maior é a comprovação da materialidade de um delito e sua respectiva autoria, requisitos indispensáveis para a propositura de uma ação penal.

Dessa maneira, nosso ordenamento busca cercar a produção de provas de certas garantias e formalidades, para que ao final da instrução probatória no curso do processo criminal, possa o juiz valorar tais provas e formar sua convicção, proferindo sentença de mérito.

Tratando-se especificamente da prova pericial, esta se mostra necessária uma vez que o magistrado não é capaz de compreender todas as áreas do conhecimento e, portanto, ao se deparar com situações que exijam conhecimento técnico sobre um determinado assunto, deve o juiz valer-se do auxílio dos peritos.

A figura do assistente técnico, que até então não era disciplinada no processo criminal, surgiu com a reforma do Código de Processo Penal, através da lei nº 11.690/08, em que faculta-se às partes a indicação de assistente técnico. Sua atuação, conforme depreende-se do artigo 159 do CPP, se dará na fase processual,

vez que devem ser admitidos pelo juiz, e, em seu parágrafo 5º, o artigo é taxativo ao afirmar que a indicação do assistente técnico se dará durante o curso do processo judicial.

Isso porque, segundo entendimento dominante na doutrina e jurisprudência pátrios, não há a necessidade de se observar o contraditório nesta fase de investigação e formação da *opinio delicti* do órgão acusador, por se tratar de procedimento inquisitivo.

Entretanto, observa-se que a produção da prova pericial se dá durante a fase de inquérito policial, prévia à ação penal, momento em que não é permitida a atuação do assistente. A atuação desta figura apenas na fase judicial prejudica o exercício da ampla defesa do réu.

Destarte, o presente trabalho monográfico tem por escopo a análise da redação do artigo 159 do Código de Processo Penal e seus parágrafos, a fim de se verificar a possibilidade de atuação do assistente técnico ainda na fase de inquérito policial, permitindo que a defesa do réu possa se dar de maneira efetiva, uma vez que observados os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Pretende-se mostrar que, ainda que dominante o entendimento de que não há a necessidade de se observar o princípio do contraditório na fase de inquérito policial e que a prova pericial – realizada na fase pré-processual - passará pelo crivo do contraditório durante a fase judicial, esta possibilidade não se mostra suficiente a permitir que o réu se defenda de maneira efetiva dos fatos contra ele alegados.

CAPÍTULO I – O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Desde que o ser humano se organizou em uma sociedade, deu-se a necessidade de se estabelecer regras mínimas de convívio. Estas regras visam proteger as relações sociais e uma vez desrespeitadas, acabam fragilizando a harmonia existente entre o grupo. Assim, para que pudessem ser respeitadas, tais regras eram acompanhadas de sanções para aqueles que as infringissem. Surgiu então o Direito, para regular a vida em comunidade.

O Direito Penal surgiu para regular condutas consideradas mais graves, tutelando bens jurídicos relevantes para a manutenção da paz e organização social. Uma vez quebrada a paz, através do desrespeito a essa norma, tem-se o cometimento de um crime e deve o Direito intervir para que a harmonia social seja restabelecida e o infrator punido com a respectiva sanção prevista.

O Estado monopolizou, então, o direito de punir os infratores, sendo o detentor do *jus puniendi*, impedindo dessa maneira a vingança privada. Para que possa exercer o poder de punir, o Estado se vale da jurisdição, função exclusivamente exercida por este. É através da função jurisdicional que se solucionará os conflitos que porventura surjam.

Nas palavras de Fredie Didier Jr: “A jurisdição é a realização do direito em uma situação concreta, por meio de terceiro imparcial, de modo criativo e autoritativo (caráter inevitável da jurisdição), com aptidão para tornar-se indiscutível”¹.

Dessa forma, para que o Estado possa exercer seu *jus puniendi*, aplicando uma sanção penal aos infratores, deve exercer sua jurisdição, através de uma ação penal.

Por outro lado, resistindo à pretensão estatal de efetivar o direito material e aplicar a respectiva sanção penal, tem-se o indivíduo. Este, somente poderá ser apenado, após o devido processo legal, princípio consagrado pela Constituição Federal de 1988.

¹ JR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil*, v.1. Salvador: Juspodium, 2007. p. 65.

O processo penal deve então ser compreendido como o instrumento hábil a conferir efetividade ao direito material, um instrumento capaz legitimar a aplicação da pena ao indivíduo.

Nas lições de MARQUES:

O direito processual penal é o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares².

Esse instrumento utilizado para a materialização do Direito penal deve ser norteado pelos princípios e garantias constitucionais, sendo certo que, ao longo dos anos, desde sua criação, sofreu várias modificações a fim de adequar-se ao panorama de garantias individuais positivadas pela Constituição.

1.1 – O Código de Processo Penal e a Constituição Federal de 1988

O Código de Processo Penal brasileiro – CPP - foi promulgado em 1941, sofrendo forte influência da legislação processual penal italiana da década de 30, possuindo traços do regime fascista, que até então era vigente naquele país.

Desse modo, nota-se que as regras processuais penais brasileiras possuíam marcas autoritárias, próprias do sistema penal adotado pelo CPP à época, o modelo inquisitório.

O Ministro Francisco Campos, responsável pelo projeto de reforma do Código àquele tempo, asseverou:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto

² MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2ª ed. Campinas: Millenium, 2003. v.1. p. 16 apud TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 7ª ed. Salvador: Juspodium, 2012, p. 34.

estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum³.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, observa-se que diante dos direitos e garantias conferidos aos cidadãos pela nova Carta Magna, nosso Código de Processo Penal se tornou ultrapassado.

Fundado em bases fascistas, com características autoritárias e policialescas, nossas normas processuais penais vigentes à época se depararam com um panorama de garantias, tais como o devido processo legal, contraditório e a ampla defesa, que romperam com modelos vigentes anteriormente.

Foram conferidas garantias aos indivíduos frente ao poder punitivo estatal. Estas garantias funcionariam como um limite ao poder de punir do Estado. A punição só poderia ser aceita e legitimada, se fossem observadas as garantias mínimas do particular. O processo penal passou então a ser um instrumento de garantia do indivíduo e não apenas um mero instrumento de aplicação da lei penal.

Restou evidenciado, embora parte da doutrina discorde, a conformidade do processo penal pátrio com o sistema penal acusatório, em detrimento dos sistemas inquisitório e misto.

Entretanto, o sistema processual penal brasileiro ainda possui traços do modelo inquisitório. Analisando-se a fase pré-processual, representada em nosso ordenamento pelo Inquérito Policial, nota-se que muitas características típicas deste modelo ainda persistem, impedindo ao acusado de exercer efetivamente seu direito à ampla defesa, conforme se verá adiante.

1.2 – Sistemas Processuais Penais

Para que se proceda a uma melhor análise do processo penal, começando pela fase de investigação, passando pela fase processual e, ao final, chegar a uma

³ Exposição de Motivos do Código de Processo Penal – Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

condenação ou absolvição, necessário se faz compreender os sistemas processuais penais nos quais estão inseridos.

Historicamente, surgiram, como regra, três sistemas que regem o processo penal: inquisitivo, acusatório e misto.

1.2.1 – Sistema Processual Penal Inquisitivo

O sistema processual penal inquisitivo se caracteriza pela concentração dos poderes de acusar, defender e julgar em um único órgão judiciário. O julgador, além de exercer a função que lhe é própria, a cumula com a função de acusar. Por concentrar nas mãos do juiz as funções de acusar e julgar, há um total descompromisso com a imparcialidade.

Não se observa neste sistema, qualquer tipo de garantia, como a ampla defesa e o contraditório. Tratam-se de procedimentos exclusivamente escritos e sigilosos, sendo que o órgão judiciário pode utilizar-se de seu poder de maneira irrestrita para realizar as investigações.

Se mostra incompatível com o sistema de direitos e garantias individuais elencados pela Constituição Federal de 1988, preocupando-se apenas com a busca da verdade real, independente da maneira utilizada para se chegar a essa verdade.

Nas lições de Santiago Sentís Melendo, acerca do sistema inquisitivo: “onde aparece o sistema inquisitório, haverá uma investigação policial (embora chamem de juiz ao funcionário que a dirige), nunca, porém, um processo judicial⁴”.

Desse modo, verificamos que atualmente, o sistema processual inquisitório pouco é adotado, uma vez que não confere qualquer garantia ao indivíduo, se distanciando da ordem constitucional da maioria dos ordenamentos existentes, inclusive a adotada no Brasil.

⁴ MELENDO, Santiago Sentís. In Revista de Derecho Procesal. v. I, p. II apud LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. *Sistemas Processuais Penais*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, ano 89, v. 774, abril de 2000.

1.2.2 – Sistema Processual Penal Acusatório

O sistema processual penal acusatório caracteriza-se pela plena separação entre as funções de acusar, defender e julgar, o que garante a imparcialidade do órgão julgador, uma vez que este assume uma posição passiva diante do litígio.

