

## **DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA PERICIAL PRODUZIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SEDE DE INQUÉRITO CIVIL**

*Mauro Roberto Gomes de Mattos*

Tal qual no processo penal, na ação civil pública o Ministério Público é parte na demanda, embora seja entidade vocacionada à defesa da ordem jurídica, representando, em tese, os interesses de toda sociedade, não se pode perder de vista que não atua de forma imparcial justamente por ser autor da ação.

Sendo parte na demanda os seus atos preparatórios realizados no inquérito civil ou no inquérito policial são produzidas de forma unilateral, sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, com a finalidade da formação do seu juízo de convencimento (*opinio delicti*), como já dito anteriormente.

**Assim toda prova produzida pelo Ministério Público no inquérito civil possui validade reativa, e não poderá ser encarada como pericial, quando se tratar de laudo de avaliação ou vistoria e exame, por faltarlhe requisito essencial atribuído pela lei.**

Diz o artigo 420, do CPC:

*“Art. 420. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.*

*Parágrafo único. O juiz indeferirá a perícia quando:*

*I - a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico;*

*II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;*

*III - a verificação for impraticável.”*

Deferida a perícia judicial no processo civil o juiz nomeará o perito, fixando de imediato o prazo para a entrega do laudo, onde as partes podem indicar assistente técnico, apresentar quesito e impugnar os quesitos impertinentes.

Vigora também na perícia a regra do impedimento e da suspeição do *expert* do juízo (art. 423, do CPC).

O objeto da perícia deve ficar claramente definido, quer dizer, deverão indicar os peritos, com a maior clareza, os assuntos sobre os quais terão que investigar e emitir parecer, as questões que terão que apreciar e resolver, após o cumprimento de formalidades legais exigidas pela Lei.

No âmbito da Justiça Criminal, preconiza o artigo 159, do CPP, que a perícia deve ser feita por peritos oficiais que são profissionais de curso superior ingressos no serviço público (Institutos de Criminalística ou Institutos de Medicina Legal) mediante concurso, cuja função específica é fazer perícia.

**Assim sendo, a utilização de laudos ou pareceres emitidos pelo setor criado na estrutura administrativa do Ministério Público serve somente para balizar seus futuros atos pré-processuais ou processuais,**

**não tendo, via de consequencia, como ser equiparado à perícia, isso porque, entende-se por perito oficial aquele investido no cargo por lei, caracterizando-se como auxiliar da Justiça, submetendo-se, inclusive, às mesmas causas de suspeição e impedimento do Magistrado.**

Sobre o que foi dito, Guilherme de Souza Nucci<sup>1</sup> expõe:

*“Perito é o especialista em determinado assunto. Considera-se-o oficial quando é investido na função por lei e não pela nomeação feita pelo juiz. Normalmente, são pessoas que exercem a atividade por profissão e pertencem a órgão especial do Estado, destinado exclusivamente a produzir perícias. Note-se que a lei exige a realização da perícia por um profissional, que é considerado, para todos os efeitos, auxiliar da justiça (art. 275, CPP), submetendo-se às mesmas causas de suspeição dos Magistrados (art. 280, CPP).”*

Assim o apoio técnico especializado utilizado pelo Ministério Público, em sede administrativa, sem autorização ou controle judicial e sem a participação efetiva do acusado, serve de indício da prática do ilícito investigado, não se equiparando ou se confundindo com o valor probatório de uma perícia oficial.

Como parte, o Ministério Público pugna por seus interesses de autor na demanda cível ou penal, sendo relativas as provas que ele produz em sede pré-processual.

---

<sup>1</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 3. ed., São Paulo: RT, 2008, p. 405.

