



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO PROFISSIONAL EM SEGURANÇA PÚBLICA,
JUSTIÇA E CIDADANIA

ADILSON CARVALHO SILVA

CRIMINALÍSTICA EM PERSPECTIVA AUTOCRÍTICA:
AVALIAÇÃO DE PERITOS CRIMINAIS FEDERAIS QUE ATUARAM
NO CASO *MENSALÃO* SOBRE A ADMISSIBILIDADE DA PROVA
CONTÁBIL-FINANCEIRA NA AÇÃO PENAL 470

Salvador, BA
2017

ADILSON CARVALHO SILVA

**CRIMINALÍSTICA EM PERSPECTIVA AUTOCRÍTICA:
AVALIAÇÃO DE PERITOS CRIMINAIS FEDERAIS QUE ATUARAM
NO CASO *MENSALÃO* SOBRE A ADMISSIBILIDADE DA PROVA
CONTÁBIL-FINANCEIRA NA AÇÃO PENAL 470**

Dissertação apresentada ao Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania, da Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do título de Mestre em Segurança Pública.

Orientador: Prof. Dr. Riccardo Cappi.

Área de Concentração: Segurança Pública.
Linha de Pesquisa: Direitos Humanos e Cidadania.

Salvador, BA
2017

S586

Silva, Adilson Carvalho,

Criminalística em perspectiva autoocrítica: avaliação de peritos criminais federais que atuaram no caso mensalão sobre a admissibilidade da prova contábil-financeira na ação penal 470 / por Adilson Carvalho Silva. – 2017. 231 f.

Orientador: Prof. Dr. Riccardo Cappi.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2017.

1. Criminalística. 2. Admissibilidade da prova (Direito). 3. Ação penal pública. I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 364

ADILSON CARVALHO SILVA

**CRIMINALÍSTICA EM PERSPECTIVA AUTOCRÍTICA:
AVALIAÇÃO DE PERITOS CRIMINAIS FEDERAIS QUE ATUARAM
NO CASO *MENSALÃO* SOBRE A ADMISSIBILIDADE DA PROVA
CONTÁBIL-FINANCEIRA NA AÇÃO PENAL 470**

BANCA EXAMINADORA

Riccardo Cappi - Orientador

Doutor em Criminologia pela Université Catholique de Louvain - Bélgica

Universidade Estadual de Feira de Santana – Bahia

Thaís Bandeira Oliveira Passos – Convidada

Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Universidade Federal da Bahia

Elmir Duclerc Ramalho Júnior – Convidado

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá

Universidade Federal da Bahia

Dedico essa obra a meus amados pais, Antonio e Noélia, que, com amor e sabedoria, sempre se dedicaram à educação e à formação moral dos filhos. A vocês, com carinho, minha eterna gratidão.

AGRADECIMENTOS

A Deus, porque *tudo é do Pai, toda honra e toda glória*, sendo, portanto, *Dele a vitória alcançada em minha vida*.

A Andreia, minha linda e amada esposa, por sua presença constante e definitiva, apaixonante e companheira.

Aos nossos filhos (Guilherme e Maria Luísa), pelo novo e maravilhoso sentido que eles trouxeram pra nossas vidas.

A todos os familiares e amigos, pela compreensão e pelo incentivo persistentes, mesmo diante das minhas ausências.

Aos professores, por tantas e tão qualificadas lições sempre transmitidas com sabedoria, disposição e compromisso.

Ao meu Orientador (Professor Riccardo Cappi), que, com generosidade, competência, disposição e paciência, além de conhecimento, fez questão de me transmitir *força e coragem!*

Aos queridíssimos colegas do Mestrado, pela oportunidade de convívio harmonioso, pelo esforço coletivo tão honrosamente empreendido e pela amizade fraterna que agora nos une.

À coordenação e a todos os servidores do Programa de Estudos, Pesquisas e Formação em Políticas e Gestão de Segurança Pública – PROGESP/UFBA, pela firmeza do compromisso com a cidadania e com a educação para a paz.

Aos meus colegas Policiais Federais do Brasil, pelo compromisso com uma Nação mais justa, livre e fraterna.

Aos Peritos Criminais Federais entrevistados, pela solicitude e boa vontade em compartilhar suas experiências e percepções acerca do objeto da pesquisa.

A todos, em fim, que, direta ou indiretamente, atuam no sentido de promover Segurança Pública, Justiça e Cidadania.

Nenhuma sociedade que esquece a arte de questionar pode esperar encontrar respostas para os problemas que a afligem.

Zygmunt Bauman

CARVALHO SILVA, Adilson. Criminalística em perspectiva autocrítica: avaliação de peritos criminais federais que atuaram no *Caso Mensalão* sobre a admissibilidade da prova contábil-financeira na ação penal 470. 2017. 231 fls. Dissertação (Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

RESUMO

Esse trabalho buscou oferecer uma compreensão teórica sobre admissibilidade da prova técnico-científica e sobre a própria atividade de Criminalística no Sistema Brasileiro de Persecução Penal. O campo empírico dessa pesquisa foi inicialmente delimitado por oito decisões do Supremo Tribunal Federal que, proferidas no curso da Ação Penal 470, solucionaram diversas controvérsias envolvendo o procedimento probatório contábil-financeiro. Com base na análise de conteúdo dessas decisões, o estudo se desenvolveu para além da revisão bibliográfica, contemplando entrevistas semidiretivas nas quais peritos criminais federais que atuaram no chamado *Caso Mensalão* puderam manifestar avaliações críticas relativas às referidas controvérsias e suas respectivas soluções, tais como concebidas pela Suprema Corte. Numa abordagem tipicamente jurídico-criminológica, ao pressuposto da crescente importância da prova técnico-científica para uma persecução penal garantista, optou-se pela utilização da “teoria fundamentada nos dados” (*Grounded Theory*, de Glaser e Strauss), não apenas como procedimento de análise indutiva de materiais empíricos, mas também como modelo de construção teórica enraizada nas manifestações qualitativas que foram colhidas no decorrer da pesquisa. Transcendendo ao problema inicialmente proposto, essa abordagem exploratória fez emergir categorias conceituais com elevado grau de abrangência, densidade e abstração, em função das quais restou evidente que, a depender do arranjo institucional em que estiver estabelecida, a atividade de Criminalística pode voltar-se tanto à promoção do exercício autoritário da pretensão punitiva estatal, como à garantia de equilíbrio entre a prerrogativa de punir e o direito à liberdade.

Palavras-chave: Criminalística. Admissibilidade. Prova Técnico-Científica. Perícia Criminal. Perícia Contábil-Financeira. Ação Penal 470. Caso Mensalão. Teoria Fundamentada nos Dados.

CARVALHO SILVA, Adilson. Criminology in self-critical perspective: evaluation of federal criminal experts who participated in the Mensalão Case on the admissibility of accounting-financial evidence in Criminal Action 470. 2017. 231 fl. Dissertation (Professional Master in Public Security, Justice and Citizenship) - Faculty of Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2017

ABSTRACT

This work sought to offer a theoretical understanding about admissibility of the technical-scientific evidence and about the Criminalistics activity itself in the Brazilian Criminal Justice System. The empirical field of this research was initially delimited by eight Federal Supreme Court decisions that, in the course of Criminal Action 470, resolved several controversies involving the accounting-financial probative procedure. Based on the content analysis of these decisions, the study developed beyond the bibliographic review, including semi-structured interviews in which federal criminal experts who worked in the so-called Mensalão Case were able to express critical evaluations regarding the aforementioned controversies and their respective solutions, as conceived by Supreme Court. In a typically juridical-criminological approach, assuming the growing importance of the technical-scientific evidence for criminal guaranteeism, it was decided to use Glaser and Strauss' Grounded Theory, not only as a tool for inductive analysis of empirical materials, but also as a model of theoretical construction rooted in the qualitative manifestations collected during the course of the research. Transcending the problem initially proposed, this exploratory approach has devised conceptual categories with high degrees of comprehensiveness, density and abstraction, according to which it has become evident that, depending on the institutional arrangement in which it is established, the Criminalistics activity can support both authoritarian practices in the statal punitive power, and the balance between this power and the right to liberty.