Assim, não se admite que o juiz tome qualquer iniciativa na ação, seja ela para instaurar a ação penal ou iniciativa probatória, função esta que está a cargo do órgão acusador. O julgador deve se manter inerte, passivo, apenas valorando ao final, o material probatório que dispõe.

Claro que, por algumas vezes, deverá o juiz intervir na produção probatória, para que não haja desrespeito aos princípios que a norteiam e também para que não ocorra um acentuado desequilíbrio processual. Entretanto, essa atitude não deve passar desses limites, sendo vedado um ativismo probatório por parte do julgador, que possui caráter excepcionalíssimo.

Neste sistema, todas as garantias constitucionais são conferidas ao acusado, como o contraditório, ampla defesa e o direito ao devido processo legal. Há uma predominância da liberdade de defesa, sendo que a liberdade do réu constitui a regra. Por essa razão, é o sistema que mais se aproxima da ordem constitucional trazida pela Constituição Federal de 1988.

Uma de suas características peculiares está no fato de que ninguém será submetido a uma ação penal, sem antes existir uma acusação. Daí provém seu nome: “Sistema Acusatório”.

Basicamente, o sistema acusatório diverge do inquisitivo pela titularidade para exercer as funções no processo penal, de acusar, defender e julgar. Nas palavras de Pacelli:

Inquisitorial seria o sistema em que as funções de acusação e de julgamento estariam reunidas em uma só pessoa (ou órgão), enquanto o acusatório seria aquele em que tais papéis estariam reservados a pessoas (ou órgãos) distintos⁵.

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 8.

Outra diferença entre os dois sistemas supracitados, no entendimento de Távora e Alencar, é o da gestão das provas, visto que no sistema acusatório, o juiz deixa de ser o gestor da produção probatória, sendo que no sistema inquisitivo, o juiz tem amplos poderes probatórios. Ressalta, entretanto, que o juiz não é um espectador estático do processo, podendo ordenar medidas probatórias, ainda que excepcionalmente⁶.

Concluindo, o sistema acusatório é aquele em que há maior adequação com o sistema constitucional vigente, com o respeito a todas as garantias asseguradas ao acusado bem como o que apresenta um processo judicial mais igualitário e conforme os princípios democráticos, elencados na Constituição Federal.

1.2.3 – Sistema Processual Penal Misto

É também conhecido como Sistema Acusatório Formal e amplamente utilizado nos ordenamentos da Europa Continental. Caracteriza-se pela divisão do processo em duas grandes partes: uma fase de instrução, pré-processual, com a utilização de elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório⁷.

Por isso, o sistema misto constitui-se em uma união entre características dos sistemas inquisitivo e acusatório.

Num primeiro momento, tem-se a investigação preliminar, sob a responsabilidade da polícia judiciária e a instrução preparatória, que fica a cargo de um juiz instrutor. Esta fase é a que contém os elementos do sistema inquisitivo. Não se desenvolve respeitando o princípio do contraditório e é secreta e sigilosa.

Num segundo momento, tem-se o julgamento, este sim, exercido sob o crivo do contraditório, respeitando-se as garantias individuais e a publicidade do processo, características essas próprias do sistema acusatório.

⁶ TÁVORA Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit. p. 41.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 6ª ed. São Paulo: 2010, Revista dos Tribunais, p. 116.

Como se observa, nesse sistema há um juiz instrutor, responsável pelo juízo da instrução. Este é responsável pela colheita das provas que servirão para a acusação, possibilitando a condenação ou absolvição do acusado na fase posterior, a do julgamento, que é presidida por outro juiz.

Como se verá mais adiante, aqueles que defendem a existência de um sistema misto no Brasil, argumentam no sentido de existir uma fase prévia – o inquérito policial – em que são encontrados diversos elementos do sistema inquisitivo, e uma fase judicial, notadamente acusatória, que se trata da ação penal em si.

1.3 – O Sistema Processual Penal Brasileiro

Parte da doutrina preleciona que o sistema processual adotado pela ordem constitucional vigente é o acusatório. Isso se dá devido ao grande número de garantias asseguradas pela Constituição Federal de 1988, como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Apesar da existência do inquérito policial com características inquisitoriais, argumentam que o sistema processual se limita ao processo judicial em si e que o inquérito policial seria apenas um procedimento prévio, que visa à formação da *opinio delicti* do órgão acusador.

Nesse sentido afirma Afrânio Jardim:

O inquérito policial, embora estruturado sob a égide do inquisitorialismo, não faz parte de nosso processo penal, mas é um mero procedimento administrativo – investigatório prévio, destinado tão – somente a dar lastro probatório mínimo à acusação penal, podendo ser dispensado quando tal finalidade venha a ser alcançada através das chamadas peças de informação⁸.

⁸ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 7ª ed. Forense, 1999. Apud LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Op. cit.

Ademais, a separação das funções de acusar, defender e julgar em órgãos diferentes, além da observância do contraditório, ampla defesa, publicidade e imparcialidade do juiz, tornam o nosso sistema processual acusatório.

Assim, conclui Pacelli:

Portanto, limitada a iniciativa probatória do juiz brasileiro ao esclarecimento de dúvidas surgidas a partir de provas produzidas pelas partes, ressalvada a possibilidade de produção *ex officio* daquela (prova) para a demonstração da inocência do acusado, pode-se qualificar o processo penal brasileiro como um modelo de natureza acusatória, tanto em relação às funções de investigação quanto às funções de acusação, e, por fim, quanto àquelas de julgamento⁹.

Pacelli ainda afirma que somente uma atuação do juízo na fase investigativa seria capaz de contaminar o processo penal brasileiro com traços inquisitivos, fazendo assim com que o nosso sistema seja misto, o que não ocorre. A atuação do juiz seria apenas para fins de tutela das liberdades públicas, sendo de caráter excepcional¹⁰.

Por outro lado, há quem defenda a existência de um modelo misto no sistema brasileiro. Segundo estes doutrinadores, dentre eles Tornaghi e Nucci, a existência de um procedimento prévio à ação penal com fortes características inquisitivas – inquérito policial – aliado a um Código de Processo Penal datado de 1941, convergem ao sistema misto.

Nesse sentido, Hélio Tornaghi:

O direito brasileiro segue um sistema que, com maior razão, se poderia denominar misto. A apuração do fato e da autoria é feita no inquérito policial (somente nos crimes falimentares o inquérito é judicial). O processo judiciário compreende a instrução e o julgamento¹¹.

Apesar de várias alterações legislativas pelo qual vem passando nossas regras processuais penais, ainda restam resquícios de normas autoritárias que

⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 12.

¹⁰ Ibidem, p. 11.

¹¹ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. v. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. apud LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Op. cit.

remontam à época de sua criação, em que fora fortemente influenciado pela legislação fascista italiana da década de 30.

Desse modo, salienta Nucci que é necessário analisar o processo penal brasileiro sob dois diferentes enfoques: o constitucional e o processual. Aquele, em que são observadas todas as garantias próprias do sistema acusatório e neste, em que vigora um código com princípios do sistema inquisitivo¹².

Afirma o iminente doutrinador, que não se pode desconsiderar que não é raro ver nossos julgadores utilizarem-se de provas colhidas durante a fase investigatória, como a prova técnica – que só é produzida nesta fase, em desrespeito ao contraditório – mencionando-as expressamente em suas sentenças.

E ainda acrescenta:

Defender o contrário, classificando-o como acusatório é omitir que o juiz brasileiro produz prova de ofício, decreta a prisão do acusado de ofício, sem que nenhuma das partes tenha solicitado, bem como se vale, sem a menor preocupação, de elementos produzidos longe do contraditório, para formar sua convicção¹³.

Não obstante o respeitável entendimento de que o Brasil adota o sistema processual misto, o sistema ao qual melhor se encaixa nosso processo penal é o acusatório, tendo em vista a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O sistema misto apresenta duas fases bem delineadas, quais sejam, instrução preliminar e a fase de julgamento, sendo que a primeira apresenta fortes características inquisitivas. Há a existência, inclusive, de um juízo da instrução.

Tal modelo não é adotado pelo sistema brasileiro, sendo que as características inquisitivas se encontram presentes apenas no inquérito policial, fase anterior ao processo penal, sendo que neste, predominam os princípios democráticos e garantias constitucionais.

Uma vez que as informações colhidas nesta fase investigativa não devem ser admitidas para fundamentar uma decisão do magistrado e, teoricamente, os

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 117-119

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 118-119.

elementos probatórios colhidos nesta fase devem passar por um contraditório durante a fase judicial, não subsiste a ideia de que nosso sistema seja o misto.

Entretanto, cabe ressaltar, conforme se analisará adiante, que para uma melhor e perfeita adequação ao sistema acusatório, com o fim de se chegar mais próximo a um processo democrático e igualitário, devem ser mitigadas a proibição ao contraditório na fase de inquérito policial, tendo em vista que muitas vezes, a investigação atinge direitos fundamentais dos sujeitos envolvidos, além do fato de as provas colhidas não serem repetidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório, como é o caso de provas técnicas.