Definido como parte parcial na ação penal, segue a lição de Gustavo Badaró:<sup>2</sup>

*“O Ministério Público, ao exercer a ação penal, formulando uma pretensão consistente em imputar ao acusado a prática de um fato definido como crime, está assumindo a função de parte. Resta saber, porém, se como parte tem um papel parcial ou imparcial.*

*(...)*

*Contudo, a concepção do Ministério Público como parte imparcial é incompatível com o processo penal acusatório. O modelo acusatório exige um processo no qual haja uma dualidade de partes, em igualdade de condições, mas com interesses distintos. Definido o sistema, os sujeitos que nele atuam devem ter a sua função determinada coerentemente com os ditames do modelo processual escolhido. Num processo penal verdadeiramente acusatório, é necessário rever a posição do Ministério Público como parte imparcial.*

*O contraditório, possibilitando o funcionamento de uma estrutura dialética, que se manifesta na potencialidade de indagar e de verificar os contrários, representa um mecanismo eficiente para a busca da verdade. Mais do que uma escolha de política processual, o método dialético é uma garantia epistemológica na pesquisa da verdade. As opiniões contrapostas dos litigantes ampliam os limites do conhecimento do juiz sobre os fatos relevantes para a decisão e diminuem a possibilidade de erros. No processo penal, necessariamente haverá o contraditório, devido à importância dos bens em jogo, pois a solução desse conflito de interesses relevantes exige, sempre, uma decisão oficial e segura, uma vez que a escolha da parte pode ser, e frequentemente é, errada.*

*Contudo, para que o processo acusatório ou processo de partes se desenvolva em toda sua potencialidade, em a dialética processual permitindo uma correta*

---

<sup>2</sup> BADARÓ, Gustavo. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 210/213.

*reconstrução dos fatos, é necessário que no processo atuem partes com interesses antagônicos ou contrapostos. O convencimento judicial é a superação da dúvida, que vem de duo, como duellum, e implica a presença de duas ordens de razões contrapostas (da acusação e da defesa) entre as quais o juiz é chamado a escolher. Para que tal mecanismo dialético funcione corretamente, é necessário que haja partes com interesses contrapostos.”*

Mais a frente, prossegue o citado doutrinador:<sup>3</sup>

*“Conceber o Ministério Público como parte imparcial significa inviabilizar a dialética de partes ou, ao menos, tornar a contraposição entre tese e antítese algo artificial ou meramente formal. No processo acusatório, em que se acentua a relação dialética entre as partes, o Ministério Público deve ser uma parte verdadeira, isto é uma parte parcial.*

*(...)*

*Por tudo isso, não se pode admitir que o Ministério Público seja uma parte ontologicamente imparcial. O Ministério Público no processo penal é parte, e parte interessada. Ao formular a acusação, embora esteja buscando o acerto judicial sobre a ocorrência ou não do fato crime imputado ao acusado, o Ministério Público já se convenceu previamente da culpabilidade e buscará prová-la. Embora para o exercício da ação penal não se exija a certeza da autoria, o representante do Ministério Público, quando acusa, certamente entende que esta é a hipótese mais provável. Mais do que isso, ao oferecer a denúncia, o Promotor acredita que, ao cabo da instrução, conseguirá provar, além de qualquer dúvida razoável, a tese da acusação.*

*Além da inadequação teórica, a tese da imparcialidade do Ministério Público também é*

---

<sup>3</sup> BADARÓ, Gustavo. *op.cit. ant.*, p. 210/213.

*contestada pela prática, que demonstra que o órgão da acusação sempre está empenhado em provar a sua hipótese delitiva, da qual somente abre mão em caso em que se constata a inidoneidade dos elementos de prova que disponha.*

*Isso não significa que, ao longo do iter processual, seja em decorrência das provas produzidas pela defesa, seja mesmo em função do resultado das provas de acusação, o Ministério Público não possa se convencer da inocência do acusado e acabe por pedir sua absolvição. Neste momento poder-se-ia falar em imparcialidade. Mas seria uma imparcialidade eventual e fortuita.*

*(...)*

*Some-se que a conotação de imparcialidade do Ministério Público é uma forma de mascarar a verdadeira conflituosidade não só jurídica, mas também política e social, entre o acusador e o acusado, que é imanente ao processo penal. A alegada 'imparcialidade' do Ministério Público traz como consequência que a posição deste sujeito processual – que não é o julgador – sempre representará a solução justa e correta. Como o acusador nunca buscaria algo ilegal, por ser essencialmente 'desinteressado', quando ele propugnasse pela condenação é porque o acusado realmente seria culpado. Em última análise, o discurso da imparcialidade do Ministério Público tem por finalidade agregar uma maior credibilidade à tese acusatória – porque a acusação, de forma imparcial e desinteressada, concluiu pela culpa do acusado –, em relação à posição defensiva – que postula a absolvição, porque sempre deverá defender o acusado, bradando por sua inocência, ainda que ele seja culpado. A imparcialidade do Ministério Público, em última análise, acabaria por enfraquecer a presunção de inocência.”*