Keywords: Criminalistics. Admissibility. Technical-Scientific Evidence. Criminal Expertise. Accounting-Financial Expertise. Criminal Action 470. Mensalão Case. Grounded Theory.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AI	Agravo de Instrumento
Art	Artigo de lei
CF/88	Constituição Federal de 1988
CPPB	Código de Processo Penal Brasileiro
CGU	Controladoria-Geral da União
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CPI	Comissão parlamentar de Inquérito
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
INC	Instituto Nacional de Criminalística
NAS	<i>National Academy of Sciences</i>
NUTEC	Núcleo Técnico-Científico da Polícia Federal
REsp	Recurso Especial
SETEC	Setor Técnico-Científico da Polícia Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União
TFD	Teoria Fundamentada em Dados
UTEC	Unidade Técnico-Científica da Polícia Federal

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura	1	Estrutura Orgânica e Processual do Sistema de Justiça Criminal Brasileiro	71
Tabela	1	Médias aritméticas do grau de relevância das provas criminais	84
Tabela	2	Agenda das entrevistas realizadas.	104
Tabela	3	Códigos abertos referentes à categoria analítica denominada <i>Suficiência da prova pericial produzida na primeira fase da persecução penal</i>	109
Tabela	4	Códigos axiais referentes à categoria analítica denominada <i>Suficiência da prova pericial produzida na primeira fase da persecução penal</i>	111
Tabela	5	Sínteses dos campos empíricos explorados no âmbito dessa pesquisa.	112
Tabela	6	Relação de laudos resultantes de procedimentos periciais de natureza contábil-financeira, produzidos no curso da investigação criminal do chamado Caso Mensalão.	113
Tabela	7	Relação de laudos resultantes de procedimentos periciais de natureza contábil-financeira, realizados na instrução processual da Ação Penal 470.	115
Tabela	8	Códigos axiais relativos à Suficiência da prova contábil-financeira produzida na investigação criminal.	117
Tabela	9	Códigos axiais relativos ao contraditório e à ampla defesa na prova técnico-científica.	119
Tabela	10	Códigos axiais relativos à imparcialidade do perito criminal oficial.	122
Tabela	11	Códigos axiais relativos ao confronto oral entre as partes e o perito criminal na audiência de instrução.	124
Tabela	12	Códigos axiais relativos à formação/habilitação do perito criminal.	128
Tabela	13	Códigos axiais relativos à aceitação da comunidade técnico-científica - órgãos externos de controle administrativo.	132
Tabela	14	Códigos axiais relativos aos assistentes técnicos das partes.	133
Tabela	15	Códigos axiais relativos à dimensão política da Ação Penal 470.	136
Tabela	16	Códigos axiais relativos ao impacto da ação penal 470 na atividade institucional de criminalística - Aspecto técnico-científico.	138
Tabela	17	Códigos axiais relativos ao impacto da ação penal 470 na atividade institucional de Criminalística - Aspecto jurídico-processual.	139
Tabela	18	Códigos axiais relativos à atividade de Criminalística e o ideal de Justiça na Ação Penal 470.	140

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	ORIENTAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS ACERCA DO OBJETO DE PESQUISA	19
2.1	CONCEITO DE CRIMINALÍSTICA	19
2.2	CRIMINALÍSTICA E CRIMINOLOGIA	23
2.3	CRIMINALÍSTICA E DIREITO	27
3	CRIMINALÍSTICA NO SISTEMA JURÍDICO-PROCESSUAL-PENAL BRASILEIRO ...	36
3.1	NORMAS GERAIS DE PERÍCIA CRIMINAL	36
3.1.1	Indispensabilidade do exame de corpo de delito	37
3.1.2	Oficialidade e autonomia do serviço de Criminalística	39
3.1.3	Procedimento de produção da prova pericial criminal	40
3.1.4	Laudo pericial	41
3.2	PROVA PERICIAL CRIMINAL E GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS.....	41
3.2.1	Devido processo legal	43
3.2.2	Presunção de inocência	45
3.2.3	Contraditório e ampla defesa	46
3.2.3.1	Formulação de quesitos	49
3.2.3.2	Indicação de assistentes técnicos	51
3.2.3.3	Oitiva de peritos em audiência	53
3.2.3.4	Acesso ao material que serviu de base ao exame pericial	54
3.2.4	Motivação das decisões judiciais	55
3.2.5	Inadmissibilidade das provas ilícitas	58
3.2.6	Efetividade da persecução penal	59
3.3	ATIVIDADE DE CRIMINALÍSTICA NA PERSECUÇÃO PENAL	68
3.3.1	Fases da Persecução Penal Brasileira	69
3.3.2	Perícia Criminal na fase inquisitiva	74
3.3.3	Perícia Criminal na fase acusatória	79
4	ADMISSIBILIDADE DA PROVA PERICIAL CRIMINAL	83
4.1	ATIPICIDADE DA PROVA PERICIAL	86
4.2	PROCEDIMENTO PROBATÓRIO PERICIAL.....	87
4.3	ADMISSIBILIDADE (E ASSUNÇÃO) DA PROVA PERICIAL	88
4.4	CRITÉRIOS DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA PERICIAL CRIMINAL	92
4.4.1	Crítério jurídico-processual	93
4.4.2	Crítério Técnico-científico	94
4.5	ADMISSIBILIDADE DA PROVA TÉCNICO-CIENTÍFICA NO SISTEMA BRASILEIRO.....	99

5	ORIENTAÇÕES METODOLÓGICAS	101
5.1	DELIMITAÇÃO DO CAMPO EMPÍRICO DE PESQUISA	101
5.2	COLETA DE DADOS	102
5.2	APLICAÇÃO DA TEORIA FUNDAMENTADA NOS DADOS – TFD	106
6	ADMISSIBILIDADE DA PROVA CONTÁBIL-FINANCEIRA NA AÇÃO PENAL 470 ..	113
6.1	SUFICIÊNCIA DA PROVA PERICIAL PRODUZIDA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	116
6.2	CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NA FORMAÇÃO DA PROVA PERICIAL	118
6.3	IMPARCIALIDADE DO PERITO CRIMINAL OFICIAL	121
6.4	CONFRONTO ORAL ENTRE AS PARTE E O PERITO CRIMINAL EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO	124
6.5	FORMAÇÃO/HABILITAÇÃO DO PERITO CRIMINAL	126
6.6	ACEITAÇÃO DA COMUNIDADE TÉCNICO-CIENTÍFICA – ÓRGÃOS DE CONTROLE ADMINISTRATIVO	130
6.7	ASSISTENTES TÉCNICOS DAS PARTES	133
7	RELEVÂNCIA DA AÇÃO PENAL 470 PARA A CRIMINALÍSTICA FEDERAL	136
7.1	DIMENSÃO POLÍTICA DA AÇÃO PENAL 470.....	136
7.2	IMPACTO DA AÇÃO PENAL 470 NA ATIVIDADE INSTITUCIONAL DE CRIMINALÍSTICA	137
7.2.1	Aspecto técnico-científico	138
7.2.2	Aspecto jurídico-processual	139
7.3	ATIVIDADE DE CRIMINALÍSTICA E O IDEAL DE JUSTIÇA NA AÇÃO PENAL 470.....	140
8	CONSIDERAÇÕES FINAIS	143
	REFERÊNCIAS	148
	APÊNDICE A – Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.....	152
	ANEXO A – Decisão do STF referente à realização de novas perícias e repetição de perícias realizadas durante a investigação criminal.....	153
	ANEXO B – Decisão do STF referente à repetição de perícias por peritos criminais federais diversos daqueles que haviam funcionado na investigação criminal	178
	ANEXO C – Decisões do STF (3) referentes à oitiva de peritos em audiência de instrução.....	187
	ANEXO D – Decisão do STF referente formação/habilitação do perito criminal.....	194
	ANEXO E – Decisão do STF sobre divergência entre a conclusão da perícia criminal e conclusão de acórdão do TCU sobre a mesma matéria.....	230

1. INTRODUÇÃO

A temática em consideração alcança um dos mais emblemáticos capítulos da História recente do País, que foi o julgamento da Ação Penal 470.

Trata-se, afinal, da maior ação penal julgada pelo Supremo Tribunal Federal em todos os tempos, cujos números servem para dar uma ideia do nível de complexidade do caso. Até a conclusão do julgamento, foram dois anos de inquérito judicial e cinco anos de processo criminal, envolvendo: a) quarenta denunciados, trinta e oito julgados, vinte e cinco condenados e doze absolvidos; b) cinco partidos políticos, três ex-ministros e onze parlamentares; c) trinta e três bancas de advogados no patrocínio da causa; e) mais de cinquenta mil páginas de autos e um acórdão final de mais de oito mil páginas; f) cinquenta e três seções de julgamento, perfazendo duzentas e quatro horas distribuídas ao longo de quatro meses e meio, além de g) cerca de quinhentos jornalistas brasileiros e estrangeiros dando ampla cobertura jornalística ao caso.

Envolvendo condutas atribuídas a empresários (publicitários, banqueiros) e agentes políticos de projeção nacional (parlamentares, ex-ministros, presidentes e tesoureiros de partidos), o chamado *Caso Mensalão* pressupunha a ocorrência de sofisticadas operações financeiras sobre as quais recaiam suspeitas de prática de corrupção, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta e evasão de divisas, entre outros crimes, surgindo daí uma expressiva demanda por provas técnico-científicas de natureza contábil-financeira.

Nesse sentido, aos números acima apresentados, devem ser adicionados e considerados mais vinte e cinco laudos periciais contábeis-financeiros, produzidos por vinte e um peritos criminais federais destacados para o caso.

Na Ação Penal 470, a atividade de Criminalística ganhou, assim, uma importância tão grande, que ela própria passou a ser problematizada ao longo do julgamento. Com as atenções dos atores processuais voltadas (em grande medida) para o conteúdo das conclusões técnico-científicas produzidas pelos peritos criminais federais, a consequência não poderia ser outra: diversas controvérsias foram estabelecidas em torno dos procedimentos probatórios periciais desenvolvidos no Caso Mensalão.