Capítulo II – O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O principal objetivo desse trabalho é analisar a concepção de um processo penal, incluindo-se a fase de inquérito policial, à luz do princípio do contraditório e da ampla defesa, garantias constitucionais e presentes no sistema acusatório.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa se traduzem como corolários do devido processo legal. É possível afirmar que a supressão destes dois princípios no decorrer da ação aniquila o devido processo legal, tornando a resposta estatal ilegítima. Garantem a ambas as partes no processo, a possibilidade de ciência e participação dos atos processuais.

Especificamente em relação ao réu, permite que este tome ciência prévia de todos os atos que serão praticados no processo e diante destes, possa se manifestar, influenciando no convencimento do julgador e defendendo-se de maneira efetiva ao longo do curso do processo judicial.

O princípio do contraditório, previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988¹⁴, se materializa em um procedimento dialético, em que deve se dar às partes ciência de todos os atos a serem praticados e com isso, a possibilidade de contestá-los, interferindo assim no convencimento do juiz ao proferir a sentença.

Joaquim Canuto Mendes de Almeida assim define o princípio do contraditório: “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los¹⁵”.

Diante desta conceituação, observa-se que o contraditório não se traduz em uma simples ciência. Mais que isso, deve-se possibilitar de maneira efetiva que a parte possa contrariar tal ato, se assim for de seu interesse, garantindo-se todos os meios necessários para tal prática.

Nas lições de Scarance Fernandes:

¹⁴ Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

¹⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 58.

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los¹⁶.

Scarance Fernandes ainda explica que enquanto no processo penal o contraditório deve ser pleno e existir durante todo o decorrer da causa, o mesmo não ocorre com o processo civil. Explica que tal situação decorre dos direitos materiais tutelados por ambos os processos. Enquanto no processo civil são tutelados direitos disponíveis, no processo penal tutelam-se direitos indisponíveis dos cidadãos, sendo o maior exemplo, o direito às liberdades individuais¹⁷.

Além disso, a importância da existência do contraditório se evidencia, quando se nota que deste princípio desdobram-se outros, como o princípio da paridade de armas. Isso porque, uma vez permitido que uma parte se manifeste, deve-se garantir à outra parte, a possibilidade de se manifestar nas mesmas circunstâncias.

Intimamente ligado ao contraditório, está o princípio da ampla defesa, constituindo ambos os princípios, os pilares do atual processo penal brasileiro. É através da ampla defesa que a parte, notadamente o réu, pode defender-se da acusação, através do oferecimento de alegações, requerimento de diligências e provas, a fim de contestar o que lhe é imputado ou até mesmo provar sua inocência.

Segundo os ensinamentos de Pacelli: “a ampla defesa realiza-se por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado¹⁸”.

A defesa técnica é aquela exercida por advogado devidamente inscrito no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil ou por defensor público. Trata-se de um direito irrenunciável e irrevogável do acusado. Este é o entendimento, inclusive, do

¹⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. Op. Cit. p. 58.

¹⁷ Ibidem, p. 59-61.

¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p.31.

Supremo Tribunal Federal, que afirma ser nulo o processo em que se constate a falta de defesa¹⁹.

Dispositivo do Código de Processo Penal também consagra a necessidade de defesa técnica, como previsto nos artigos 396-A, §2º e 564, III, “c”:

Art. 396-A, §2º, CPP: Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias. (Incluído pela Lei 11.719/2008).

Art. 564, CPP: A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

III – Por falta das fórmulas ou termos seguintes:

c) a nomeação de defensor ao réu presente, que não o tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos.

Assim, observa-se que a defesa técnica é essencial à legitimidade do processo, independentemente da vontade do acusado em constituir um defensor. Para aqueles que apresentem insuficiência de recursos, deve o Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita, através das defensorias públicas do estado e da União.

Por outro lado, a autodefesa é a defesa exercida pelo próprio acusado, se encontrando em seu âmbito de conveniência e vontade, uma vez que este pode ou não exercê-la de acordo com seus interesses.

É exercida, por exemplo, no interrogatório – que se tornou meio de defesa do réu, quando este opta por permanecer em silêncio. Segundo TÁVORA e ALENCAR, subdivide-se em direito de audiência e direito de presença. O direito à audiência é a oportunidade em que o acusado tem de influir na defesa por intermédio do interrogatório. Já o direito de presença consiste na possibilidade de o réu tomar posição sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a imediação com o juiz, defensor e as provas²⁰.

¹⁹ Súmula nº 523 do STF: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

²⁰ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 7 ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 146 apud TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit. p. 60.

Ademais, outro fator importante que compõe a ampla defesa, é o fato de que esta deve ser efetiva. Assim, o magistrado está autorizado a nomear outro defensor ao acusado, caso perceba que sua defesa é ineficiente. Trata-se de um controle, pelo judiciário, do efetivo exercício da ampla defesa. Pode-se dizer, ainda, que esta possibilidade está ligada ao princípio da paridade de armas, visto que, ao observar a ineficiência do defensor constituído, deve outro ser nomeado, a fim de se alcançar uma igualdade com a outra parte.

Por fim, pode o acusado demonstrar sua inocência por qualquer meio de prova hábil a fazer tal confirmação. Nesse sentido, argumenta Pacelli que pode o réu utilizar-se inclusive de provas ilícitas a fim de provar sua inocência²¹.

Dessa forma, conclui-se que o contraditório e a ampla defesa constituem os pilares do processo penal constitucional, de maneira que o exercício da jurisdição pelo Estado só se torna legítima com a observância destes princípios, além, é claro, dos demais princípios e fundamentos do sistema acusatório.

²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 30-31.

CAPÍTULO III – INQUÉRITO POLICIAL

Quando alguém comete uma infração penal, cabe ao Estado investigar a autoria e materialidade dessa conduta, além de suas circunstâncias e, de posse dessas informações, formar a *opinio delicti* do órgão de acusação, para que este proponha eventual ação penal.

Todo esse procedimento supracitado se concentra no Inquérito Policial. É nele que o Estado, através da polícia judiciária, irá diligenciar a fim de se investigar autoria, materialidade e colher elementos de informação.

Assim define, Renato Brasileiro de Lima, o inquérito policial:

Inquérito policial é o procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial, consistente em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo²².

Do conceito de inquérito policial, nota-se que se trata de um procedimento administrativo, que servirá de suporte ao titular da ação penal, seja ele o Ministério Público ou o particular – nas ações penais de iniciativa privada, reunindo elementos de informação acerca da autoria e materialidade de um delito.

Ainda segundo LIMA, não se trata de processo judicial ou administrativo, uma vez que não há, ao final, aplicação de qualquer sanção. Ademais, a inexistência de uma ordem legal para a realização dos atos não lhe retira o caráter de procedimento administrativo. Isso porque, a lei, apesar de não estabelecer uma ordem rígida de atos a serem praticados, o que inviabilizaria o inquérito policial de alcançar seus objetivos, estabelece uma sequência lógica de início, desenvolvimento e conclusão²³.

Como dito, a importância maior do inquérito policial é fornecer suporte, juntamente com um lastro probatório mínimo para o titular da ação penal. É o que a

²² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. v.1. Niterói: Impetus, 2011, p. 113.

²³ Idem, p. 114.

doutrina e jurisprudência chamam de justa causa para o exercício da jurisdição penal. Assim, o inquérito policial tem sua importância dúplice, qual seja, permitir que o órgão acusador ingresse com a ação penal e também evitar que se proponha uma ação penal sem haver indícios mínimos acerca da ocorrência de um delito.

Aspecto importante consiste em diferenciar elementos de informação de provas, distinção essa feita pelo nosso Código de Processo Penal em seu artigo 155²⁴. Pela leitura deste artigo, conclui-se que provas são elementos de convicção obtidos no curso de processo judicial, sob o crivo do contraditório. Já os elementos de informação, colhidos no inquérito policial, não observam tais requisitos de validade.

Posto isto, tem-se que a validade probatória no inquérito policial é relativa, tendo em vista que, os elementos de informação que são colhidos nesta fase devem passar pelo contraditório judicial para que possuam validade. Assim, o juiz está impedido de fundamentar uma sentença condenatória com base apenas em elementos colhidos no inquérito policial.

Entretanto, pode valer-se desses elementos de forma subsidiária, desde que em consonância com os demais indícios e provas produzidas na ação penal, para fundamentar a decisão. Essa permissão se deve ao fato de que o legislador inseriu o advérbio “exclusivamente” no texto do artigo 155 do CPP.

Nas palavras de MIRABETE, acerca do valor probatório do inquérito policial: “é insuficiente, por si só, para embasar uma condenação, mas deve ser admitida como prova para condenação, quando amparada em outros elementos colhidos nos autos²⁵”.

Ocorre que, muitas vezes o inquérito contém elementos essenciais para se apurar de maneira eficiente a autoria e, principalmente, a materialidade de uma infração penal, através das provas periciais.

²⁴ Art. 155, CPP: “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”.

²⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 314.