Acerca dos efeitos da verificação da parcialidade do *parquet* na esfera da produção de provas, seguem as considerações de Gustavo Badaró:<sup>4</sup>

*“Ainda no campo probatório, outra conseqüência importante do reconhecimento da parcialidade do Ministério Público no processo penal é quanto ao valor que se poderá dar aos elementos de convicção que foram produzidos diretamente pelo Ministério Público, sem a participação do acusado e sem a presença do juiz. Vem se tornando uma prática cada vez mais freqüente a realização de oitiva de testemunhas nos gabinetes dos promotores de justiça. Num processo penal de modelo acusatório, com partes antagônicas em posição de igualdade, e com iguais direitos à prova, todo ato de investigação conduzido exclusiva e isoladamente pelo Ministério Público deve ser considerado apenas como uma 'atividade de parte', tendo somente o valor de uma reconstrução do fato de um ponto de vista parcial e unilateral. Certamente o resultado de tal investigação será relevante para que o Ministério Público forme sua convicção, principalmente para fins de opinio delicti. Será importante, também, para descoberta de fontes de provas que permitirão a produção de meios de prova sob o contraditório judicial. Contudo, para fins de formação do convencimento judicial, com vistas ao julgamento do processo, esse ato parcial de investigação, produzido na ausência da 'parte contrária' e fora do contraditório não será suficiente para condenação.”*

Examinando a presente matéria, a 5ª Turma do STJ, nos autos do HC n.º 154.093-RJ, sob a Relatoria do Ministro Jorge Mussi, em 9.11.2010, reconheceu a ilicitude do laudo pericial de criptoanálise realizado de forma

---

<sup>4</sup> BADARÓ, Gustavo. *op.cit. ant.*, p. 222/224.

unilateral pelo Ministério Público, determinando o seu desentranhamento dos autos:

*“Habeas Corpus. Crimes contra a ordem tributária, lavagem de dinheiro e quadrilha. Laudo de criptoanálise produzido por profissional ligado ao Ministério Público. Violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como de dispositivos do Código de Processo Penal. Prova Ilícita. Concessão da ordem.*

*1. Entende-se por perito oficial aquele investido no cargo criado por lei, caracterizando-se como auxiliar da justiça e submetendo-se, inclusive, às mesmas causas de suspeição e impedimento do magistrado.*

*2. Na hipótese vertente, conquanto o laudo pericial tenha sido elaborado por servidora pública, verifica-se que ela compunha o quadro de pessoal do Ministério Público Estadual, não atuando em órgão do Estado destinado exclusivamente à produção de perícias.*

*3. Assim, o exame questionado foi realizado, a pedido da Promotoria de Justiça que atua no feito, dentro da própria estrutura do Parquet, por meio do Grupo de Apoio Técnico Especializado, do qual a perita fazia parte, a despeito de qualquer ordem, autorização ou controle judicial.*

*4. O Ministério Público é parte no processo penal, e embora seja entidade vocacionada à defesa da ordem jurídica, representando a sociedade como um todo, não atua de forma imparcial no âmbito penal, de modo que é inconcebível admitir como prova técnica oficial um laudo que emanou exclusivamente de órgão que atua como parte acusadora no processo criminal, sem qualquer tipo de controle judicial ou de participação da defesa, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.*

*5. A corroborar este entendimento, o artigo 276 do Código de Processo Penal é claro ao assentar a impossibilidade de interferência das partes no que diz respeito à indicação do perito.*



6. *O caso dos autos não comporta, ainda, a afirmação de que a perícia seria urgente, o que poderia legitimar a sua realização por técnica vinculada ao órgão de acusação, uma vez que se trata de perícia realizada no curso da ação penal, merecendo destaque o fato de que a agenda apreendida foi entregue à Delegacia de Polícia Fazendária sem que se requeresse ao magistrado responsável pelo feito a efetivação de qualquer exame técnico no documento.*