A bem dizer, a Ação Penal 470 promoveu o julgamento não apenas dos que nela foram denunciados, mas também da própria atividade de Criminalística, tal como exercida no sistema persecutório brasileiro.

Nestas condições, cumpre reconhecer que, no curso daquele processo penal, a atividade de Criminalística revelou uma grande capacidade de promover tensão entre garantias individuais fundamentais e efetividade da aplicação da lei penal, merecendo, pois, atenção e reflexão crítica que se pretende fazer por meio dessa pesquisa.

Cumpre destacar que, no caso da Ação Penal 470, essa tensão gerada pela atividade de Criminalística foi mediada pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, que, naquele caso, funcionou como Tribunal Penal, assumindo, pois, a responsabilidade tanto pela investigação criminal como pela instrução processual penal.

Foi, portanto, o próprio Supremo Tribunal Federal que teve de decidir sobre a admissibilidade das provas que serviram ao esclarecimento daqueles tão complexos fatos postos, num primeiro momento, em apuração e, depois, em julgamento.

Criou-se, assim, a oportunidade para constituição de uma qualificada jurisprudência acerca de aspectos cruciais do procedimento probatório pericial criminal, potencialmente, capaz de revelar uma ordem legitimadora da, assim denominada, atividade de Criminalística.

Importante esclarecer que, em regra, no âmbito das persecuções penais, as questões controvertidas envolvendo a prova pericial não costumam ser geradas, processadas nem decididas perante o Supremo Tribunal Federal. Como órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, o Supremo Tribunal Federal tem natural vocação para funcionar como corte constitucional ou revisora de decisões de instâncias inferiores, mas não propriamente para condução de investigação criminal ou de instrução processual penal, como ocorreu no caso da Ação Penal 470.

Firmada, no entanto, a competência do Supremo Tribunal Federal para a investigação, processamento e julgamento dos fatos relacionados ao chamado *Mensalão Petista*, diante da complexidade material do caso e da necessidade premente de produção de prova pericial criminal, surgiu, então, a oportunidade para que as controvérsias típicas dessa modalidade probatória fossem solucionadas pela mais alta corte judicial brasileira.

Valendo-se, portanto, das reflexões potencializadas em tais controvérsias, essa pesquisa foi desenvolvida com o objetivo de avaliar os requisitos de validade do procedimento probatório técnico-científico.

Registre-se, a propósito, que, no Brasil, ainda existe uma carência muito grande de produção doutrinária acerca dessa temática. Diferentemente do que se nota em outros

sistemas, por aqui, a atividade de Criminalística não costuma ser problematizada na perspectiva de validade (ou mesmo da legitimidade) de seu procedimento.

Dessa forma, pretende-se também que essa pesquisa envolvendo a atividade probatória técnico-científica produzida no âmbito do Caso Mensalão possa, afinal, constituir uma efetiva contribuição para o desenvolvimento teórico e institucional da atividade de Criminalística desenvolvida na persecução penal brasileira.

Naturalmente, um desafio dessa magnitude implica na necessidade de aproveitar a experiência e a capacidade crítica dos atores que protagonizaram aquele momento histórico e que, portanto, a partir de suas próprias percepções, podem oferecer elementos consistentes para construção de categorias conceituais ou institucionais relevantes.

Não por outro motivo, o questionamento de partida foi elaborado nos seguintes termos:

- Como os Peritos Criminais Federais que atuaram no Caso Mensalão avaliam as controvérsias estabelecidas no curso da Ação Penal 470, referentes à admissibilidade da prova pericial contábil-financeira?

Em busca da resposta para essa questão de partida, a pesquisa ora apresentada pode ser compreendida como uma autêntica análise jurídico-criminológica da atividade de Criminalística, tendo como referência básica o olhar crítico de Peritos Criminais Federais que atuaram no caso da Ação Penal 470.

A importância dessa análise se revela diante de duas circunstâncias cruciais. A primeira diz respeito à crescente complexidade das relações humanas hoje fortemente influenciadas pela inovações tecnológicas e científicas¹. A segunda, que decorre da primeira, compreende a necessidade cada vez maior de prova técnico-científica para compreensão de fatos desencadeadores de persecução penal.

Cabe, portanto, uma reflexão crítica acerca da validade e da legitimidade da própria atividade de Criminalística, tal como concebida e desenvolvida nos mais diversos sistemas penais existentes, ainda mais naqueles assumidamente democráticos e, portanto, em algum nível, comprometidos com o respeito à dignidade da pessoa humana.

¹ Morin (2008) afirma que diante dos problemas complexos que as sociedades contemporâneas hoje enfrentam, apenas estudos de caráter inter-poli-transdisciplinar poderiam resultar em análises satisfatórias de tais complexidades.

Em particular, a pesquisa ora apresentada propõe que essa reflexão crítica seja desenvolvida a partir de controvérsias verificadas numa persecução penal de grande repercussão, em que a atividade de Criminalística foi, em si própria, intensamente problematizada.

Para tanto, a metodologia empreendida envolveu:

- a) Pesquisa bibliográfica, por meio da qual se buscou compreender o tema em suas dimensões criminológicas e jurídicas;
- b) Pesquisa documental², por meio da qual se buscou estabelecer os limites das controvérsias sobre os procedimentos probatórios periciais desenvolvidos no âmbito do Caso Mensalão;
- c) Entrevistas semidiretivas, por meio das quais se buscou colher a opinião de peritos criminais federais que atuaram no caso sobre o tema da pesquisa;
- d) Teoria Fundamentada nos Dados, por meio da qual se buscou analisar os dados coletados e elaborar uma autêntica construção teórica com vistas ao aprimoramento doutrinário e institucional da atividade de Criminalística.

Refletindo essa orientação metodológica, este relato encontra-se estruturado em sete capítulos, sendo esse o primeiro deles.

No segundo, encontram-se definidas breves orientações epistemológicas sobre o objeto de pesquisa, incluindo o conceito de Criminalística e sua relação com a Criminologia e o Direito.

O terceiro capítulo adentra na relação entre Criminalística e Direito, agora, numa perspectiva dogmática, explorando aspectos definidores da dinâmica da atividade dentro do Sistema Jurídico-Processual-Penal Brasileiro.

Por sua vez, o quarto capítulo compreende uma reflexão sobre *admissibilidade da prova pericial criminal*, sem o que não se poderia compreender a natureza das controvérsias estabelecidas na Ação Penal 470 acerca do procedimento probatório contábil-financeiro.

No quinto capítulo, a metodologia acima anunciada é descrita em maiores detalhes, de modo a favorecer o controle de validade das conclusões ao final apresentadas.

O sexto capítulo foi reservado às análises dos dados que foram coletados nas entrevistas semidiretivas e que, pretensamente, revelam a opinião qualitativa dos peritos

² Empreendida sobre as decisões judiciais e sobre os laudos periciais contábeis-financeiros.

criminais federais entrevistados acerca da admissibilidade da prova pericial contábil-financeira na Ação Penal 470.

No sexto capítulo, tem prosseguimento a análise de dados coletados nas entrevistas, mas, desta feita, não mais com a intenção de discutir aspectos imediatos do campo empírico de pesquisa, mas sim de revelar referenciais cognitivos, crenças e percepções individuais mais profundas, ou mesmo de possibilitar uma avaliação acerca da pertinência da própria pesquisa.

Em sede de conclusão, anuncia-se a constituição de uma autêntica orientação teórica, derivada da articulação entre diversas categorias conceituais, validada pelo conjunto de dados empíricos observados, sugerindo-se, afinal, não apenas novas hipóteses teóricas acerca do objeto de investigação, mas também algumas propostas de aprimoramento do arranjo institucional que hoje vincula a atividade de Criminalística no Brasil.

2 ORIENTAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS ACERCA DO OBJETO DE PESQUISA

Tratando-se, conforme anunciado, de uma abordagem jurídico-criminológica da atividade de Criminalística, de início, cumpre empreender esforços no sentido de revelar esse contexto epistêmico no qual a pesquisa foi desenvolvida.

Refletindo acerca da relação existente entre Criminalística, Criminologia e Direito, o que se busca é descrever o contexto no qual se coloca o problema de pesquisa, além de reunir elementos capazes de evidenciar a pertinência da metodologia adotada.

Assim, ao pressuposto de que o tema em debate implica necessariamente em reflexões criminológicas e jurídicas, uma vez estabelecido o conceito de Criminalística, há de se questionar como essa atividade se relaciona com a Criminologia e com Direito.

2.1 CONCEITO DE CRIMINALÍSTICA

Normalmente concebida como serviço público, a atividade de Criminalística compreende um conjunto de conhecimentos técnico-científicos empregados na apuração da dinâmica material de fatos supostamente criminosos, por meio da qual se busca legitimar a aplicação ou o afastamento da lei penal.

Refletindo o desenvolvimento tecnológico notado nas mais diversas áreas do saber, a Criminalística se consolida como *Ciência da Investigação Criminal*, interessada em compreender o crime não propriamente como categoria sociológica – ou como fato social³, mas sim como um determinado ato/fato da vida, de ocorrência materialmente evidenciável, passível de investigação técnico-científica e, portanto, de descrição e comprovação objetiva.

