

A ADMISSIBILIDADE DO LAUDO PERICIAL EXTRAJUDICIAL NO PROCESSO PENAL: NUANÇAS E CONTROVÉRSIAS

Denise Leal Fontes Albano Leopoldo, Mestre em Direito pela UFBA, Profa. da UFS e da UNIT.

SUMÁRIO:1. O Caráter Publicista do Processo Penal; 2. O Processo Penal Constitucional; 3. Amplitude da Produção Probatória no Processo Penal; 4. Existência de uma Escala Hierárquica das Provas no Processo Penal; 5. Valoração da Prova Pericial Produzida por Peritos Particulares; 6. Bibliografia.

1. O CARÁTER PÚBLICO DO PROCESSO PENAL

Questão controvertida e pouco explorada pelos processualistas é a da possibilidade de, no processo penal, ser admitido ou não o laudo pericial elaborado por peritos particulares como meio de prova a ser valorado pelo juiz na formação do seu convencimento. Essa questão carece de uma análise mais profunda e abrangente, sem a qual a discussão não poderá ser estabelecida em bases logicamente razoáveis.

Inicialmente, no estudo do tema, impõe-se uma breve reflexão acerca do caráter eminentemente público do processo penal, que se manifesta de forma acentuada no capítulo pertinente às provas. No diploma processual penal pátrio há um tratamento bastante amplo e detalhado dessa matéria, não tendo sido nosso legislador tão conciso e econômico como o foi quando do disciplinamento e regramento das provas no âmbito processual civil. Verifica-se nitidamente, no âmbito processual penal, uma especial preocupação em resguardar o levantamento do material probatório de caráter técnico – o corpo de delito, em especial – sob a estrita responsabilidade de agente público ou investido *ad hoc* na função pública, no caso, peritos oficiais ou compromissados (peritos “leigos”), insensos a qualquer tipo de controle e /ou influência das partes.

Quanto à questão específica objeto desse estudo, qual seja, a da admissibilidade do laudo produzido por perito particular como meio de prova na esfera processual penal, constata-se que o processo penal e o civil não albergam idêntico tratamento, e tal situação não é de todo reprovável ou vem vulnerar os postulados da Teoria Geral do Processo, afinal, como acentua Cândido Rangel Dinamarco,

entre o processo civil e o penal, existem diferenças decorrentes do trato com valores diferentes, sendo constante neste a tensão representada pelo binômio liberdade-repressão, com intensa indisponibilidade do jus puniendi, do status libertatis, da ação, da defesa e das mais importantes situações jurídico-substanciais.¹

Portanto, recomenda-se ao operador do Direito que esteja atento às especificidades do Processo Penal, reconhecendo que os valores e interesses nele acolhidos e manifestados através dos princípios informadores e delineadores do nosso sistema processual penal, muitos com sede constitucional, apresentam-se como fonte segura no desenvolvimento da complexa atividade de interpretação e aplicação da normatividade processual penal.

Por estarem envolvidos valores por demais caros aos indivíduos, em especial a liberdade, é inolvidável que o processo penal tem um caráter acentuadamente público, vinculando-se inarredavelmente aos ditames da estrita legalidade, estando a exigir daqueles que labutam nessa seara, o irrestrito respeito às normas processuais de caráter assecuratório de direitos e garantias das partes, em especial daquela que, freqüentemente, se encontra em situação mais vulnerável na relação processual, o réu.

2.O PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

A importância da consagração dos princípios constitucionais incidentes sobre o processo penal brasileiro para a consolidação de um sistema processual penal democrático, fica patenteada na medida em que os mesmos atuam como balizadores de um sistema acusatório que prestigia o contraditório pleno, a amplitude de defesa, a inadmissibilidade de provas ilícitas, a igualdade processual, a fundamentação das decisões, abolindo em definitivo qualquer resquício de inquisitorialismo em sede de procedimento penal.

A falta de um rigor metodológico e a carência de uma sistematização que tome como ponto de partida a assunção do Brasil a um Estado Constitucional de Direito, tem contribuído para o obscurantismo que cerca a aplicação do Direito Penal e do Direito Processual Penal, levando a verdadeiras aberrações interpretativas, sem olvidar-se das não menos surpreendentes leis infraconstitucionais que ousam

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade Processual*. 6a edição, Malheiros, São Paulo, 1999 p. 64.

desafiar assiduamente o que se convencionou designar “unidade, coesão e conexão de sentido” do ordenamento jurídico.

Os modernos estudos processualístico-constitucionais viabilizaram o abrandamento da preocupação demasiadamente técnica do processo para ligá-lo a valores condensados nos direitos humanos fundamentais, em especial as liberdades e garantias individuais. Hoje já se fala em Direito Processual Penal Constitucional (extrair da Constituição princípios para o processo) e Direito Constitucional Processual (normas de processo na Constituição que regulam a jurisdição constitucional).²

Convém que a interpretação funcional do direito positivo parta sempre de uma interpretação constitucional e, dessa forma, a aplicação do Direito Penal (material e processual), deve ser metodologicamente orientada pelo reconhecimento da existência de um sistema político, jurídico e social pautado em valores de respeito à dignidade humana, valores esses que já transplantaram o plano meramente ideal na medida em que estão consubstanciados em normas-princípio de matriz constitucional³ a delimitarem o conteúdo e alcance do Direito Penal e Processual Penal.

Ada Pellegrini Grinover *et alli* chamam a atenção para o alargamento da concepção acerca das garantias constitucionais-processuais, aduzindo que a relevância dessas garantias transcende as expectativas e interesses das partes, antes apresenta-se como inafastável condição para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa, encerrando um interesse de todo o corpo social:

Da idéia individualista das garantias constitucionais-processuais, na ótica exclusiva de direitos subjetivos das partes, passou-se, em épocas mais recentes, ao enfoque das garantias do ‘devido processo legal’ como sendo qualidade do próprio processo, objetivamente considerado, e fator legitimante do exercício da função jurisdicional. Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade, etc, constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de tudo, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefício das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional.⁴

² PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 1999, p. 49.

³ WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO (in *A Filosofia do Direito...*, p. 34) explica que as normas constitucionais que consagram direitos fundamentais têm a natureza de princípios jurídico-positivos.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. *As Nulidades do Processo Penal*. 6a edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 22.

3. DA AMPLITUDE DA PRODUÇÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL

É bem verdade que, ao contrário do Código de Processo Civil que em seus artigos 421, §1º, I e 433, Parágrafo Único, admite expressamente a atuação do assistente técnico, prevendo a apresentação de laudo ou parecer técnico elaborado por perito particular com aptidão probatória, não há no Diploma Processual Penal dispositivo semelhante, sendo omissivo a esse respeito. Mas, é importante registrar que o sistema processual penal brasileiro confere ampla possibilidade de produção de provas, recusando apenas aquelas ilícitas⁵ e as que atentem contra a moralidade. Da leitura dos artigos 155 e 157 do CPP combinados com o artigo 5º, LVI da CF é possível inferir tal constatação, em que se evidencia a primazia do respeito à plenitude de defesa.

Ademais, a observância dos princípios do contraditório, da verdade real e do livre convencimento motivado do juiz levam à admissibilidade da prova material da lavra de peritos particulares. É imperativo atentar que o Diploma Processual Penal não esgotou a matéria relativa às provas admissíveis no processo penal e o intérprete poderá arrimar-se num instrumental probatório mais amplo com vistas a uma justa aplicação da norma processual penal, pugnando pelo regular desenvolvimento do procedimento jurisdicional penal em que a observância do contraditório e, como corolário, da plenitude de defesa, são inafastáveis.

Assim, apesar de ficar evidenciado que o legislador dispensou à matéria probatória em processo penal um tratamento abrangente, não houve exaurimento da matéria. O legislador, inclusive, dispõe no art. 3º do CPP que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

Portanto, ainda que reste evidenciada a proeminência da perícia oficial como meio de prova e de ficar demonstrado que os artigos 155 ao 184 do CPP disciplinam tão somente o procedimento da produção da prova pericial de cunho oficial, quando elaborada por peritos oficiais ou, na ausência deles, por peritos nomeados pelo juiz, tal aferição não nos permite concluir que fica absolutamente afastada do Processo Penal brasileiro a possibilidade de admissão de laudo pericial extra-oficial.

⁵ O termo é aqui empregado em sentido amplo, compreendendo tanto as provas ilícitas *stricto sensu* – produzidas com violação às normas de direito material, como as ilegítimas – aquelas que são formatadas vulnerando normas de direito adjetivo.

Atente-se, porém, que a atuação do perito particular não ocorrerá nos mesmos moldes daquela reservada ao perito oficial por absoluta impossibilidade técnica e imposição lógica, afinal a atividade desenvolvida por esse técnico não fica direta ou mesmo indiretamente sujeita a qualquer tipo de controle ou acompanhamento por parte do órgão jurisdicional.

Mas, nesse diapasão, importa alertar que o trabalho produzido por perito particular do qual resulta laudo técnico a ser submetido à apreciação do órgão julgador deve estar em estrita conformidade com as exigências de produção de prova técnica, angariando, destarte, um inconteste rigor científico para o resultado do exame, com aplicação da metodologia correta e com apresentação de resultados objetivos, sem manipulações ou desvirtuamentos. Esses se apresentam como critérios e requisitos mínimos de validade do laudo resultante da apuração realizada, conferindo a essa perícia plena aptidão probatória em procedimento penal, exigindo-se que seja submetida à análise e apreciação pelo órgão jurisdicional, mas sempre resguardada a livre valoração por parte do juiz.

Portanto, o caráter publicista do processo penal e a não contemplação no diploma processual penal das figuras do perito particular ou do assistente técnico, não podem ser opostos como óbices para sua atuação no processo penal, ainda que em caráter meramente subsidiário. Ressaltando mais uma vez que a prova por ele produzida deverá ser valorada como qualquer uma das provas trazidas aos autos pelas partes.

Mesmo o disposto no artigo 276 do CPP que dispõe no sentido de que “as partes não intervirão na nomeação dos peritos”, não é indicativo de que os peritos particulares estariam impedidos de atuar em procedimento penal, afinal o dispositivo tão somente procura reservar ao juiz, quando não existam os órgãos ou instituições oficiais responsáveis pela realização das perícias na sua jurisdição, exclusiva e irrestrita responsabilidade pela indicação dos chamados “peritos do juízo” ou “peritos não-oficiais”.

Assim, é refutável o entendimento de FERNANDO CAPEZ para quem não se admite em processo penal peritos particulares ou assistentes técnicos⁶, pois, afinal, é imperativo reconhecer que o processo penal não está infenso à permeabilidade de novos paradigmas, ao arejamento de novas formas de interpretação, desde que estejam, evidentemente, em perfeita consonância com os anseios de uma maior agilidade na prestação jurisdicional aliada a um maior compromisso com o respeito aos direitos e garantias individuais e em evidente e incontestante harmonia com os princípios do processo penal.

⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo, Editora Saraiva, 1997. p. 238

Ademais, não podemos perder de vista o fato de que a perícia oficial é quase sempre produzida na fase inquisitorial a que corresponde o Inquérito Policial, onde nessa fase, em regra, as provas são produzidas unilateralmente, sem a participação da defesa, quer seja por absoluta impossibilidade material, em razão de não existir formalmente ainda um indiciado, ou quando já existente, este não constituiu advogado. Outras razões que, tradicionalmente, vem amparando tal perspectiva dos delegados de polícia no sentido de não permitirem qualquer tipo de acesso (ou participação) ao procedimento inquisitorial por parte do indiciado ou de seu representante legal, é a alegativa de que o inquérito é sigiloso, conforme disposto no art. 20 do CPP e, inclusive, argumentam como justificativa para tal vedação o fato de que rigorosamente não há uma acusação formal e, destarte, não se pode falar em violação ao direito de defesa.

Mas, tais argumentos são perfeitamente refutáveis e não se coadunam com o sistema processual penal de cunho garantista, de pleno respeito aos direitos e garantias individuais.⁷ Assim, não seria recomendável restringir a apresentação de quaisquer provas lícitas que a defesa julgue convinável na instrução processual, principalmente prova pericial, na medida em que esta seja pertinente e possa arrimar as alegações da defesa.

Hoje, exige-se cada vez mais do processualista que aponte alternativas e providências que possibilitem dar uma feição mais verdadeiramente democrática e humanista para o Direito Processual Penal Brasileiro. Nessa perspectiva, a admissibilidade do laudo extrajudicial no processo penal está em perfeita consonância com esses novos paradigmas que vem modernizar e conferir uma feição mais verdadeiramente garantista ao nosso sistema processual penal.

4.A EXISTÊNCIA DE UMA ESCALA HIERÁRQUICA DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Outra questão pertinente e envolta ainda numa zona nebulosa e permeada de incoerências e imprecisões é a da existência de uma escala hierárquica das provas no processo penal, pelo menos no plano ideal e de forma manifestamente mitigada.

Nessa seara, também se faz necessário enfocar o âmbito da classificação das provas no processo penal para que seja alcançada uma correta inserção desse

⁷ Apesar da limitação temática deste artigo e de um enfoque restritivo da matéria abordada, é imperativo uma breve incursão nas bases da Teoria Garantista, que teve no italiano LUIGI FERRAJOLI seu principal teórico.

tipo de prova, a prova pericial extrajudicial, no rol classificatório das provas no processo penal.

Muito difundida é a noção de que não existe hierarquia entre as provas, destacando que tal entendimento encontra-se especialmente arrimado no disposto na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal que assim dispõe.

(...) Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecida pela lei civil, salvo quanto ao estado das pessoas; nem é prefixada uma hierarquia de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará honesta e lealmente, a sua convicção (...) Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a qualquer critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. (...)

Mas constata-se, *prima facie*, que o legislador pátrio não se furtou a estabelecer uma certa escala hierárquica das provas no processo penal, ainda que, como já advertido anteriormente, de forma bastante mitigada⁸. Isso fica evidenciado, em relação ao exame de corpo de delito, de modo especial no art. 564, III, *d* do CPP, que prevê a nulidade absoluta de um procedimento penal por ausência dessa prova quando de produção possível.

Destaco, porém, que o exame de corpo de delito produzido por peritos particulares não pode ser admitido para os efeitos do art. 564, III, *d* do CPP. A relevância que o legislador atribuiu a esse tipo de prova pericial, o exame de corpo de delito, quer seja direto ou indireto, inclusive estabelecendo sua ausência como vício formal insanável, não autoriza cogitar que uma perícia de cunho particular supra a falta da prova pericial produzida oficialmente.

Portanto, ainda que no conteúdo o juiz goze de plena liberdade na valoração dessa prova, o tratamento dispensado pelo legislador ao exame de corpo de delito e a previsão de que sua ausência é causa de nulidade do procedimento relativo a crimes que deixam vestígios, conferindo-lhe o *status* de **prova necessária**, é indicativo que esse meio de prova sobrepára sobre os demais em razão de sua importância na comprovação da materialidade do delito e, em alguns casos, da autoria.

⁸ Impõe-se consignar que quando defendemos a tese da existência de uma escala hierárquica de provas no processo penal brasileiro, de forma mitigada e razoavelmente aberta, não estamos remontando ao sistema da prova legal, previamente definido seu valor e sua importância na elaboração da sentença final.

Outra circunstância reveladora ou indicativa de uma discreta hierarquia de cunho legal das provas no processo penal brasileiro, pode ser encontrada por ocasião da leitura atenta do disposto no artigo 230 do CPP. É bem verdade, que ali está presente a preocupação do legislador tanto com a observância do princípio da economia processual como com o resguardo da verdade real e da liberdade de convencimento do juiz, pois caberá ao mesmo apreciar discricionariamente a conveniência de realizar ou não a acareação por precatória. Mas, releva destacar, na medida em que o legislador faculta sua produção, é manifesto que tal prova não angaria para si o teor de relevância e/ou imprescindibilidade que outras provas ostentam no processo penal.

Portanto, sob essa perspectiva, considero que a partir de uma análise mais acurada da matéria é possível constatar que a prova pericial transcende a mera rotulação de prova necessária como apontado praticamente em uníssono pela doutrina, antes apresenta-se como a mais robusta das provas já que, quando isenta de qualquer vício ou irregularidade na sua produção, adquire indelével confiabilidade do órgão judicante.

5. A VALORAÇÃO, PELO JUIZ, DA PROVA PERICIAL PRODUZIDA POR PERITOS PARTICULARES

No sistema processual penal brasileiro vigora o sistema do livre convencimento fundamentado do juiz. Mas essa liberdade do juiz na valoração da prova encontra seu limite na lei ou, mais, precisamente, no sistema processual que à luz de CANARIS compreende tanto os dispositivos normativos como seus princípios informadores, pois é necessário “apurar, por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio juris* determinante”. Melhor explicando, o juiz deve ficar adstrito não só aos dispositivos normativos que regulamentam a matéria como também aos princípios que a informam; e, em matéria probatória, o legislador dispensou um tratamento amplo e especial à prova pericial e foi bastante eloqüente no caráter público a ela atribuído.

Portanto, reitero o entendimento que toma como plenamente defensável a tese que se orienta pela admissibilidade, no processo penal, do exame de corpo de delito ou outra perícia produzida por perito contratado pelo réu ou indicado pelo Ministério Público – ainda que esse último caso seja ainda menos freqüente. Mas, diante desta assertiva, uma indagação se apresenta: admitida essa prova, qual sua inserção na escala valorativa a ser considerada pelo juiz quando da apreciação do correspondente material probatório?

Como já explicitado anteriormente, da leitura dos dispositivos do CPP que tratam da matéria, constata-se que a produção da prova pericial não foi franqueada, pelo legislador pátrio, às partes que atuam no procedimento penal, mas isso não impede que a Defesa ou a Acusação, esta comumente através do Assistente de Acusação, apresentem laudos particulares.

Assim, é perfeitamente possível a apresentação de um laudo particular como meio de prova no processo penal sendo imperativo que o órgão jurisdicional admita que a mesma seja anexada aos autos e, dessa forma, deverá inafastavelmente ser apreciada quando da análise do conjunto das provas carreadas aos autos pelas partes na sustentação de suas teses, por ocasião da formação do convencimento do magistrado.

Ressalte-se que quando afirmo que será valorada como qualquer uma das provas colacionadas aos autos pelas partes, é imperativo que fique registrado que jamais essa prova, embora materialmente identificada como prova pericial, poderá ser equiparada à prova pericial conforme tratamento a ela dispensado pelo CPP em seus artigos 158 a 184. Tratam-se de dois objetos distintos e, portanto, formalmente não podem ser equiparados.

Considero, dessa forma, que a prova consubstanciada em laudo pericial elaborado por peritos particulares deverá, necessariamente, ser qualificada como mais uma prova documental apresentada pelas partes. Assim, embora identificada como uma prova pericial no plano material, jamais poderá ser admitida como tal no plano formal.

São, dessa forma, dois objetos distintos e *stricto sensu* não podem ser equiparados. Enquanto a prova pericial produzida por peritos oficiais ou compromissados, goza de uma presunção de imparcialidade, objetividade e de vinculação ao juízo que lhe angariam uma incontestada idoneidade probatória; a prova pericial produzida por peritos particulares como não é produzida, na maior parte das vezes, com a participação do juiz e como essa perícia resulta de um trabalho feito sob encomenda de uma das partes, não é possível conferir-lhe o atributo de imparcialidade, publicidade e outros caracteres que recaem sobre a perícia oficial.

Scarance assim se manifesta:

Não há no processo penal brasileiro, direito a que as partes produzam prova pericial por meio de assistentes técnicos, como sucede no processo civil. Isso não impede, contudo, a parte, normalmente a defesa, de recorrer a peritos particulares para análise da perícia oficial e emissão de parecer técnico, com o qual poderá instruir as suas alegações finais.

(...)

Mais que isso, acompanhando o parecer técnico a alegação da parte, deve o juiz analisá-lo e confrontá-lo com a perícia oficial, pois passa ele a fundamentar as razões da defesa.⁹

⁹ SCARANCE, Antônio Fernandes. *Processo Penal Constitucional*. 3a ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 82-83.

Ressalte-se, ainda, que o perito, na disciplina do Código de Processo Penal, atua como auxiliar do juiz, estando inclusive, conforme pode ser aferido do conteúdo do Título VII do Livro I do CPP, sujeito à disciplina judiciária.¹⁰ É extensivo aos peritos, importa consignar, o que dispõe o CPP acerca da suspeição dos juízes.

Conclui-se, portanto, que o laudo extrajudicial, no âmbito do processo penal não deve ser tido como irrelevante e dispensável meio de prova, sem aptidão mínima para qualquer efeito jurídico-processual, antes revela-se como importante elemento de prova que, trazido pela defesa na fase instrutória confere legitimidade ao procedimento e resgata a primazia dos postulados de um autêntico Processo Penal democrático, na medida em que não foi criado qualquer embaraço ou restrição à observância plena e irrestrita do contraditório, da ampla defesa, da igualdade processual.

6. BIBLIOGRAFIA

- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo, Editora Saraiva, 1997. p. 238.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. *As Nulidades do Processo Penal*. 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 22.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A Filosofia do Direito aplicada ao Processo Penal*. Atlas p. 34
- SCARANCE, Antônio Fernandes. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 82-83.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 3, 17ª edição, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 222.

¹⁰ Conf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 3, 17ª edição, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 222