7. *Registre-se que a denúncia foi ofertada pelo órgão ministerial em 12.11.2007, recebida pelo Juízo em 13.03.2008, sendo que a agenda foi apreendida em poder do paciente em 28.11.2007, e a perícia reputada ilícita realizada em 19.04.2008.*

8. *Não há que se falar, portanto, em contraditório diferido, uma vez que, por óbvio, não se trata de perícia feita durante a fase policial - que sequer ocorreu no caso dos autos, já que a ação penal foi deflagrada a partir de procedimento investigatório conduzido pelo órgão ministerial, tampouco de situação em que haveria urgência diante do risco de desaparecimento dos sinais do crime, ou pela impossibilidade ou dificuldade de conservação do material a ser examinado, pois, como visto, cuida-se de criptoanálise de uma agenda apreendida em poder de um dos acusados já no curso do processo criminal.*

9. *Restam prejudicadas as alegações segundo as quais haveria impedimento da técnica que elaborou o laudo em discussão, que também seria nulo porque realizado por apenas uma perita, uma vez que, conforme já ressaltado, não se tem, no caso vertente, perícia oficial.*

10. *Ordem concedida para reconhecer a ilicitude do laudo pericial de criptoanálise realizado de forma unilateral pelo Ministério Público, determinando-se o seu desentranhamento dos autos.”*

Sendo necessária a perícia na fase indiciária, deverá ser requerida no curso do processo, respeitadas as garantias constitucionais das partes. Quando realizada no inquérito penal, como prova antecipada de natureza

cautelar, somente se justificará quando presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.<sup>5</sup>

O inquérito civil, apesar de sofrer menos rigorismo do que o inquérito penal quando o assunto for a realização de prova pericial, a prova técnica produzida pelo órgão que atua como parte acusadora na ação civil pública, será produzida como forma de caracterizar indícios da prática do ato ilícito (improbidade) não se afigurando como prova de valor absoluto.

Ela para ter valor de juízo condenatório deverá ser produzida perante o Poder Judiciário, na forma da lei e respeitando todas as garantias do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa.

Pertencendo ao rol das alegações indiciárias contra os agentes públicos investigados, essas provas produzidas pelo Ministério Público por seus órgãos administrativos não servem para formar um juízo condenatório,<sup>6</sup> pela necessidade dela ser produzida novamente sob a chancela do Poder Judiciário.

---

<sup>5</sup> “Mas, se a perícia não for necessária na fase indiciária, porque inexistente perigo de que desapareçam os sinais do crime ou de que se dispersem outros elementos probatórios, ou porque não servirá ela para justificar a instauração do processo, deve ser realizada na fase processual, mediante contraditório prévio e participação do juiz. A perícia no inquérito é prova antecipada, de natureza cautelar, e só se justificará quando presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.” (GRINOVER, Ada Pelegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarence. *As Nulidades do Processo Penal*. 11. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 145).

<sup>6</sup> “Las simples alegaciones procesales no bastan para proporcionar al órgano jurisdiccional el instrumento que este necesita para la emisión de su fallo. El juez, al sentenciar, tiene que contar con datos lógicos que inspirem el sentido de su decisión, pero no con cualquier clase de datos de este carácter, sino solo con aquellos que sean, o por lo menos parezcan convincentes, respecto de su exactitud y certeza. Haber, pues una actividad complementaria a la puramente alegatoria dirigida a proporcionar tal convencimiento, actividad que, junto con la anterior, integra la instrucción procesal en el proceso de cognición y que es, precisamente, la prueba.” (FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la Prueba*. T. 1, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 106).

Possuindo valor relativo, a prova produzida pelo Ministério Público no inquérito civil, não serve para demonstrar a existência ou inexistência de um direito, a verdade ou falsidade de uma afirmação. **Falta-lhe certeza. Como o ônus da prova é de quem alega e não possuindo os laudos ou pareceres do Ministério Público valor de prova pericial, deverão ser ratificados pelo autor da ação, perante o Poder Judiciário, com a participação efetiva do Réu.**

Isso porque, **nosso ordenamento constitucional consagrou o sistema inglês de jurisdição única, significando que, o controle jurisdicional dos atos administrativos é feito perante juízes e tribunais dotados de competência para análise dos litígios em geral.**

Sendo que a regra geral que trata da distribuição do ônus da prova segue o que vem estipulado no art. 333, do Código de Processo Civil, assim redigido:

*“Art. 333. O ônus da prova incumbe:*

*I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;*

*II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*

*Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:*

*I - recair sobre direito indisponível da parte;*

*II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”*

Ao judicializar a sua investigação realizada através do inquérito civil, compete ao Ministério Público demonstrar a plausibilidade jurídica das provas que produziu.