A Criminalística pode ser reconhecida, portanto, como atividade de investigação técnico-científica, desenvolvida em ambiente tipicamente forense, voltada à legitimação das decisões tomadas no curso de uma persecução penal, tendo por base o exame de evidências materiais relacionadas ao evento investigado.

³ Durkheim (2007) classificou o crime como *fato social*, reconhecendo-lhe o caráter de generalidade e normalidade. Para o renomado autor francês, o crime está presente em todas as sociedades, tornando-lhes saudáveis na medida em que garante a evolução da moral instituída. A manifestação criminal só seria patológica se atingisse taxas muito elevadas ou muito abaixo que as habituais em dada sociedade.

Trata-se, em última análise, de um meio de prova⁴ (no caso, prova técnico-científica ou prova pericial), voltada ao esclarecimento de fatos que, supostamente, definem uma prática criminal.

Nesse sentido, a Criminalística envolve hoje a aplicação de conhecimentos oriundos de diversas ciências aplicadas, buscando, de um lado, elucidar a dinâmica e as circunstâncias definidoras da materialidade de um fato supostamente criminoso e, de outro, a identificar as pessoas (autores e/ou vítimas) envolvidas nesse mesmo fato.

Seu caráter multidisciplinar se revela desde a origem de sua sistematização, ocorrida no final do Século XIX⁵, quando austríaco Hans Gross, juiz de instrução e professor de Direito Penal, denunciando a inadequação dos métodos de investigação criminal baseados em castigos corporais, produziu a obra intitulada “*Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik*”, ou simplesmente “*System der Kriminalistik*”, que pode ser traduzida como “Manual para Juizes de Instrução sobre um Sistema de Criminalística”, na qual, pela primeira vez, admitia-se a ideia de um Sistema de Criminalística em que as ciências naturais e as artes passavam a ser usadas para a elucidação de fatos supostamente delituosos e na identificação de pessoas neles implicadas.

Gross definiu a Criminalística como o estudo da fenomenologia do crime, defendendo a superação dos meios primitivos, mágicos ou violentos de investigação criminal por métodos racionais, derivados do conhecimento técnico-científico até então elaborado.

Acerca do contexto no qual, originalmente, Hans Gross propõe o desenvolvimento de Sistema de Criminalística, Amorim (2012) esclarece que:

Grassberger (1956) relata que Hans Gross, ao perceber que pouco tinha aprendido em sua formação jurídica sobre como estabelecer os fatos que levam o juiz a identificar à pessoa culpada de um determinado delito, e sobre os quais ele deveria basear suas decisões, começou a trabalhar para preencher essa lacuna. Para esse fim, durante o longo período em que atuou como Juiz de Instrução, dedicou-se aos estudos de diversos tratados de

⁴ Na dimensão jurídico-processual, por meios de prova compreende-se a atividade desenvolvida no âmbito de um processo, destinada à geração de convicção acerca da existência e das características de um fato controvertido. Além de definir uma fonte de prova, a atividade de Criminalística é também descrita como meio de obtenção da prova, tendo em vista que compreende também o método ou modo de se alcançar uma fonte de prova, ou seja, a origem dos dados ou informações que se traduzirão em provas. Nesse sentido: Manzano, Luís Fernando de Moraes; Prova Pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2011, p. 4-5.

⁵ RABELLO (1996), GIALAMAS (2000) e CARVALHO (2006) divergem quanto ao ano da primeira edição deste trabalho: 1870, 1883 ou após 1890.

física, medicina, psicologia, microscopia, fotografia e ciência em geral com o objetivo de descobrir em que medida tais conhecimentos poderiam ajudar a investigação do crime, fundando assim a “Criminalística” como uma ciência policial especial. Ainda segundo Grassberger (1956), Hans Gross considerava um caso criminal como um problema científico a ser resolvido por um juiz que, além de um alto nível de habilidade, deveria ter os melhores auxílios técnicos de especialistas e aparelhos à sua disposição, que adotassem métodos de pesquisa, sem suposições. Quanto mais era convencido em suas pesquisas da utilidade dos vários campos das ciências para auxiliar a Justiça na detecção de crimes, mas ele percebia que era impossível sistematizar, de forma individualizada, o acúmulo de conhecimentos nessa área. Assim, Hans Gross, constatou que era necessário um trabalho bem planejado de uma equipe de especialistas e a criação de um órgão para publicação, com o único propósito de cultivar os estudos científicos do crime e os métodos de sua supressão, surgindo assim a ideia de “Criminalística como um sistema” (AMORIM, 2012, p. 60).

Por outro lado, Manzano (2011, p. 174 a 179), admite que, como prática forense, a atividade de Criminalística tem sua origem relacionada ao desenvolvimento da Medicina, ocorrido entre os séculos IX e XIV, que potencializou o emprego do conhecimento médico não apenas em centros de saúde, mas também em processos judiciais de natureza criminal.

Para Cavalcanti (1995), de início, coube à Medicina Legal toda pesquisa, busca e interpretação de elementos relacionados à materialidade do fato penal e não só o exame do corpo humano. Contudo, de acordo com Garrido (2002), diante do desenvolvimento de diversos outros ramos da ciência, a Criminalística expandiu-se em áreas de atuação, criando seus próprios métodos e maneiras de correlacionar esses conhecimentos em favor da investigação de fatos potencialmente criminosos. De forma geral, a Criminalística se vale de métodos de diversas ciências para informar as atividades policiais e judiciárias de investigação criminal.

Seja como for, percebe-se hoje que, nos mais diversos sistemas de persecução penal, principalmente naqueles que se auto proclamam democráticos, a Criminalística evoluiu e alcançou grande desenvolvimento institucional, notabilizando-se pela confiança e credibilidade que inspira, a partir do anúncio da conjugação dos seguintes elementos: conhecimento científico, objetividade, isenção e imparcialidade.

Acerca desse seu caráter, Saad Netto (2010, p. 44) esclarece que “a conjugação dos elementos ciência, objetividade, isenção e imparcialidade autoriza a atribuir à perícia criminal e à prova dela resultante o mais alto grau de confiança e credibilidade”.

De fato, considerando o atual estágio de desenvolvimento científico e tecnológico, em face dos mais variados tipos de ocorrências capazes de materializar práticas delitivas, multiplicam-se as possibilidades de identificação e processamento de evidências (fontes de prova pericial), mesmo naqueles casos em que, outrora, ainda por falta de conhecimento, seria inimaginável o cabimento de uma análise do fato sob o aspecto técnico-científico.

Diante da profusão de novos tipos penais e do aprimoramento técnico das práticas criminalizadas, a Criminalística passou a se estabelecer e se qualificar pelo emprego simultâneo e transversal de conhecimentos próprios de diversas ciências, a exemplo da Contabilidade, Economia, Engenharia, Antropologia, Medicina, História, Informática, Ecologia, Eletrônica e Biologia, além do próprio Direito, entre outras.

No mundo inteiro, tornaram-se célebres os casos de investigação criminal e/ou de instrução processual penal solucionados por decisivas e, até mesmo, surpreendentes manifestações técnico-periciais.

Manzano (2011, p. 179) resume a importância atual da atividade de Criminalística nos seguintes termos:

Sem embargo, é inegável a importância do conhecimento técnico e científico para o processo, como meio de se alcançar o entendimento sobre determinados fatos, sobre os quais pairam controvérsias e, assim, possibilitar que sejam dirimidas pelos juízes e tribunais.

A atividade de Criminalística tornou-se, assim, tão relevante que passou a ocupar o imaginário popular⁶, sendo amplamente explorada na literatura, no cinema e em famosas séries de televisão.

No Brasil, assim como na maioria dos países autoproclamados democráticos, onde a pretensão punitiva do Estado tem compromisso de se realizar sob garantia de adequada fundamentação fático-jurídica⁷, a atividade de Criminalística também se estabelece com importância decisiva para manutenção da esperança numa persecução penal ao mesmo tempo justa (capaz de, com respeito às garantias individuais, comprovar os fatos e as circunstâncias

⁶ Antes mesmo da publicação da obra de Hans Gross, Edgar Allan Poe publicara “Os crimes da Rua Morgue”, “A Carta Roubada” e “O Mistério de Marie Roget”, romances nos quais o investigador técnico-científico assumiu o papel protagonista. Em 1887, Arthur Conan Doyle publicou “Um estudo em vermelho”, romance policial que apresenta pela primeira vez o personagem Sherlock Holmes, típico investigador técnico-científico. Em 1883, Mark Twain publica “Life on the Mississippi”, romance no qual um assassino foi identificado pelo uso das impressões digitais. Recentemente, títulos como “O colecionador de Ossos”, “A rocha” e “*CSI – Crime Scene Investigation*” alimentam o imaginário popular em relação à atividade de Criminalística.

⁷ Trata-se aqui do princípio da motivação das decisões judiciais, tratado em maiores detalhes na Subseção 2.2.4.

em que se fundam a responsabilidade criminal) e efetiva (capaz de promover, sem discriminação, a aplicação da lei penal).

2.2 CRIMINALÍSTICA E CRIMINOLOGIA

A dificuldade em encontrar publicações sobre a relação entre a Criminologia e a Criminalística sugere que essa é uma temática ainda pouco explorada pelos teóricos de ambas as disciplinas.

Tendo em vista a natureza própria do tema aqui explorado, compreende-se que essa pesquisa se constitui numa boa oportunidade para, mesmo em linhas gerais, explorar um pouco essa relação.

De fato, além dos aspectos técnico-científicos e jurídicos que naturalmente envolvem a atividade de Criminalística, a temática aqui explorada estimula reflexões criminológicas, na medida em que pressupõe uma compreensão mais profunda acerca da dinâmica na persecução penal e do papel nela exercido por um de seus principais atores, que é o operador de Criminalística, ou seja, o perito criminal.

Nesse sentido, importa revelar que a Criminologia se encontra hoje estabelecida como ciência de base empírica e de natureza causal-explicativa, que se dedica ao estudo do comportamento humano definido como criminoso, buscando compreender suas causas e implicações biopsicossociais, bem como construir soluções capazes de se opor aos efeitos danosos da criminalidade, verificados em relação à vítima, ao próprio autor, às instituições que compõem o sistema penal e à comunidade no qual ocorre o fenômeno criminal.

O caráter multidisciplinar da Criminologia também se revela desde sua origem, ainda mais se considerarmos que seus fundadores foram um médico (Cesare Lombroso), um sociólogo (Enrico Ferri) e um magistrado (Raffaele Garofalo), valendo, portanto, reconhecer a presença de, ao menos, três disciplinas (clínica, sociológica e jurídica) fundadoras do pensamento criminológico, articuladas em favor da construção e estruturação do conhecimento sobre o fenômeno criminal (PEREIRA DE ANDRADE, 1995, p.24).

Vale ressaltar que, justamente, ao fundamento da Antropologia Criminal Lombrosiana, o pensamento criminológico começa a se estruturar no âmbito do chamado paradigma etiológico (ou paradigma do ato), de cunho eminentemente positivista, por meio do qual o crime passa a ser definido como uma realidade ontológica, pré-constituída ao Direito Penal,

com causas próprias, passíveis de investigação científica capaz de instrumentalizar o serviço de repressão criminal, em defesa da sociedade (PEREIRA DE ANDRADE, 1995, p.24).

Essa Criminologia Positivista mostra-se, portanto, fortemente influenciada por uma atividade científica, exercida originariamente pela Medicina, mas, atualmente, também por outras ciências forenses, das quais, inevitavelmente, os juízes criminais têm se valido no regular exercício das funções jurisdicionais, principalmente, tendo em vista a existência de tipos penais das mais variadas naturezas.

De fato, a Medicina Forense tem um papel histórico muito importante no que diz respeito à relação entre Criminalística e Criminologia. Descrevendo essa histórica relação, Ferla (2014) demonstra como os médicos transformaram os conhecimentos especializados (científicos) em elementos juridicamente aceitáveis e eficientes, inteligíveis e utilizáveis, forçando o estabelecimento de relações institucionais entre Direito e Medicina e, em larga medida, conferindo a eles próprios (operadores da Medicina) o exercício de parte substancial do poder de julgar. A autora declara, ainda, que, nessa trajetória, valendo-se de uma pretensa superioridade do seu conhecimento científico, a perícia médica buscou se impor (e efetivamente se impôs) perante outros atores sociais (policiais, juízes, testemunhas e investigado/réu), numa disputa pela prerrogativa de produzir a verdade em espaços institucionais dedicados ao combate à criminalidade.

De fato, a perícia médico-legal conferiu impacto social às teses da Criminologia Positivista, de orientação biodeterminista, que, a partir da segunda metade do Século XIX, exerceram grande influência nos mais diversos sistemas penais.

Associadas ao evolucionismo darwinista, as elaborações bioantropológicas de criminalidade influenciaram construções teóricas que intensificaram o segregacionismo e o posicionamento discriminatório às minorias étnicas e sociais, influenciando governantes, legisladores e magistrados de vários países – expressando-se, inclusive, na definição de políticas criminais (BALERA & DINIZ, 2013).

É certo que, diante do apelo discriminatório e excludente que também abrigava, a Criminologia Positivista mostrou-se, em larga medida, incompatível com valores humanitários e democráticos difundidos no Século XX, passando, assim, a dividir espaço com uma teoria crítica do sistema penal – Criminologia Crítica, estruturada em torno do paradigma da reação social, na qual o eixo central da discussão desloca-se das *causas da criminalidade* para as chamadas *condições da criminalização*, verificadas em cada sistema penal.

Para os críticos, o crime não define uma qualidade da conduta assumida pelo indivíduo (paradigma do ato), mas sim uma consequência da aplicação que outros indivíduos, em condição privilegiada, fazem das regras criminalizantes (paradigma da reação social). Na perspectiva da reação social, o sistema penal não alcançaria igualmente todos que assumem as condutas típicas, mas apenas os vulneráveis, assim considerados em função de fatores sociais, econômicos ou políticos.

A responsabilidade criminal seria, então, atribuível somente aos indivíduos que, por sua específica condição de vulnerabilidade, demonstrassem aptidão para serem qualificados (etiquetados, estigmatizados) como criminosos. O processo de criminalização seria, assim, determinado por uma seletiva reação, que compõe a mecânica do controle social global, exercido, a princípio, pelo legislador (criminalização primária), passando pela polícia e pelo Poder Judiciário (criminalização secundária), até o sistema penitenciário e os mecanismos de controle social informal. A condição de “vulnerável” ao sistema penal, por outro lado, costuma ser associada aos mais baixos extratos sociais, tendo em vista que os grupos sociais mais poderosos seriam capazes de impor ao sistema por eles mesmos operados a imunidade de suas próprias condutas.

Ao contrário dos positivistas, os críticos não reconhecem consistência no argumento de que, por meio da atividade de Criminalística, a persecução penal pode se estabelecer com mais justiça e efetividade. É que, no paradigma da reação social, por princípio, a persecução penal não se põe a serviço da justiça, mas sim do controle social exercido por meio das estratégias de criminalização. Nesse sentido, efetiva seria a persecução que favoreça a captura dos indivíduos *vulneráveis* e não a que promova, sem discriminação, a punição dos responsáveis por práticas criminosas.

Ainda assim, sem desconhecer a importância da Criminologia Crítica, que tanto tem contribuído para o aprimoramento dos sistemas penais, revelando-lhe contradições e antagonismos inconciliáveis, percebe-se no *paradigma do ato* uma expressiva contribuição da Criminologia Positivista para formação de diversos sistemas criminais contemporâneos (inclusive o brasileiro), possibilitando a criação e o desenvolvimento de institutos penais e processuais penais ainda hoje consagrados, como: prova pericial criminal, personalidade do criminoso, motivação do crime, circunstâncias do delito, individualização judiciária da pena, medida de segurança, suspensão condicional da pena, livramento condicional, progressão de regime, periculosidade penal, tratamento tutelar ou assistencial do menor, além da inserção da preocupação com os indivíduos envolvidos na prática delituosa (o autor e a vítima) e de uma

maior compreensão acerca da realidade do fenômeno criminal, garantida por aportes conceituais oriundos da Medicina Legal e, hoje, também, de outras ciências forenses, já habilitadas nessa persistente disputa pela prerrogativa de produzir a verdade em espaços institucionais dedicados ao combate à criminalidade.

Apesar da Escola Positivista da Criminologia ter expressado um determinismo que ignorava outros fatores relacionados à prática do crime, mostra-se legítima a busca por uma compreensão técnico-científica do fenômeno criminal, muitas vezes justificada no interesse de se assegurar um sistema que tutele de maneira mais eficiente os bens jurídicos sociais existentes, além de uma expectativa de aplicação dos instrumentos tecnológicos e científicos na prevenção e supressão das práticas criminosas (BALERA & DINIZ, 2013).

Assim, **sob o influxo do paradigma do ato**, admite-se que Criminalística e Criminologia ainda possuem estreita relação interdisciplinar, a merecer adequada exploração epistemológica, teórica e metodológica.

Há de ressaltar que, apesar ambas as disciplinas encontrarem-se voltadas ao estudo do fenômeno criminal, valendo-se, para tanto, da utilização de diversos ramos do conhecimento cientificamente estabelecidos (multidisciplinaridade), elas diferem essencialmente quanto à abrangência de suas predições: enquanto a Criminalística se volta para o estudo de determinado fato supostamente delituoso, buscando definir sua dinâmica material para fins de persecução penal, a Criminologia se ocupa do crime como categoria biopsicossocial, buscando definir suas causas, consequências e implicações, de modo a fornecer substrato empírico para definição de políticas criminais⁸.