Uma vez que não há o contraditório nesta fase, como visto acima, e tendo em vista a raridade com que a colheita desses elementos são repetidos na fase judicial, em observância ao contraditório, tem-se um problema, qual seja, a possibilidade de utilização desses elementos probatórios pelo magistrado. Além disso, o fato de não serem repetidas na fase judicial, ou quando o são, acontece de maneira ineficiente, faz com que a possibilidade de defesa do acusado seja prejudicada.

Considerando então, que é no inquérito policial o momento em que as provas periciais são realizadas na maioria dos casos enfrentados pelo judiciário, passaremos à análise individual de suas principais características e, posteriormente, a uma discussão específica acerca da prova pericial no inquérito policial.

3.1 – Características do Inquérito Policial

3.1.1 – Procedimento Escrito

Por força do artigo 9º do CPP²⁶, o inquérito policial será um procedimento escrito, de maneira que suas peças serão escritas e rubricadas pela autoridade. A importância do procedimento nesta fase ser escrito, se dá devido ao fato de que o inquérito se presta à apuração da autoria e materialidade do delito, com vistas a embasar uma ação penal. Com isso, se vislumbra uma impossibilidade de o procedimento ser oral.

Além disso, a importância de um procedimento escrito se deve ao fato de que o inquérito acompanhará a denúncia ou a queixa, sempre que servir de base a uma ou a outra, nos termos do artigo 12 do CPP.

3.1.2 – Procedimento Dispensável

²⁶ Art. 9º, CPP: “Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”.

O inquérito policial é um procedimento dispensável, não sendo peça obrigatória para a instauração de uma ação penal. Isso porque, se o titular da ação penal obtiver elementos de convicção suficientes para identificar autoria e materialidade de um delito, através de outros meios, poderá assim mesmo ingressar com a ação penal, independentemente da existência de um inquérito policial.

Esta característica se evidencia ao nos depararmos com o artigo 39, §5º do CPP, que dispõe que o órgão do Ministério Público dispensará o inquérito policial se com a representação – do ofendido ou quem tenha qualidade para representa-lo – forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal.

3.1.3 – Procedimento Sigiloso

Durante a realização de diligências deverá ser mantido o seu sigilo, tendo em vista que este é necessário para a elucidação dos fatos ou quando houver interesse da sociedade²⁷.

A depender da diligência, o sigilo se revela como característica imprescindível para a obtenção de sucesso na sua realização, com a elucidação dos fatos. Vale ressaltar que tal característica do inquérito não fere o disposto no artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal.

Este dispositivo trata do direito de obter informações de órgãos públicos. Isso porque, este direito não é absoluto, podendo sofrer restrições a depender do interesse social.

Por outro lado, o sigilo no inquérito policial é uma forma de se garantir a intimidade do investigado, preservando-se seu estado de inocência²⁸.

Vale observar que o sigilo dos autos do inquérito policial não se estende ao Ministério Público, por ser este o seu destinatário final, e à autoridade judiciária. Em relação ao advogado, o Supremo Tribunal Federal editou Súmula Vinculante 14, em

²⁷ Art. 20, CPP: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

²⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.78.

que se garante o acesso do defensor aos elementos de prova já documentados e que digam respeito ao exercício do direito de defesa.

3.1.4 – Procedimento Discricionário

Diferentemente do processo judicial, em que há uma sequência de atos legalmente determinada, no inquérito policial vigora a discricionariedade da autoridade policial na realização das diligências.

Dessa maneira, a autoridade que conduz o inquérito pode realizar os atos investigativos da maneira que melhor entender para a elucidação dos fatos. O CPP enumera em seus artigos 6º e 7º diversas diligências passíveis de serem realizadas. Entretanto, não há que se dizer que o delegado esteja obrigado a cumprir com todas elas.

Cabe ressaltar que apesar de discricionário, o inquérito não pode se tornar arbitrário. Assim, não pode a autoridade realizar diligências que ofendam dispositivos constitucionais e legais. Para realizar uma interceptação telefônica, por exemplo, deverá requerer autorização judicial para tanto, tendo em vista a natureza da prova a ser colhida.

Outro ponto importante da discricionariedade está no fato de que o ofendido e o indiciado poderão requerer diligências. Não obstante, o delegado poderá indeferir-las caso julgue serem inúteis ao esclarecimento do fato, salvo o exame de corpo de delito, que obrigatoriamente, deverá ser realizado nesta fase.

3.1.5 – Procedimento Oficial e Oficioso

Trata-se de um procedimento oficial, pois a presidência do inquérito é exercida pelo delegado de polícia, ficando a cargo de um órgão oficial do Estado.

É também oficioso, na medida em que ao tomar conhecimento de um delito cuja ação penal seja pública incondicionada, deve o delegado instaurar o inquérito policial de ofício, independentemente de provocação de qualquer pessoa.

Importante observar que para a instauração, basta que haja a notícia de fato formalmente típico, não cabendo ao delegado fazer considerações acerca da tipicidade material do fato, como por exemplo, excludente de ilicitude ou culpabilidade.

Nos casos de crimes de ação pública condicionada à representação ou de ação penal privada, a instauração do inquérito policial dependerá da representação do ofendido ou de seu representante legal.

3.1.6 – Procedimento Indisponível

Nos termos do artigo 17 do CPP, o presidente do inquérito policial não poderá ordenar o arquivamento dos autos. Este pedido somente poderá ser feito pelo titular da ação penal, fundamentadamente. Uma vez que o inquérito policial busca fornecer elementos para formar a convicção do órgão acusador, evidente que somente este poderá requerer seu arquivamento ou não.

O delegado, ao concluir o inquérito, poderá elaborar relatório argumentando pela atipicidade da conduta ou pelo desconhecimento da autoria do fato, entretanto, o arquivamento não está entre suas atribuições.

3.1.7 – Procedimento Inquisitorial

É entendimento dominante na doutrina e jurisprudência de que o inquérito policial é um procedimento inquisitorial, isto é, a ele não se aplicam as garantias do contraditório e da ampla defesa. Para parte da doutrina que defende tal posicionamento, essa característica é indispensável para o sucesso das investigações. Argumentam que se fosse dado à parte contrária a ciência da prática

de atos investigativos, seria inviável e infrutífera a sua realização, constituindo o contraditório em um obstáculo à eficácia do inquérito²⁹.

Sustenta Frederico Marques que “não se deve tolerar um inquérito contraditório, sob pena de fracassarem as investigações policiais, sempre que haja um caso de difícil elucidação”³⁰.

Para essa corrente, a natureza inquisitiva do inquérito resta evidenciada pelo artigo 107 do CPP, na medida em que proíbe a arguição de suspeição das autoridades policiais, além do artigo 14, do mesmo diploma legal, que permite que a autoridade indefira qualquer diligência requerida pelo ofendido ou acusado, com a exceção do corpo de delito. Ainda, o inquérito policial é presidido por uma única autoridade, que pode agir de ofício ou mediante provocação.

Além disso, outro ponto característico é a discricionariedade, tendo em vista que pode a autoridade empreender quaisquer diligências que se reputarem necessárias à elucidação dos fatos.

Outros argumentos trazidos pelos doutrinadores para justificar a ausência do contraditório no inquérito policial é que este não se trata de um processo administrativo, tendo em vista que não comporta uma sequência de atos previstos em lei, de maneira que a Constituição Federal não abarcou o contraditório no inquérito³¹. Ademais, alegam que não há uma acusação no inquérito policial, de maneira que não cabe se falar em defesa.

Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal firmou posição no sentido de que o inquérito é insuscetível de contraditório, em voto proferido no julgamento de *Habeas Corpus*, relator Ministro Nelson Jobim:

EMENTA: HABEAS CORPUS. DESACATO DE DELEGADA PERPETRADO POR ADVOGADA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. 1. A alegação de nulidade do flagrante por ter sido presidido pela própria autoridade supostamente desacatada que não se sustenta. 2. O inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório, e sua eventual irregularidade não é motivo para decretação da

²⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Op cit. p. 132.

³⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, v. I, 1ª ed. São Paulo: Bookseller 1997. apud LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Op. cit.

³¹ Nesse sentido: FERNANDES, Antônio Scarance. Op. cit. p. 64.

nulidade da ação penal. 3. No crime de desacato, o elemento subjetivo do tipo é a vontade livre e consciente de agir com a finalidade de desprestigiar a função pública do ofendido, o que não se observou no caso. Habeas corpus deferido. (HC 83.233/RJ)

Parte minoritária da doutrina defende, entretanto, que deva ser aplicado ainda no inquérito policial o contraditório e ampla defesa. Estas garantias seriam necessárias para uma melhor atuação da defesa. Nesse sentido sustenta Rogério Lauria Tucci:

Tornam-se imprescindíveis, outrossim, a par do contraditório indispositivo, a concessão, ao acusado, "em geral", da possibilidade de ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes (sobretudo técnica, realizada, como visto, por um profissional dotado de conhecimento jurídico específico), numa autêntica paridade de armas, efetivada no contexto da atuação dos agentes estatais da *persecutio criminis* e da defensiva; e a diversificação da atuação do Ministério Público, dada a inafastabilidade de conjugação de esforços, de colaboração com o órgão jurisdicional, no descobrimento da verdade material ou atingível³².