Desde a doutrina de Chiovenda, é atribuído ao autor da demanda o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu o ônus da prova dos fatos extintivos, modificativos do direito apontado pelo autor. Esta regra, contudo, vem sendo flexibilizada em determinadas situações excepcionais, nos quais se pugna pela inversão do ônus da prova, tal qual ocorre, no direito do consumidor, por incidência do art. 6º do CDC.

**Na Ação Civil Pública de uma maneira geral não há inversão do ônus da prova, eis que obrigatoriamente deve ser produzida pela parte autora da demanda. Sendo produzida na fase pré-processual através do inquérito civil público, o Ministério Público possui o dever de convalidá-la na esfera judicial.**

Exatamente sobre essa necessidade da parte autora provar o que alega, através da produção de provas, Francesco Carnelutti, expõe:

*“El criterio que nuestra ley adopta para distinguir a cual de las partes incumbe la carga de la prueba de una afirmación, descansa en el interes en cuanto a la afirmación misma. La carga de probar recae sobre quien tine el interés de afirmar; por tanto quien propone la pretensión tiene la carga de probar los hechos constitutivos a las condiciones impositivas o modificativas.”*

**A carga da prova é o ônus que tem que suportar a parte autora do direito afirmado.**

No caso do **Ministério Público, apesar de seus atos administrativos possuírem presunção de legitimidade , quando expostos ou impugnados em juízo, perdem tal validade.**

É o que fala Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>7</sup> quando chama atenção de que “salvo expressa disposição legal, dita presunção só existem até serem questionados em juízo.”

Lucia Valle Figueiredo<sup>8</sup> acrescenta que a presunção de legitimidade deve ser afastada também quando contestados administrativamente.

Diógenes Gasparini<sup>9</sup> afirma que a presunção de legitimidade poupa a Administração de provar a veracidade ou legalidade de seus atos, **“salvo quando contestado na esfera judicial, administrativa ou perante ao Tribunal de Contas.”** (g.n.)

Por fim, averbe-se o posicionamento de Durval Carneiro Neto,<sup>10</sup> autor de monografia sobre o tema citado:

**“i) nas situações previstas em lei (em que não há perigo iminente), a presunção de legitimidade não mais produz efeitos quando o ato é impugnado**

---

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 369/370.

<sup>8</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, 171/172.

<sup>9</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 73.

<sup>10</sup> CARNEIRO NETO, Durval. *Processo, Jurisdição e Ônus da Prova no Direito Administrativo. Um estudo crítico sobre o dogma da presunção de Legitimidade*. Salvador: Jus Podium, 2008, p.

***administrativamente ou judicialmente.** Porquanto, cabe à Administração, nesses casos, demonstrar haver adotado um adequado processo de formação de seus atos, com todos os mecanismos de registro de provas de que razoavelmente dispunha para assegurar uma boa percepção fática pelo agente administrativo e garantir a ampla defesa pelo administrado. Tal acontece, v.g., com os atos praticados em processos licitatórios ou nos rotineiros processos de fiscalização de polícia.”*

Portanto, as provas carreadas à ação civil pública, produzidas no inquérito civil, incluindo laudos, pareceres, estudos de avaliação patrimonial ou renda recebida pelo investigado, quando não protegidas pelo sigilo de dados, possuem presunção relativa de legitimidade, eis que devem ser judicializadas.

**Não judicializada a prova, a mesma perde o seu caráter de prova, porquanto funciona como instrumento indiciário, na análise do Ministério Público, capaz de demonstrar se há ou não justa causa para a persecução estatal manifestada através da ação civil pública.**

**Sem a ratificação perante o expert do perito oficial do Magistrado, não há como dar suporte a um juízo condenatório.**

Rio de Janeiro, 6 de junho de 2014.

**MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS**