

# CABIMENTO DE PERÍCIA EM SEDE DE JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA DE NATUREZA CRIMINAL

Leônidas Ribeiro Scholz e Andre Pires de Andrade Kehdi

Já se afirmou não se prestar a denominada justificação prévia à realização de exame pericial, visto que o Código de Processo Civil, diploma que rege especificamente o instituto, limita-se a dispor: *“a justificação consistirá na inquirição de testemunhas sobre os fatos alegados, sendo facultado ao requerente juntar documentos”* (art. 863 – grifamos).

Esse, o pensamento de **Damásio Evangelista de Jesus** em seu *Código de Processo Penal Anotado*<sup>(1)</sup>. Na mesma linha, autores de peso como **Hélio Tornaghi** (*Curso de Processo Penal*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, v. 2, p. 218), **José Frederico Marques** (*Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 2, p. 294) e **Vicente Greco Filho** (*Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 398) embora não enfrentem diretamente a questão, mencionam, como passível de produção em referida medida preparatória, apenas a *prova testemunhal*.

Insustentável, porém, tal concepção restritiva.

Como é cediço, condenação penal legítima, num Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF), pressupõe, por força da imprescindibilidade do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), a concretude da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CF) e, pois, provas que, licitamente obtidas (art. 5º, LVI, CF), evidenciem, *sem nenhuma dúvida razoável*, a procedência do pedido acusatório. **In dubio pro reo!**

Mas não é só. Nos domínios do processo criminal, é a liberdade, bem jurídico de destacado relevo entre os prioritariamente tutelados pela Lei Fundamental, que está no centro da arena, em jogo, na berlinda. Por isso e por conta da inevitável falibilidade humana, permite-se, a qualquer tempo — inclusive após a morte do condenado —, a revisão dos processos penais findos.

Para que não reine a insegurança jurídica, contudo, só se admite o sacrifício da *coisa julgada* (art. 5º, XXXVI, CF) em hipóteses excepcionais, elencadas no art. 621 do Código de Processo Penal<sup>(2)</sup>:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do

condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.”

Na primeira, basta o confronto entre o que juridicamente se decidiu e a lei ou a reavaliação da prova já existente nos autos. Sustenta-se tratar-se, no ponto, de *revisão imprópria*, posto que mais assemelhada a situação a um *terceiro* exame do mesmo processo (**QUEIJO, Maria Elizabeth**. *Da Revisão Criminal*. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 206/209).

Na segunda e na terceira, por outro lado, há **prova nova**. O reexame do caso, portanto, não se desenvolve apenas à luz dos elementos de convicção recolhidos ao longo da instrução processual; é necessário que o requerente produza e apresente, com o pedido de revisão, ou a prova da falsidade alegada ou da inocência (ou, ainda, do motivo hábil a reduzir a pena).

Nesse caso, a imperiosidade da produção antecipada desses elementos revela-se ainda mais patente ante a aferição de que os tribunais, assim como a doutrina<sup>(3)</sup>, majoritariamente não admitem a produção de provas no curso do próprio pedido revisional (*v.g.*: RT 823/601).

Daí, a redobrada impropriedade do entendimento de que na justificação prévia de índole criminal não se possa produzir prova pericial. Sobretudo, por significar ele, ainda que obliquamente, negar acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CF): suprime, na hipótese de depender a “nova” prova de inocência do sentenciado de comprovação pericial, o *único* meio então disponível para, buscando sua materialização, eventualmente autorizar, depois, o manuseio da Revisão Criminal.

E também por solapar o igualmente fundamental postulado da isonomia (art. 5º, *caput*, CF), na medida em que impõe tratamentos processuais distintos a indivíduos em situações substancialmente idênticas: o condenado cuja inocência comportar demonstração por prova testemunhal poderá valer-se da justificação prévia para perseguir a rescisão da coisa julgada criminal; já aquele que, para tanto, necessitar, fundamentalmente, de prova pericial, não.

Como se vê, não é constitucional, não é justo e não é sequer apenas aparentemente razoável sustentar tal e tão discriminatória vedação.

Afinal, pelas suas características e precisão, *“não raro, a prova pericial é de-*

*cisiva para a elucidação do crime e esclarecimento da verdade”* (**BARROS, Marco Antonio de**. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002, p. 202). É, em verdade, por natureza assaz mais segura do que a testemunhal!

Por essas e outras, pacífica, hoje, a orientação de que o pedido de justificação prévia, desde que não encerre pretensão *imoral* ou *ilegítima*, deve ser deferido (TJSP: 6ª Câmara Criminal, HC 313.941-3, rel. des. **Lustosa Goulart**, j. 25.05.2000, *v.u.*; 3ª Câmara Criminal, Apel. 245.323-3, rel. des. **Walter Guilherme**, j. 18.08.1998, *v.u.*; RT 778/574 etc.).

Não por acaso, pois, preleciona a moderna doutrina que, na medida processual em tela, pode o peticionário *“pretender a inquirição de testemunhas, realização de prova pericial, colheita de documentos, entre outras diligências. Assim, com prova pré-constituída em mãos, poderá ingressar com o pedido revisional, onde não se deve, como regra, produzir prova”* (NUCCI, **Guilherme de Souza**. *Código de Processo Penal Comentado*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 971 – grifamos).

Quanto mais não fosse, especificamente no que concerne à pertinência, em sede de justificação prévia, da produção de prova pericial para fins de futura Revisão Criminal:

*“Justificação judicial - Realização de perícia - Cabível.*

*Não se aplica, na revisão criminal, o previsto no art. 863 do CPC. Ocorre que, em processo penal, diante do princípio da verdade real, não há, em regra, limitação à produção de prova. O limite se estabelece apenas em relação ao estado das pessoas e às provas ilegítimas e ilícitas. Deste modo, entendendo o condenado que a perícia é capaz de demonstrar sua inocência, ou beneficiá-lo de outro modo, não se pode negar a sua produção em pedido de justificação judicial. Até porque, tendo em vista a unânime posição das Cortes, a produção da prova só pode ser feita no 1º Grau. A negativa, como ocorre aqui, impedirá, como declarou o recorrente, a sua defesa e o seu acesso ao Poder Judiciário através de futura ação revisional”* (TJRS, 7ª Câmara Criminal, Apel. 70013657739, rel. des. **Sylvio Baptista Neto**, j. 26.01.2006, *v.u.* – g.n.).

Ou seja: nada como ler, interpretar e aplicar as leis ordinárias em consonância com o texto e o contexto do Pacto Fundamental. ◉

### Notas

- (1) "Perícia. É inadmissível nas justificações (TA-CrimSP, RT 477/383)", 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 340.
- (2) Além da hipótese de nulidade, que pode ser extraída do art. 626 do CPP.
- (3) "Incumbe ao peticionário demonstrar a prova da falsidade, preconstituindo-a ao pedido revisional. A prova não pode ser promovida no próprio processo da revisão"

(AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 296); ver também TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2., p. 366. Em sentido contrário: GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Re-cursos no Processo Penal*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 323 e 325.

**Leônidas Ribeiro Scholz**  
Advogado criminal em São Paulo, sócio-fundador do **IBCCCRIM** e conselheiro do IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa

**Andre Pires de Andrade Kehdi**  
Advogado criminal em São Paulo, especialista em Direito Penal Econômico pela Univ. de Coimbra/**IBCCCRIM** e membro do IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa

## CURSOS E EVENTOS

### SIMPÓSIO CRIMINALIDADE E VIOLÊNCIA: POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE BELO HORIZONTE/MG

**Realizadores:** Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG; Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG; Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais – OAB/MG; Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCCRIM e Instituto de Ciências Penais – ICP.

**Apoio:** Associação dos Magistrados Mineiros - AMAGIS

**Data:** 6, 7 e 8 de Agosto de 2007

**Local:** Auditório da OAB/MG (Rua Albita, 250 – Cruzeiro)

**Inscrições:** A partir do dia 15/07 na OAB/MG - (31) 2102-5915 / 2102-5958 ou na Escola Superior de Advocacia da OAB/MG (31) 2102-8282.

Vagas limitadas.

**Investimento:**

R\$ 50,00 para profissionais de Direito e R\$ 30,00 para estagiários inscritos na OAB/MG e acadêmicos de Direito. Membros das instituições organizadoras deverão verificar os valores junto à secretaria do evento.

**Importante:**

A expedição de certificado está condicionada à frequência mínima de 75%.

### I SEMINÁRIO DE DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO CANOAS/RS

**Promoção:** Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter) Canoas - RS

**Data:** 28 a 30 de agosto de 2007

**Palestrantes confirmados:** Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Derocy Giacomo Cyrillo da Silva, Humberto Ávila, José Diogo Cyrillo da Silva, Leandro Paulsen, Norberto Flach, Pedro Adamy e Rafael Pandolfo.

**Informações:** [www.uniritter.edu.br](http://www.uniritter.edu.br)

**Importante:** 50% de desconto na inscrição para sócios do **IBCCCRIM**

### VI CONGRESSO TRANSDISCIPLINAR DE ESTUDOS CRIMINAIS PORTO ALEGRE/RS

**Apoio:** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCCRIM, Escola Superior de Advocacia da - ESA - OAB/RS, Instituto de Hermeneutica Jurídica – IHJ, Movimento Antiterror e Jornal Estado de Direito

**Realização:** Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS e Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais - ITEC

**Tema:** *Direito Penal Econômico e Nova Criminalidade*

**Data:** Dias 30 e 31 de agosto de 2007

**Local:** Prédio 41, Centro de Eventos da PUC/RS

**Informações:** [www.itecrs.org](http://www.itecrs.org)

### PROGRAMA DE CAPACITAÇÃO DE PROFISSIONAIS DA ÁREA DA SEGURANÇA PÚBLICA – SÃO PAULO/SP

*“Políticas de Segurança Pública, Polícias e Ações de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil”*

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais foi escolhido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio do Projeto de Combate ao Tráfico de Pessoas (TIP), para ministrar o curso *“Políticas de Segurança Pública, Polícias e Ações de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil”*, voltado para a capacitação de profissionais de segurança pública, sobretudo policiais.

Com duração de uma semana e com vagas abertas para 45 participantes, o curso será realizado na sede da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp) entre os dias 27 e 31 de agosto.

As inscrições são gratuitas para policiais e podem ser feitas até o dia 10 de agosto pelo site do IBCCCRIM - [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)

### POSSE DA SEGUNDA COMPOSIÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A Diretoria Executiva do **IBCCCRIM** cumprimenta o dr. **Rui Stoco** por integrar o Conselho Nacional de Justiça.