Marta Saad sustenta que:

Se não se mostra apropriado falar em contraditório no curso do inquérito policial, seja porque não há acusação formal, seja porque, na opinião de alguns, sequer há procedimento, não se pode afirmar que não se admite o exercício do direito de defesa, porque esta tem lugar 'em todos os crimes e em qualquer tempo, e estado da causa', e se trata de oposição ou resistência à imputação informal, pela ocorrência de lesão ou ameaça de lesão³³.

Diante de ambas as correntes, observa-se que, apesar de minoritária, a segunda, defensora da existência do contraditório e ampla defesa no inquérito, parece ser o melhor entendimento.

Como procedimento prévio à ação penal, não se pode olvidar que o inquérito policial possui relevantes informações, servindo de base para posterior ação penal.

32 TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 162.

33 SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 221-222 apud LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 133.

A instauração de um inquérito policial e o posterior indiciamento pela prática de algum delito afetam direitos fundamentais de um indivíduo. E mais, ainda que não exista uma acusação formal, recai sobre este indivíduo o peso de um indiciamento.

A partir do momento em que uma ação estatal, na seara penal, afeta direitos individuais, deve ser garantido à parte, a possibilidade de conhecer o que lhe é imputado, inclusive as diligências probatórias e mais, o direito de poder defender-se destes fatos.

Cabe ressaltar que há situações em que a necessidade do sigilo se mostra imprescindível para o sucesso da investigação, como é o famoso exemplo citado pela doutrina, o caso das interceptações telefônicas. Entretanto, em tantos outros casos, como o que se pretende analisar nesse presente trabalho, não se vislumbra qualquer obstáculo para que se garanta o contraditório e a ampla defesa, como é o caso das provas periciais.

Nesse contexto, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de admitir a ampla defesa, após o indiciamento:

A situação de ser indiciado gera interesse de agir, que autoriza se constitua, entre ele e o Juízo, a relação processual, desde que espontaneamente intente requerer no processo ainda que em fase de inquérito policial. A instauração de inquérito policial, com indiciados nele configurados, faz incidir nestes a garantia constitucional da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. (RT 522/403).

Assim, para que se alcance o tão almejado processo democrático, com uma perfeita adequação ao sistema acusatório, é preciso analisar o inquérito policial como formador da *opinio delicti* do órgão acusatório, mas também para resguardar os direitos dos indivíduos nele envolvidos, tratando estes não mais como meros objetos de investigação, mas sim sujeitos de direitos.

3.2 – Prova Pericial no Inquérito Policial

A perícia é um meio probatório de fundamental importância para que haja uma reconstrução dos fatos ou até mesmo para que se obtenha informações

técnicas e, muitas vezes, precisas sobre determinado acontecimento. No processo penal, ganha ainda mais destaque, tendo em vista que é utilizada como meio para se comprovar a materialidade de delitos.

Nas palavras de Távora e Alencar, exame pericial “é o exame procedido por pessoa que tenha conhecimentos técnicos, científicos, ou domínio específico em determinada área do conhecimento³⁴”.

Desse modo, a prova pericial é meio de prova necessário para elucidar questões técnicas, que fogem ao conhecimento do magistrado. Segundo MITTERMAIER, o exame pericial sempre terá lugar quando surgirem na causa questões importantes, cuja solução dependa de conhecimento técnico específico³⁵.

Continua ainda, afirmando que é meio de prova necessário, sempre que a verificação da existência de certos fatos exija indispensavelmente conhecimentos técnicos; quando se trata de decidir qual a natureza e qualidade de certos e fatos; quando a sentença tiver por base a admissibilidade de um fato como possível ou provável³⁶; e, por fim, quando se trata de tirar dos fatos, as suas consequências³⁷.

Verifica-se então que todas as vezes em que se demandar conhecimento específico de difícil análise, deverá o juízo se valer do exame pericial. Este será realizado pelo perito, que elaborará um laudo pericial com os resultados obtidos através da realização da perícia.

Peritos são pessoas que possuem conhecimento técnico sobre determinados assuntos e assim, auxiliam o juízo realizando o exame pericial nos vestígios deixados após o cometimento de um crime, prestando as informações necessárias. Pela nova redação do artigo 159 do CPP, é necessário apenas um perito oficial para realizar as perícias, exigindo-se que o mesmo seja portador de diploma de curso superior na área específica da perícia.

Peritos oficiais são aqueles que integram o quadro de funcionários do Estado, sujeitando-se às normas do judiciário. Por se tratarem de auxiliares do juízo, devem

³⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. cit. p. 402.

³⁵ MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2004. p. 199.

³⁶ Como exemplo: um homem poderia ser atingido a determinada distância por um projétil?

³⁷ MITTERMAIER, C. J. A. *Ibidem*.

ser imparciais, tendo como função apenas o esclarecimento dos fatos. A perícia deverá ser realizada por ao menos 01 (um) perito.

Os resultados obtidos através do exame pericial serão enviados ao juízo através do laudo pericial. É no laudo que o perito emitirá sua opinião sobre o que está sendo investigado. Ressalta-se, entretanto, que esta opinião não vincula o juiz. O prazo para a entrega do laudo é de 10 (dez) dias, podendo este prazo ser prorrogado a pedido do perito.

Dentre as perícias que podem ser realizadas, uma que assume significativa importância é o exame de corpo de delito. Existem crimes que deixam vestígios ao serem executados, como o homicídio, aborto, crime de dano e outros não, como a calúnia, injúria. O exame que se realiza nos vestígios deixados, é o que se chama de exame de corpo de delito. Segundo Tourinho Filho, seria o exame realizado no conjunto de vestígios materiais deixados pela infração, como uma coisa danificada, um cadáver, lesões, hematomas³⁸.

O exame de corpo de delito é indispensável nos crimes que deixam vestígios, na modalidade direta ou indireta, não podendo a confissão do acusado suprir a falta do exame, nos termos do art. 158 do CPP.

O exame será direto quando for realizado pelos próprios peritos, nos vestígios deixados na execução do crime, o chamado corpo de delito. Após o exame, os peritos respondem a um questionário com quesitos formulados pela autoridade.

Por outro lado, será indireto quando, por motivos diversos, desaparecerem os vestígios deixados pelo crime. Nessa situação, impossível a análise do corpo de delito, entretanto, para suprir essa falta, poderão utilizar-se da prova testemunhal. Testemunhas comparecerão perante a autoridade policial, narrando o que foi presenciado pelas mesmas.

A falta do exame do corpo de delito acarreta nulidade absoluta de todo o processo, tamanha a sua importância, nos termos do artigo 564, III, "b" do CPP. A nulidade é absoluta por tratar-se de ato estrutural do processo³⁹.

³⁸ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Código de Processo Penal comentado*. v. 1. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 553.

³⁹ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Op. cit. p. 554.

Conforme se observa, a importância da prova pericial é tamanha, sendo este fato verificado pelo próprio legislador, que nem mesmo a confissão do acusado pode suprir a inexistência do corpo de delito. Este fato se deve ao grande avanço tecnológico, que permite resultados eficientes.

Uma vez verificada a importância da prova pericial, há uma grande preocupação em relação ao decurso do tempo, visto que com o passar dos anos, pode haver o desaparecimento dos vestígios do crime, fazendo com que a realização do exame pericial se dê de maneira urgente.

Presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, autoriza-se a realização antecipada destas provas, com vistas a evitar a perda dos vestígios deixados pelo crime e assegurar o resultado da prova.

Devido à urgência, o exercício do contraditório fica postergado para um momento posterior, durante a fase processual. É o que doutrina e jurisprudência chamam de contraditório diferido ou postergado. Nestes casos, o acusado poderá se manifestar sobre o resultado obtido com a perícia realizada durante o inquérito. Acerca do tema, leciona Scarance Fernandes:

Maior problema existe quanto à prova pericial produzida na fase policial. Admite-se a sua realização como prova definitiva quando há urgência, postergando-se o contraditório para momento posterior, em que as partes poderão contestar o laudo, elaborar quesitos suplementares, pedir esclarecimentos aos peritos. É o que ocorre quando há perigo de desaparecer o corpo de delito, como acontece com a lesão produzida no corpo da vítima, que normalmente só permanece por determinado tempo⁴⁰.

Entretanto, o doutrinador afirma não existir justificativa para que a prova pericial seja feita sem contraditório na fase policial, se inexistente o perigo de os vestígios desaparecerem. Caso ocorra, as partes tem o direito de requererem nova perícia em juízo⁴¹.

E justamente neste ponto reside a problemática do presente trabalho. Como se sabe, o inquérito tem a finalidade de fornecer elementos de informação ao titular da ação penal, para que este possa formar sua convicção acerca da autoria e

⁴⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. Op. cit. p. 83.

⁴¹ Ibidem.

materialidade do delito e assim, ofereça denúncia, iniciando a ação penal ou promova o seu arquivamento.

Consistindo a prova pericial importante, se não o principal, meio para se confirmar a materialidade do delito, tem-se que a maioria das perícias são realizadas ainda na fase investigativa, sem observância do contraditório, ainda que ausentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, ou seja, ainda que não esteja revestida de urgência.

Salvo as situações de perigo quanto a preservação dos vestígios supracitadas, essas provas realizadas durante o inquérito, sem o crivo do contraditório, raramente são refeitas durante o processo judicial. E mesmo quando há o contraditório diferido, este muitas das vezes é ineficiente.

Tendo em vista o longo lapso temporal entre a produção da prova pericial e o demora no curso do processo judicial, a contestação do laudo pelo réu, com o requerimento de esclarecimentos ao perito torna-se ineficiente. Isso porque, devido ao grande número de perícias, não se mostra razoável exigir que o perito se lembre de detalhes de perícias realizadas há muito tempo, de maneira que, na realidade, não há qualquer esclarecimento pelo perito.

O presente trabalho busca mostrar então que a incidência do contraditório na realização da prova pericial no inquérito policial torna a possibilidade de defesa do acusado mais efetiva, contribuindo assim para que o processo seja mais democrático.

CAPÍTULO IV – ATUAÇÃO DO ASSISTENTE TÉCNICO

4.1 – Assistente Técnico no Direito Comparado

4.1.1 – Ordenamento Italiano

O Direito Italiano, a partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Penal de 1988, adotou o sistema acusatório, assumindo-se características do sistema adversarial, em que as partes tem significativa atuação na produção probatória. Em relação à prova pericial, o magistrado pode utilizar-se de das conclusões de um assistente técnico da parte, ou ainda, determinar a realização de um exame⁴².

Assim, de acordo com TONINI, o assistente técnico pode atuar em relação a uma perícia já determinada e para questionar os resultados de uma perícia já realizada. Mais, são conferidas ao assistente amplas possibilidades de atuação, sendo-lhes permitido acompanhar os trabalhos do perito, formular quesitos, observações e reservas⁴³.

Observa-se assim, que há total observância do princípio do contraditório, sendo possível, nos termos do artigo 225 do Código de Processo Penal Italiano, a nomeação de assistente técnico em número não superior ao de peritos, desde a fase de investigações preliminares.

4.1.2 – Ordenamento Francês

Diferentemente do que ocorre no Direito brasileiro, no ordenamento francês há a previsão de um juízo de instrução, em que existe um juiz que coordena a

⁴² TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: RT, 2002. p. 17-18 apud VAZ, Denise Provasi; GALVÃO, Danyelle da Silva. Op. cit. p. 229.

⁴³ Ibidem.

instrução probatória. Assim, o juiz pode requerer provas, cabendo a ele determinar a realização de prova pericial, quando surja questão de ordem técnica a ser esclarecida.

Requerida a realização da perícia pelo juiz da instrução, as partes – acusação e defesa – são intimadas da referida decisão e podem requerer esclarecimentos e indicar assistentes técnicos, no prazo de 10 dias.

Entretanto, quando se trate de prova urgente, em que se mostra impossível esperar o transcurso do prazo de 10 dias, deve a perícia ser realizada independentemente da ciência das partes, com a prévia indicação do assistente.

Da mesma maneira que no ordenamento italiano, o assistente técnico tem liberdade de atuação, acompanhando e requerendo diligências durante a realização da perícia. Ao final de seus trabalhos, será elaborado um laudo com todas as conclusões.

Nota-se assim que o ordenamento francês permite tanto a participação da acusação quanto da defesa na produção probatória, desde a fase inicial, no juízo de instrução, fase essa inexistente no ordenamento brasileiro.

4.2 – Assistente Técnico no Processo Penal Brasileiro

A figura do assistente técnico, que até a reforma do Código de Processo Penal em 2008 era inexistente no processo criminal brasileiro, foi introduzida e disciplinada pela lei nº 11.690/08.

Nas lições de Andrey Borges de Mendonça:

É um auxiliar da parte na solução das questões técnicas relevantes para a decisão da causa. Sua função é criticar as conclusões do perito, com o intuito de auxiliar a parte e também convencer o magistrado, pois este último não está vinculado ao laudo do perito (sistema liberatório, previsto no art. 182 do CPP)⁴⁴.

⁴⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 180.

O assistente técnico, então, é pessoa de confiança das partes, ou seja, não presta compromisso perante o juízo e tampouco tem o dever de prestar as informações com imparcialidade. Assim, não cabe aqui falar em impedimento ou suspeição de sua atuação. Ademais, como o perito oficial, deve portar diploma de ensino superior na área específica da perícia, sendo que poderá ratificar o laudo pericial elaborado pelo perito ou questioná-lo, apresentando seus resultados.

Com a edição da referida lei, o artigo 159 do CPP passou a conter a seguinte redação, no que se refere ao assistente técnico:

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

(...)

§3º: Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e a 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:

(...)

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

Depreende-se da leitura acima, que a atuação do assistente técnico se dará no curso do processo judicial, ou seja, já instaurada a ação penal e após a elaboração do laudo pelo perito oficial, diferentemente do que ocorre no processo civil, tendo em vista que neste, os assistentes podem acompanhar o trabalho dos peritos, devendo serem intimados da data e horário da realização da prova pericial.

Doutrina majoritária, argumenta que a utilização das expressões “Ministério Público”, “assistente da acusação”, “querelante” e “acusado” pelo legislador, denota a vontade deste em afirmar a atuação do assistente técnico indicado pelas partes apenas na fase judicial, tendo em vista que essas figuras apenas existem no processo. Se assim não o fosse, a atuação do assistente durante o inquérito estaria restrita apenas ao Ministério Público e ao ofendido.

Além disso, outro indicativo do momento de atuação do assistente técnico, qual seja, na ação penal, é devido ao conteúdo do parágrafo 5º do artigo supracitado, quando o legislador afirma que durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto às perícias, a indicação do assistente.

Assim manifesta-se sobre o assunto, Gomes Filho: “parece mais adequada, assim, à natureza da atividade do assistente – que é, como visto, profissional ligado ao interesse das partes – a interpretação de que a intervenção somente será possível em juízo”⁴⁵.

Por fim, para poder atuar no curso do processo judicial, a doutrina afirma ser necessário o cumprimento de alguns requisitos: a nomeação do assistente técnico pela parte, sua admissão pelo juiz e que estejam concluídos os exames realizados pelos peritos oficiais, com a consequente elaboração do laudo.

A inadmissão do assistente pelo juiz seria possível quando, por exemplo, restasse evidenciado o desconhecimento técnico do mesmo acerca do assunto tratado na perícia. Além disso, outra situação que geraria sua inadmissão seria a preclusão do pedido de nomeação. A lei não afirma expressamente qual o momento em que devem ser indicados os assistentes, de maneira que a doutrina entende ser este o mesmo destinado aos outros meios probatórios, quais sejam, a denúncia ou queixa para a acusação e o oferecimento de defesa prévia, para o réu.

Uma inovação trazida pela lei nº 11.690/08 é a possibilidade de acesso, pelo assistente técnico, ao material probatório. Entretanto, para que isso ocorra é necessário que a parte faça o requerimento, além de uma consulta ao órgão oficial a fim de se verificar a disponibilidade do material para análise pelo assistente e, por fim, a presença do perito oficial.

Quanto a esta última inovação, cumpre tecer breves considerações. Surgirá problema quando haja a impossibilidade de se guardar o material probatório. Uma vez que há a impossibilidade de guarda do material probatório utilizado na análise e, levando em consideração que o assistente atua somente após a conclusão dos

⁴⁵ FILHO, Antônio Magalhães Gomes. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008 In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal. As novas leis de 2008 e os Projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2008. p. 278 apud VAZ, Denise Provasi; GALVÃO, Danyelle da Silva. *Da atuação do assistente técnico no processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 19, v. 90, mai-jun/2011. p. 213.

trabalhos do perito oficial, nesta situação se verificaria a impossibilidade de acesso do assistente ao material probatório. Nesse sentido, poderia o legislador permitir que o assistente atuasse em conjunto com o perito oficial, obviamente, sem que um interfira no trabalho do outro. E mais, se o assistente não pode acompanhar o perito em seus trabalhos, como poderia ele questionar de maneira eficiente o laudo pericial elaborado?

4.3 – Possibilidade de Atuação do Assistente Técnico no Inquérito Policial

Maiores questionamentos surgem acerca da participação do assistente técnico apenas na fase judicial, objeto da presente pesquisa. Inegável o avanço legislativo, ao se admitir esta figura no processo penal, atendendo assim à tendência em se garantir a participação do acusado, ainda que na fase policial, na produção probatória, permitindo assim uma investigação criminal defensiva, com a efetiva participação da defesa.

Entretanto, não se vislumbram motivos razoáveis que justifiquem a restrição da atuação do assistente apenas na fase judicial. Salvo no caso de provas cautelares, em que a urgência requerida para a realização do exame pericial, tendo em vista o *periculum in mora*, se verifica razoável a vedação. Nestes casos, aplica-se o já explicado contraditório diferido.

Uma vez que há grande risco de desaparecimento dos vestígios deixados pelo crime pelo decurso do tempo, não se mostra razoável intimar as partes para nomearem um assistente técnico e somente com a presença destes realizar o exame. A demora neste processo poderia causar danos irreparáveis, com a perda do corpo de delito.

Porém, nos demais casos, a participação do assistente técnico durante a realização da perícia, mesmo durante o inquérito policial, se mostra razoável e, mais, necessária, para que o acusado possa se defender de maneira efetiva ao longo da ação penal e até mesmo da investigação criminal.

Como se sabe, a maioria das perícias são realizadas ainda na fase investigativa, uma vez que a finalidade do inquérito é formar a convicção do órgão

acusador. Considerando que a prova pericial é o principal meio de se provar a materialidade de um delito, é essencial que esta seja feita antes da instauração da ação penal, para que, diante desta informação de caráter técnico, possa o titular ingressar com a ação penal com elementos de informação mais seguros. Nesse sentido afirma Norma Bonaccorso:

Na prática, geralmente, na linha dos ordenamentos continentais, existem grandes dificuldades para o exercício pleno do contraditório em relação à prova pericial. Os peritos são, em regra, oficiais e normalmente as perícias são realizadas na fase de inquérito policial, em que ainda não existe a participação da defesa. Embora se admita o contraditório posterior, nem sempre as informações técnico-científicas são elaboradas para uma discussão paritária entre os interessados, fazendo prevalecer uma versão única sobre os fatos examinados, normalmente aceita de forma acrítica não só pelo juiz como também pelas próprias partes⁴⁶.

Ao se permitir a atuação do assistente técnico apenas na fase judicial e após a elaboração do laudo pelo perito oficial, resta prejudicada possíveis conclusões que poderiam ser alcançadas pelo assistente. Na maioria dos casos, as perícias não são repetidas na fase judicial, de maneira que as partes acabam acatando ao laudo elaborado pelo perito oficial.

Ademais, o argumento de que as partes podem requerer em juízo esclarecimentos aos peritos acerca do laudo elaborado possui graves problemas de ordem prática. Notadamente, o processo brasileiro, tanto na área cível quanto penal, passa por graves problemas em relação à celeridade. Tardam-se anos até que se cheguem a uma conclusão sobre determinada lide. E no processo penal não é diferente.

Assim, as tentativas de obter esclarecimentos dos peritos são frustradas uma vez que estes tem enorme demanda para cumprir, frente aos vários exames periciais a se realizar. E mais, com o longo decurso do tempo, desde a realização da perícia até sua inquirição para esclarecimentos, são traídos pela memória, não se recordando dos exames realizados, impossibilitando esclarecimentos que podem ser de extrema relevância para o deslinde do feito.

⁴⁶ BONACCORSO, Norma. *Prova Pericial e Contraditório*. Disponível em: <www.asbac-ba.org/publicações>. Acesso em: 04 de março de 2013.

Apesar de não se tratar de um princípio absoluto, a busca pela verdade no processo penal tem grande importância. Por lidar com questões que envolvem direitos indisponíveis dos cidadãos, não basta nesta seara a mera verdade processual. Deve-se chegar o mais próximo possível de uma verdade real. Logicamente, a busca por essa verdade deve respeitar alguns limites, sem ofender direitos consagrados constitucionalmente.

Nessa esteira, não há motivos para não se permitir a atuação do assistente técnico no momento da realização da perícia no inquérito. O trabalho realizado pelo assistente contribuiria para se chegar mais próximo de uma verdade real, somando informações ao laudo elaborado pelo perito oficial. Disponibilizaria ao juiz visões técnicas diferenciadas sobre o fato, valorando-as de acordo com o livre convencimento motivado.

Andrey Borges de Mendonça sobre o momento de atuação do assistente:

De qualquer sorte, não vislumbramos a razão da restrição. Se muitas provas já são colhidas durante a fase inquisitorial, inclusive de natureza cautelar, deveria ser permitido às partes nomear assistente ainda antes de iniciar o processo. Ademais, com a possibilidade de absolvição sumária, logo no início do procedimento ordinário, as considerações do assistente técnico poderiam ser relevantes⁴⁷.

Mendonça ainda afirma não visualizar razão para restringir a atuação do assistente somente após a elaboração do laudo pelo perito oficial. Segundo o doutrinador, a atuação deste deveria se dar durante a realização da perícia para um melhor exercício do contraditório⁴⁸.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 92.599 em 07 de novembro de 2007, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes, permitiu a juntada de laudo pericial – que na verdade se trata de parecer de assistente técnico – durante o inquérito policial, em atenção ao princípio da ampla defesa:

⁴⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. Op. cit. p. 181.

⁴⁸ Ibidem.

Habeas Corpus. 1. "Operação Navalha". Inquérito no 544/BA, do Superior Tribunal de Justiça. 2. Alegação de indispensabilidade da juntada de laudo pericial encomendado e de cópia de reportagem. 3. A defesa não reinvidica a produção de prova extemporânea ou providência que implique tumulto processual, mas apenas a juntada de elementos que entende pertinentes à elucidação dos fatos e ao convencimento do Ministério Público. 4. Ausência de razão jurídica plausível para que a Corte Especial do STJ indefira pedido de juntada do laudo pericial já produzido pela defesa do paciente. 5. Ordem deferida para, mantidos os efeitos da medida liminar, determinar a juntada dos expedientes 00127270/2007 e 00126577/2007 aos autos do Inquérito no 544/BA, em trâmite perante o STJ.

Não obstante seja posicionamento pacífico do Egrégio Tribunal da inexistência do contraditório e ampla defesa na fase de inquérito judicial, foi permitida à parte a juntada de parecer ainda durante a fase investigativa, de modo a influenciar no convencimento do órgão do Ministério Público.

No caso do Habeas Corpus supracitado, o paciente contratou perito – assistente técnico – que elaborou laudo demonstrando não serem verdadeiras as interpretações realizadas pela Polícia Federal. No julgado, ressalta o Excelentíssimo Ministro relator, a tendência interpretativa em se garantir aos investigados e indiciados a máxima efetividade constitucional no que concerne à proteção de direitos fundamentais da ampla defesa.

Vale ressaltar que à época do julgamento ainda inexistia a figura do assistente técnico no processo penal, visto que esse foi introduzido apenas em 2008. Entretanto, forçoso reconhecer que a permissão de juntada de laudo elaborado por perito contratado pelo acusado, nada mais é do que a função que seria exercida pelo assistente, caso este atuasse na fase investigativa.

Tourinho Filho, a respeito do assistente técnico, critica a redação dada ao artigo 159 do CPP. Isso porque se apenas podem atuar após a elaboração do laudo pelo perito, sua atividade se restringirá a emitir um parecer sobre o trabalho desenvolvido oficialmente. Para tanto, não precisaria o legislador prever a figura do assistente técnico, uma vez que pode à parte juntar pareceres técnicos para realização de sua defesa. Por fim, afirma que se o assistente técnico não acompanhar os trabalhos do perito, haverá lesão ao princípio do contraditório⁴⁹.

E mais:

⁴⁹ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Op. cit. p. 159.

Se no processo civil, em que se disputam, de regra, interesses disponíveis, a prova pericial admite o contraditório, e os assistentes técnicos participam de 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 objeto⁵⁰.

No processo civil, a figura do assistente técnico é disciplinada no §1º do artigo 421 do CPC⁵¹. O artigo 429 do mesmo códex consagra ainda que pode o assistente se valer de todos os meios necessários, como ouvir testemunhas, obter informações, solicitar documentos necessários para realizar seus trabalhos da melhor forma possível.

Se mostra, então, totalmente razoável a argumentação trazida por Tourinho Filho, uma vez que no processo civil se disputam, em regra, direitos disponíveis. Se nessa situação é dada ao assistente técnico amplos poderes de participação na produção da prova pericial, não há motivos razoáveis para não se permitir no processo penal.

Afora as discussões doutrinárias, Vaz e Galvão fundamentam a possibilidade de atuação do assistente técnico no inquérito policial levando em consideração a redação dada ao artigo 159 do CPP. Afirmam que a melhor interpretação dada ao referido dispositivo é no sentido de que a lei visou definir as faculdades das partes na fase processual – de indicar o assistente. Não proibiu, entretanto, a admissão desta figura na fase extrajudicial⁵². Segundo as autoras, cuidou o legislador de regulamentar o contraditório diferido, já que normalmente a perícia já foi realizada na fase extrajudicial.

Ademais, afirmam ainda que o fato de o legislador utilizar as expressões “Ministério Público”, “assistente de acusação”, “ofendido”, “querelante” e “acusado”, não impede a participação do assistente na fase investigativa. A uma porque, o

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Art. 421, CPC: “O juiz nomeará o perito, fixando de imediato o prazo para a entrega do laudo.

§1º: Incumbe às partes, dentro em 05 (cinco) dias, contados da intimação do despacho de nomeação do perito:

I – indicar o assistente técnico

II – apresentar quesitos.

⁵² VAZ, Denise Provasi; GALVÃO, Danyelle da Silva. Op. cit. p. 236.

ofendido é figura que participa do inquérito policial, podendo requisitar sua instauração e até mesmo requisitar diligências. Quando atua na fase judicial, o ofendido seria assistente da acusação, atuando em conjunto com o Ministério Público – nas ações públicas incondicionadas, devendo ser admitido pelo juiz. Conclui-se então, que a utilização do termo “ofendido” remete à fase de inquérito policial.

Embora se trate de inovação essencial no processo penal brasileiro, observa-se que a legislação ainda é falha, contendo pontos duvidosos e que necessitam de urgente modificação. A participação do assistente técnico na fase de inquérito policial é de extrema importância para que o acusado possa se defender de maneira efetiva no curso da ação penal, não bastando que apenas analise o laudo pericial elaborado pelo perito, auxiliar do juízo. Sua participação deve ser efetiva para se garantir a máxima efetividade da ampla defesa, influenciando o julgador na formação de sua convicção.

CONCLUSÃO

Diante de todo o pesquisado, verifica-se que nosso Código de Processo Penal, fortemente influenciado pela legislação fascista italiana da década de 30, encontra-se defasado frente as várias garantias constitucionais elencadas na Constituição Federal de 1988, dentre elas o devido processo legal, compreendidos o contraditório e a ampla defesa.

Embora haja pequena divergência, adotou-se em nosso ordenamento o sistema processual penal acusatório. Dentre os sistemas processuais penais existentes, este é o que mais se aproxima de um processo democrático, tão almejado pela sociedade. Neste sistema, verifica-se a separação das funções de acusar e julgar em órgãos distintos, além da observância do devido processo legal, oralidade, publicidade e demais princípios que regem o processo penal.

Os outros sistemas são o inquisitivo e o misto. O inquisitivo apresenta características autoritárias, em que não se confere qualquer garantia ao indivíduo e as funções de acusar e julgar concentram-se em apenas um órgão. O juiz tem então amplos poderes probatórios. A confissão é tida como prova de valor absoluto. Já o sistema misto apresenta dois momentos distintos, quais sejam, uma instrução preliminar e a fase de julgamento, sendo que diferentes juízes presidem as duas fases. A instrução preliminar apresenta características inquisitivas, enquanto que a fase de julgamento é notadamente acusatória, com todas as suas garantias.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, corolários do devido processo legal, formam a base do processo democrático. Não há como se falar em processo justo, sem a observância destes princípios. O contraditório consiste na ciência que deve ser dada às partes de todos os atos processuais praticados e a ampla defesa é a possibilidade de manifestar acerca destes atos, utilizando-se para tanto de todos os meios. A observância destes princípios no processo, além de garantir a legitimidade da decisão, confere a paridade de armas entre as partes.

Ademais, a ampla defesa deve ser exercida de maneira eficiente pelo acusado. Não é suficiente que seja dada à parte a possibilidade de defender-se, sem oferecer-lhe os meios necessários para tanto.

Grande controvérsia na doutrina consiste em aceitar ou não a existência destes princípios, no curso do inquérito policial, fase investigativa que possui a finalidade de colher elementos de informação acerca da autoria e materialidade de um delito, a fim de se formar a *opinio delicti* do titular da ação penal.

Embora seja majoritário o posicionamento, inclusive jurisprudencial, pela inexistência dessas garantias na fase pré-processual, caminha-se para uma maior tendência em admiti-los. É certo que determinadas diligências empreendidas nesta fase necessitam do sigilo necessário para que seja alcançada sua efetividade. Entretanto defende-se a necessidade da incidência de um contraditório mínimo, para que o acusado possa se defender de maneira efetiva já no curso do inquérito.

Especificamente em relação às provas periciais, restou evidenciada sua importância para se apurar a materialidade de delito. Além disso, em sua maioria, são realizadas na fase de inquérito policial, uma vez que, necessárias a demonstrar a materialidade, são essenciais na formação da convicção do órgão julgador.

A fim de proporcionar maior participação das partes na produção da prova pericial, o legislador introduziu no processo penal brasileiro, através da Lei 11.690/2008, a figura do assistente técnico. Entretanto, nos termos do artigo 159 do Código de Processo Penal, a atuação do assistente ficou restringida à fase judicial, após o oferecimento de denúncia ou queixa pelo titular da ação penal, devendo o mesmo ser admitido pelo juiz.

Tal restrição se mostra injustificada, tendo em vista que, como dito, a maioria das provas periciais são realizadas durante o inquérito policial. A atuação do assistente técnico apenas na fase judicial retira a possibilidade de uma atuação eficiente. Isso porque, não há a repetição das provas em juízo e, uma vez que não pode acompanhar os trabalhos do perito oficial, o assistente tem seu trabalho prejudicado.

Soma-se a isso o fato de que o processo judicial brasileiro é lento. A possibilidade, trazida pelo legislador, de futura impugnação do laudo pericial pela defesa, com o esclarecimento de questões obscuras pelo perito fica prejudicada, pelo decurso do tempo. Os peritos possuem altas demandas, de maneira que, a chance de se recordarem de uma específica perícia realizada anos atrás, é mínima.

Destaca-se ainda o fato de o assistente apenas iniciar seus trabalhos após a conclusão do perito oficial, sendo este outro fator que restringe o exercício da ampla defesa. Indubitavelmente, a atuação do assistente técnico em conjunto com o perito oficial proporcionaria melhores resultados, tanto para a defesa, que poderia impugnar de maneira mais eficiente o laudo, quanto para o juiz, que teria a sua disposição diferentes versões, analisando, em conjunto com as demais provas dos autos, qual laudo melhor esclarece os fatos, utilizando-se de seu livre convencimento motivado.

Não obstante, a restrição se mostra razoável nas situações em que existe o perigo de desaparecimento dos vestígios deixados pelo crime. Nestes casos, devido ao *periculum in mora* e a existência do *fumus boni iuris*, a não participação do assistente se mostra justificada, tendo em vista que, ao se esperar a intimação das partes para apresentarem assistente técnico, aumenta-se o risco de se desaparecerem os vestígios. Nessas situações, há o que a doutrina chama de contraditório diferido.

Conclui-se assim, que salvo as provas cautelares e aquelas em que se exige o sigilo para que tenham êxito, não há razões para restringir a atuação do assistente técnico na fase policial, uma vez que a atuação deste não atrapalharia no andamento das demais diligências e tampouco seria um obstáculo ao sucesso da prova pericial. Esta não prescinde do sigilo, como outros tipos de prova, como por exemplo, a interceptação telefônica. Ao contrário, a participação do assistente apenas irá contribuir para uma melhor elucidação dos fatos.

Desse modo, salienta-se que a atuação posterior do assistente técnico deveria ser prevista pelo nosso legislador como uma exceção e não como regra, como acontece, para que assim possa a defesa exercer seu direito à ampla defesa de maneira plena e efetiva.

Diante do exposto, imperioso concluir que a atuação do assistente técnico deve se dar na fase de inquérito policial, sob pena de se fracassarem os esforços para que se alcance um processo penal democrático e justo. A alegação da inexistência do contraditório e ampla defesa na fase investigativa é insuficiente a justificar tal restrição, tendo em vista que, mesmo que não haja uma formal acusação contra o indivíduo, é inegável os efeitos negativos e estigmatizantes

causados pelo indiciamento ou pela instauração de uma ação penal. Conclui-se, então, pela necessidade de se efetivar a ampla defesa, não só para adequar nosso processo à ordem constitucional, mas para permitir que o cidadão possa se defender de maneira eficiente daquilo que lhe é imputado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONACCORSO, Norma. **Prova Pericial e Contraditório**. Disponível em: <www.asbac-ba.org/publicações>. Acesso em: 04 de março de 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Código de Processo Penal comentado**. v. 1. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GANDRA, Thiago Grazziane. **Reforma Processual Penal – Lei 1.690/08 e as provas no CPP**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reforma-processual-penal-lei-1169008-e-provas-no-cpp>>. Acesso em 04 de março de 2011.

JR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 1. Salvador: Juspodium, 2007.

JÚNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do Lago. **Sistemas Processuais Penais**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, ano 89, v. 774, abril de 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. v.1. Niterói: Impetus, 2011.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2004.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Reforma do Código de Processo Penal – Provas**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/11517/a-reforma-do-codigo-de-processo-penal>>. Acesso em 04 de março de 2011.

NETO, Raul Godoy. **O Inquérito Policial e os Princípios Constitucionais do Contraditório e ampla defesa**. Revista Brasileira de Direito Constitucional nº 14. Julho-Dezembro de 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6ª ed. São Paulo: 2010, Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PARISE, Ricardo Faiad; ARTEIRO, Rodrigo Lemos. **Prova Pericial na Persecução Penal e o Princípio do Contraditório**. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/2054>>. Acesso em 04 de março de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Habeas Corpus nº 92.599**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 07 de novembro de 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Habeas Corpus nº 83.233**. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7ª ed. Salvador: Juspodium, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VAZ, Denise Provasi; GALVÃO, Danyelle da Silva. ***Da atuação do assistente técnico no processo penal.*** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 19, v. 90, mai-jun/2011.