No dizer de Shecaira (2012), ocupa-se a Criminologia do estudo do delito, do delinquente, da vítima e do controle social do comportamento infrator, lançando mão de

⁸ Cumpre destacar que essa distinção se relativiza na medida em que seja admitida a existência da *Criminologia Forense*. Num artigo em que se dispõe a analisar a extensão da aplicabilidade prática da Criminologia, Konvalina-Simas (2014) admite que observações e opiniões criminológicas sejam utilizadas no esforço de elucidação do fato supostamente criminoso, seja no âmbito da investigação criminal ou da instrução processual. Nesse sentido, a Criminologia colocar-se-ia ao lado de outras ciências forenses, procurando respostas para questões investigativas que digam respeito a um determinado fato concreto, supostamente criminoso, sobre o qual existam dúvidas acerca da sua dinâmica material. Alertando para uma nova oportunidade de trabalho que se abre para os criminólogos, a autora apresenta Criminologia Forense como atividade por meio da qual se reúne, analisa e apresenta provas com o intuito de promover o rigor científico nos procedimentos legais. Nesse sentido, os conceitos de Criminalística e de Criminologia tendem a confundir-se, de modo que a Criminologia poderia ser considerada como mais uma das ciências que compõem a Criminalística, da mesma forma que a Criminalística poderia ser considerada mais uma das ciências que compõem a Criminologia.

pesquisas empíricas interdisciplinares.

Rabelo (1996), *apud* Velho et al (2011), descreve a Criminalística como uma disciplina técnico-científica por natureza e jurídico-processual-penal por destinação, que concorre para a elucidação dos fatos supostamente criminosos e da identidade dos respectivos autores, por meio do adequado exame e da correta interpretação dos vestígios materiais vinculados a tais fatos e autores.

Nesse sentido, vale notar que, em sua dimensão instrumental, a atividade de Criminalística pode, inclusive, se constituir em relevante fonte de pesquisa, fornecendo diversos e qualificados dados empíricos acerca a) da dinâmica material de determinados fatos penalmente relevantes, b) da dinâmica da produção probatória verificada no curso da persecução penal e c) do papel social exercido pelos operadores da Criminalística, de modo a tornar viável o a elaboração de previsões tipicamente criminológicas.

Para Garrido, Stangeland e Redondo (2006), *apud* Pereira (2010), a Criminologia se enriquece na medida em que tenha acesso aos dados estabelecidos pela Criminalística, e essa necessita das teorias criminológicas para melhorar seu funcionamento, de tal forma que, entre a Criminalística e a Criminologia, se reconhece a ocorrência de uma simbiose frutífera para ambos os conhecimentos.

Na medida em que, justamente, sugere uma análise tanto da dinâmica da produção probatória no curso da persecução penal como do papel exercido pelos operadores da Criminalística, o estudo que hora se apresenta pode, então, definir uma pesquisa criminológica (além de jurídica) sobre a atividade de Criminalística.

2.3 CRIMINALÍSTICA E DIREITO

A relação entre Criminalística e Direito decorre da necessidade de uma compreensão mais profunda acerca da natureza própria de determinados fatos, admitidos como penalmente relevantes.

Importa, então, avaliar tanto a importância que os fatos têm para a construção do Direito, como a contribuição que a Ciência pode oferecer para compreensão da natureza desses mesmos fatos.

De início, vale lembrar que, normalmente definido no rol das humanidades, o Direito compreende um conjunto de conhecimentos criteriosamente organizados acerca das condutas

humanas institucionalmente referidas (normatizadas).

Ao lado, por exemplo, da Filosofia, Teologia, Linguística e Política, o Direito alcança o comportamento humano por meio de uma metodologia *fonomenológica-existencialista*, que pressupõe aplicação tanto da experiência sensorial como da experiência psicológica, tendo na hermenêutica uma das principais ferramentas de investigação (STRECK, 2004).

Nessa perspectiva, contrasta com as (assim consideradas) ciências formais, nas quais predominam os métodos baseados nas observações sensoriais, tendo na experimentação e na refutação suas principais ferramentas de investigação.

Reconhecendo que o Direito compõe uma realidade definida no processo existencial do indivíduo e da coletividade, Reale propõe o reconhecimento de seu caráter tridimensional:

O Direito é uma realidade, digamos assim, trivalente ou, por outras palavras, tridimensional. Ele tem três sabores que não podem ser separados um dos outros. O Direito é sempre fato, valor e norma, para quem quer que o estude, havendo apenas variação no ângulo ou prisma de pesquisa. A diferença é, pois, de ordem metodológica, segundo o alvo que se tenha em vista atingir. (REALE, 1994, p. 123)

Para ao autor, em sua dimensão fática, o Direito se define por meio de uma realidade social histórico-cultural. Já na sua dimensão normativa, o Direito é compreendido como ordenamento (regramento). Por fim, na dimensão valorativa, o Direito é reflexão crítica sobre as dimensões anteriores em busca de soluções racionais para os conflitos.

Nesse sentido, para o desenvolvimento do Direito (bem como das humanidades em geral), ainda mais em face da complexidade gerada pelo atual estágio de desenvolvimento tecnológico, torna-se imprescindível a adoção de uma atitude interdisciplinar, por meio da qual os conhecimentos humanísticos que compõem o Direito recebam aportes conceituais oriundos das ciências empíricas, possibilitando uma compreensão mais profunda e abrangente acerca da dimensão fática dos fenômenos jurídicos.

Projetada no campo jurídico-criminal, essa condição faz ressaltar a interdependência naturalmente havida entre Direito e Criminalística, tendo em vista que, sem uma definição clara e precisa acerca do fato supostamente criminoso, em muito restará prejudicada a possibilidade de aplicação ou de exclusão legítima do Direito Penal.

Essa relação encontra adequada definição nos estudos de Luigi Ferrajoli sobre *Direito e razão*⁹, quando, com base na denominação de *teoria geral do garantismo*, o renomado jurista italiano revela a natural vocação do Estado Democrático de Direito para a tutela das liberdades do cidadão frente às várias formas de exercício arbitrário do poder.

Em dois dos dez axiomas que compõe a sua consistente teoria do garantismo, Ferrajoli ressalta a importância capital que a prova tem para legitimação da atividade de persecução penal:

- a) *Nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova para acusação);
- b) *Nula probatio sine defensione* (princípio do contraditório).

Evidenciando a importância da prova, Ferrajoli se propõe a discutir o problema da verdade processual, ressaltando que, além de promover as liberdades individuais, as garantias processuais também se constituem em garantia da verdade, afinal “o conceito de verdade processual é, em suma, fundamental não apenas para uma teoria do processo, mas também pelos usos que dele são feitos na prática judicial” (FERRAJOLI, 2002, p.39).

E avançando em sua análise sobre Direito e razão, Ferrajoli propõe o reconhecimento de duas dimensões da verdade: a verdade fática (*quaestio facti*) e a verdade jurídica (*quaestio juris*). Na dinâmica da persecução penal, essas dimensões da verdade tornam-se evidentes diante da necessidade de, primeiro, por indução, comprovar a existência de um fato e sua imputação a um agente e, segundo, por dedução, interpretar se o fato comprovado constitui (ou não) um crime (FERRAJOLI, 2002, p.40).

A Criminalística se relaciona com o Direito principalmente em função da chamada *verdade fática*, que, em se tratando de persecução penal, normalmente, diz respeito a acontecimentos passados, sobre os quais não há possibilidade de verificação experimental direta, mas que, por outro lado, comporta demonstração por meio de prova (evidências), capazes de, indiretamente, colocar o sujeito cognoscente (investigador, juiz, acusação, defesa) em contato com o fato supostamente criminoso.

⁹ Trata-se aqui da clássica obra, originalmente publicada na Itália em 1989, intitulada *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*. Depois de sua publicação, *Diritto e Ragione* passou rapidamente a figurar entre as obras jurídicas mais importantes do direito contemporâneo, transformando-se em um verdadeiro clássico do século XX, de tal maneira que seu estudo certamente se tornou obrigatória para juristas e criminólogos. Em diversos países da América Latina, inclusive no Brasil, o garantismo serviu de fundamento teórico a embasar o processo de redemocratização experimentado no final do século XX, e foi caracterizado pela promulgação das novas constituições que consagraram aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, sobretudo aqueles de liberdade, em detrimento das arbitrariedades do Estado (TRINDADE, 2013).

Noutras palavras, diante da impossibilidade do exercício de um *empirismo contemporâneo*, a compreensão do fato investigado passa a depender de provas capazes de revelar a dinâmica material de acontecimentos passados, com emprego, portanto, do método historiográfico (PEREIRA, 2010, p. 62).

Entre os meios de prova capazes de revelar a verdade fática, legitimada pela confiança que a sociedade deposita na racionalidade e na objetividade do método científico, institucionaliza-se a atividade de Criminalística. A rigor, diante do prestígio alcançado pela Ciência, a prova técnico-científica passa, ela própria, a integrar o regime de garantias processuais, na medida em que, conforme estabelecido no Código de Processo Penal Brasileiro - CPPB, a perícia criminal se torna **indispensável** no caso de apuração de infrações penais que deixam vestígio, não podendo supri-la sequer a confissão do acusado. (art. 158).

Descrevendo a perícia criminal como instrumento de concretização do respeito à dignidade da pessoa humana, Saad Netto assevera que:

Com efeito, se faz perícia porque a lei determina que assim se proceda. E a lei assim o faz porque o que está em jogo é, de um lado, o *status libertatis* do suspeito/indiciado/acusado, e de outro o *jus puniendi* estatal. Portanto, é a liberdade do indivíduo de um lado e o direito de punir do Estado de outro lado. Ante o deletério impacto e frustração que a falibilidade e fragilidade de provas como as confissões e as testemunhais acabam por causar, ressalta a prova pericial penal. Os fundamentos que alicerçam a prova objetiva e científica, na medida em que trazem às partes envolvidas em demanda judicial a necessária confiança na justiça da decisão, pavimentam o caminho para a concretização do respeito à dignidade humana no rito probatório. (SAAD NETTO, 2010, p. 47).

Não se trata de atribuir valor absoluto à atividade de Criminalística, na medida em que, “a ‘verdade’ de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado de conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a ‘verdade’ de uma ou mais proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivamente) verdadeiras *pelo que sabemos* sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto de conhecimentos confirmados que deles possuímos” (FERRAJOLI, 2002, p. 42).

Ainda assim, a posição de destaque que a prova técnico-científica ocupa no âmbito da persecução penal torna evidente seu status de garantia processual, revelando a capacidade potencial que a atividade de Criminalística tem para, efetivamente, contribuir na solução

satisfatória do problema gerado pela ocorrência do fato supostamente criminoso.

A suposta ocorrência de um crime potencializa o surgimento de um problema ontologicamente complexo, que, conforme a teoria tridimensional do Direito se revelará não apenas em sua dimensão normativa e valorativa, mas, primeiramente, na dimensão fática: *o que de fato aconteceu?*

A seu turno, como atividade que auxilia na solução do problema materializado na ocorrência de um fato supostamente criminoso, a Criminalística compõe uma prática que muito se aproxima da concepção pragmática de investigação científica descrita por Dutra (2008) e por Laudan (2011), em função da qual se compreende que a ciência tem, justamente, a função de promover a resolução ou a clarificação de problemas que sejam relevantes o suficiente para justificar a realização de uma investigação racional e objetiva.

Admitindo-se, então, que, por meio de uma compreensão estabelecida no campo técnico-científico, a Criminalística contribui para a solução ou clarificação de um determinado fato penalmente relevante, há de se admitir também a existência potencial de uma categoria autônoma de atividade institucional, denominada de *investigação criminal científica*.

Para Dewey (1991), *apud* Dutra (2008), independente do método empregado, toda investigação se constitui num processo¹⁰ através do qual, de maneira dirigida e controlada, uma situação indeterminada é transformada noutra determinada, ou seja, por meio de uma investigação, elementos de uma fragmentária situação original são convertidos num todo unificado, voltado à solução do problema inicialmente proposto.

Por outro lado, a qualidade *científica* (circunstancialmente atribuível a uma investigação) depende daquilo que se compreenda como *ciência*. Nicola Abbagnano (2003), *apud* Pereira (2010), em sintonia com o pensamento de Popper¹¹, descreve ciência como sendo o “conhecimento que inclui, em qualquer forma ou medida, uma garantia da própria validade”.

¹⁰ Processo deve aqui ser compreendido como sequência de ações coordenadas, empreendidas com um objetivo claro e definido, através da mobilização de recursos limitados, dentro de um prazo preestabelecido.

¹¹ Em *Conjecturas e Refutações*, Popper (2008) rompe com o ideal de verdade absoluta que envolve o conhecimento científico, esclarecendo que a ciência se desenvolve através dos próprios erros e que os argumentos racionais se prestam à crítica das soluções propostas para os problemas científicos. Para ele, a ciência progride por meio de antecipações, palpites, tentativas de solução e conjecturas, que são constantemente testadas pelo espírito crítico do cientista, ou seja, por refutações.

Por tal concepção, a ciência se revela como conhecimento aplicável, de natureza instrumental, passível de ser empregado como atividade intelectual voltada à *solução de problemas – solução* essa que, em última análise, se constitui em evidência da própria validade.

Laudan (2011) esclarece que, apesar de filósofos e historiadores da ciência darem pouca atenção aos desdobramentos de tal abordagem, impõe-se a compreensão de que a ciência consiste, essencialmente, numa atividade de solução de problemas.

Os filósofos da ciência em geral imaginaram que podiam revelar a racionalidade da ciência ignorando, em suas análises, o fato de que as teorias costumam ser tentativas de resolver problemas empíricos específicos acerca do mundo natural. Do mesmo modo os historiadores da ciência, por sua vez, costumavam imaginar que a cronologia das teorias científicas possuísse uma inteligibilidade intrínseca que exigiria pouco ou nenhum conhecimento dos problemas particulares que preeminentes teoria do passado tencionavam resolver (LAUDAN, 2011, p. 17-18).

De fato, mais do que em qualquer outra forma de saber, a ciência se caracteriza como um eficiente sistema metodológico de solução de problemas, apesar da ampla variedade de objetivos que a ela podem ser atribuídos, como: explicar e controlar a natureza, alcançar a verdade sobre o mundo e sobre o homem, produzir utilidades sociais, etc.

Em termos pragmáticos, portanto, a definição de ciência ora adotada, conforme sugerido por Dutra (2008), prescinde de uma teoria rigorosa e acabada, própria da epistemologia tradicional, fazendo com que a investigação científica possa ser compreendida como prática desenvolvida mediante um modelo de comportamento realizado no interior de certas instituições, tradicionalmente identificadas pela tradição científica.

Essa concepção em relação à investigação dentro de um contexto institucional possui relevância especial na medida em que nos permite considerar os vários contextos de desenvolvimento de uma dada investigação – a exemplo da investigação criminal –, considerando seus conceitos típicos e seus limites, sem, contudo, desqualificá-la como atividade típica de pesquisa científica (PEREIRA, 2010, p.58).

A compreensão assim estabelecida implica em considerar a atividade de Criminalística como espécie de *ciência aplicada* (tecnologia, portanto), mediante a qual o esforço científico se volta para um proveito social direto, imediato, relativo à persecução penal.

Frise-se que essa não é, necessariamente, uma escolha minimalista, oportunista ou casual, afinal:

Sabe-se, com efeito, que é possível utilizar um martelo sem saber absolutamente como funciona a vibração das texturas cristalinas metálicas da cabeça do martelo. Nada é mais fácil do que esse mito segundo o qual é preciso compreender todo o mecanismo de alguma coisa antes de poder utilizá-la. Pelo contrário, a prática científica assemelha-se bem mais a compreensões locais: pode-se muito bem realizar pesquisas experimentais sobre a aspirina sem compreender em absoluto o que surgirá mais tarde como uma teoria do funcionamento da aspirina. (FOUREZ, 1995, p. 202)

Resta, então, estabelecida a possibilidade da investigação criminal constituir-se cientificamente, na medida em que nela também se verifica a aplicação de diferentes métodos de pesquisa, empreendidos num contexto institucional próprio, visando compreender um objeto determinado, que é o fato potencialmente criminoso, considerado em face de sua materialidade e sua autoria.

Admitida a existência de algumas especificidades típicas da investigação criminal, nela podem ser facilmente reconhecidas categorias próprias de uma investigação científica. Diante de um *dado problema* (suposta ocorrência do crime), das *plausíveis hipóteses de investigação*, (conjecturas), da técnica de *busca e coleta de dados* acerca do problema (reunião de evidências), das *análises objetivas* (experimentação e refutação) e da formalização de uma *conclusão* (com o objetivo de solver a situação problema), forçosa será a compreensão de que a investigação criminal pode ser definida como pesquisa de natureza científica.

As peculiaridades dessa modalidade de investigação científica são definidas em função do seu objeto, que envolve a solução de demandas geradas em face da ocorrência de condutas potencialmente criminosas, e dos limites metodológicos impostos pela garantista ordem constitucional vigente, em tese, comprometida com a plena eficácia dos direitos fundamentais.

É certo que, além de submeter-se ao controle ético de sua produção técnico-científica, o operador de Criminalística deve ainda cumprir fielmente as normas (ou os limites) que disciplinam a atividade persecutória e que, em sua grande maioria, buscam preservar direitos fundamentais das pessoas envolvidas no fato investigado. Trata-se de garantias processuais consideradas tão relevantes que sua inobservância caracteriza ilícitos igualmente mercedores de repressão criminal.

Essas condicionantes constituem-se em limites objetivos, definidos como requisito de legitimidade da própria atividade de Criminalística, conforme restará demonstrado mais

adiante nas discussões acerca da admissibilidade da prova pericial criminal.

Como se pode perceber, essa é uma noção de Criminalística absolutamente compatível como ideal pragmático de uma investigação científica, concebida como atividade própria de ciência aplicada, voltada à geração de um relevante e imediato proveito social – auxílio na solução do problema surgido em face da ocorrência de um fato supostamente criminoso, por meio de uma manifestação técnico-científica acerca da materialidade e autoria de um fato, sobre o qual recai a suspeita de prática delitiva.

Trata-se, obviamente, de uma investigação científica *sui generis*, na medida em que seu método não se define apenas em função da essência substantiva (material) do fato a ser apurado, mas também pela finalidade própria a que se destina, qual seja, a tomada de decisões no curso de uma persecução penal, com todas as garantias que essa atividade reclama num Estado Democrático de Direito.

Não se trata, portanto, da apuração científica de uma verdade que se justifica nela própria, mas sim de uma legítima contribuição para realização da Justiça Criminal, levada a efeito sob a promessa de respeito aos direitos fundamentais de todos os cidadãos (seja da vítima, do possível autor e dos demais atores da persecução penal), visando restaurar a paz social abalada pela possível ocorrência do crime.

Sua qualidade se mede, portanto, não apenas no plano imediato (definição eficaz do fato investigado), mas também no plano mediato (definição garantista do método de comprovação do fato investigado).

Para a atividade de Criminalística, a *eficácia* encerra um valor que deve ser exercitado com plena observância dos limites metodológicos, que devem ser estipulados tanto em função da natureza do objeto de investigação como da supremacia dos direitos fundamentais, resultando na capacidade de tornar tecnicamente evidente um determinado fato em relação ao qual se admite haver uma correspondente norma penal incriminadora.

Por outro lado, conforme definido por Ferrajoli (2002, p. 49), numa perspectiva racional garantista, a aplicação do método legal de comprovação pressupõe o reconhecimento de que, no curso de uma persecução penal, “não é só a verdade que condiciona a validade, mas é também a validade que condiciona a verdade”. Para o festejado autor, a validade seria, pois, “uma verdade normativa, no tríplice sentido: a) uma vez comprovada definitivamente, tem valor normativo; b) está convalidada por normas; c) é verdade na medida em que seja buscada e conseguida mediante respeito às normas”. Admite-se, portanto, que a comprovação

de um fato ocorra na medida da *validade jurídica* dos meios utilizados para sua obtenção, o que se verifica com mais força no âmbito do sistema penal que em qualquer outra atividade administrativa ou judicial.

Intimamente relacionado com o Direito Penal e com o Direito Processual Penal, a Criminalística compreende, portanto, esse ideal de investigação criminal científica, onde conhecimentos derivados de saberes autônomos são articulados num método historiográfico que, sendo determinado tanto por condicionantes negativas (garantias individuais fundamentais) como pela natureza própria do fato investigado, volta-se à formação de compreensões formais, aproximativas e corrigíveis (aperfeiçoáveis, portanto) acerca de fatos pretéritos, sugestivos de práticas criminosas.

3 CRIMINALÍSTICA NO SISTEMA JURÍDICO-PROCESSUAL-PENAL BRASILEIRO

Como atividade técnico-científica voltada ao esclarecimento de fatos, em tese, criminalmente relevantes, a Criminalística se institucionaliza no sistema jurídico-processual penal brasileiro como espécie probatória: prova pericial criminal.

No Brasil, o principal marco regulatório da atividade de Criminalística é próprio Código de Processo Penal, com destaque para a seção dedicada à disciplina da prova, mais especificamente, no seu Livro I, Título VII, Capítulo II, onde se encontram instituídas as principais disposições acerca *Do Exame de Corpo de Delito e das Perícias em Geral*, ou, simplesmente, as principais *normas gerais* de Criminalística.

Por outro lado, vale destacar que, como um todo orgânico, o Sistema Nacional de Persecução Penal tem seu fundamento de validade estabelecido na própria ordem constitucional vigente, motivo pelo qual a atividade de Criminalística, como expressão dessa atividade persecutória, também reclama uma interpretação à luz dos princípios adotados pela Constituição Federal de 1988.

Além da simples identificação dessas referências constitucionais e legais, cumpre também buscar compreender, sob o aspecto jurídico-processual-penal, como é que, afinal, a atividade de Criminalística se insere na dinâmica dessa persecução penal instituída no Brasil.

Estas serão, então, as etapas a serem percorridas neste capítulo.

A priori, será traçado um panorama das principais normas gerais reguladoras da atividade de Criminalística. Depois, serão apresentados princípios constitucionais que, informando a persecução penal como um todo, por conseguinte, alcançam também a atividade de Criminalística. Por fim, descrever-se-á como, na prática, a atividade de Criminalística se desenvolve em cada uma das etapas da persecução penal brasileira.

3.1 NORMAS GERAIS DE PERÍCIA CRIMINAL

Como diploma regulador da persecução penal exercida no País, o Código de Processo Penal Brasileiro (CPPB) pode também ser considerado a norma fundante da atividade de Criminalística nacional.

No título especificamente reservado à disciplina da prova, o CPPB começa dispor sobre os princípios gerais da atividade probatória e, na sequência, imediatamente, passa à

disciplina *Do Exame do Corpo de Delito, e das Perícias em Geral*, estabelecendo entre os arts. 158 e 184, as principais normas gerais sobre a atividade de Criminalística exercida na persecução penal brasileira.

Em complementação às disposições do CPPB, ainda no tocante à disciplina geral da Criminalística, a Lei n.º 12.030/2009 confere autonomia técnica, científica e funcional à atividade pericial criminal.

Além disso, especificamente no que diz respeito ao serviço de Criminalística Federal, vale também registrar a existência da Lei n.º 9.266/1996, naquilo que diz respeito à carreira de Perito Criminal Federal.

Num esforço de sistematização, convém avaliar o conteúdo dos principais dispositivos contidos nestes diplomas legais.

3.1.1 Indispensabilidade do exame de corpo de delito

Trata-se aqui de normas estabelecidas no CPPB que revelam a importância destacável que a atividade de Criminalística tem na persecução penal, comparada aos demais meios de prova.

Em se tratando de fato supostamente criminoso do qual resultem vestígios, será indispensável o exame do corpo de delitos, direto ou indireto, não podendo supri-lo nem mesmo a confissão do acusado (CPPB, art. 158).

Tendo tomado conhecimento da ocorrência de uma possível infração penal, a autoridade policial deverá obrigatoriamente a) preservar o local até a chegada dos peritos criminais, b) apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos e c) determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e quaisquer outras perícias (CPPB, art. 6º).

Existindo vestígios da infração, a eventual ausência do exame de corpo de delito se constitui em motivo de nulidade processual (art. 564, III, b), pelo que, na visão de Capez (2016, p.420), em relação à prova pericial, estaria configurada a “adoção excepcional do sistema de prova legal”, em detrimento do regime de livre apreciação da prova (CPPB, art. 155)¹².

¹² Acerca da liberdade conferida ao juiz para apreciar a prova, vide seção 3.2.4.

Não sendo, contudo, possível a realização do exame de corpo de delito, por haverem desaparecidos os vestígios, a prova testemunhal poderá supri-lhe a falta (CPPB, art. 167).

Assim, tem-se que o meio hábil para demonstrar a prática de crimes que deixam vestígios é, primeiramente, o exame de corpo de delito direto, quando se avalia o conjunto de vestígios relativos aos fatos em apuração. Restando prejudicada a realização do exame direto, na sequência, apreça como alternativa o exame pericial indireto, realizado sobre elementos secundários, que, sem relação imediata com o fato em apuração, possibilitem inferências sobre ele. Por fim, em situações extremas, diante do pleno desaparecimento dos vestígios e, portanto, da insuperável impossibilidade de realização do exame pericial, a prova testemunhal poderá substituir a atividade de Criminalística.

Com exceção do exame do corpo de delito (esse, invariavelmente, indispensável), a produção de outras provas periciais depende da demonstração da necessidade de esclarecimentos técnico-científicos (CPPB, art. 184).

Investindo na diferenciação entre prova técnica e prova científica, Manzano explica a aparente contradição entre a obrigatoriedade do exame de corpo de delito e a exigência de demonstração da necessidade da prova pericial para o esclarecimento da verdade, chegando à seguinte conclusão:

Em síntese, a perícia como prova técnica é instrutória, dispensável, facultativa, no sentido de que, nesse caso, a fonte ou o elemento de prova é o objeto examinado, o elemento sensível, corpóreo, palpável, que pode ser documentado nos autos por fotografia, auto ou certidão; é realizada por técnico ou profissional, que explica a prova, a partir de seus conhecimentos técnicos e de sua experiência. Por outro lado, a perícia como prova científica é integrativa, indispensável, obrigatória, isto é, necessária, pois, neste caso, a passagem da fonte – que são os vestígios (i. e., objeto examinado) – ao elemento de prova envolve o domínio e a aplicação de um princípio científico que, via de regra, escapa ao conhecimento do juiz e que, mesmo que assim não fosse, não lhe caberia aplicar, sob pena de nulidade do processo, por impedimento do juiz, que atuou como perito (MANZANO, 2011, p. 20-21).

Desta forma, compreende-se como obrigatório o exame pericial daquela categoria de vestígios que demandem conhecimento científico para sua compreensão, sendo, por outro lado, facultativo (podendo, assim, ser ou não deferido) o exame pericial de vestígios que falem por si próprios, de modo a possibilitar sua compreensão pelos demais atores da persecução penal, ainda que seja com relativo esforço.

3.1.2 Oficialidade e autonomia do serviço de Criminalística

Destacam-se aqui normas estabelecidas pelo CPPB e pela Lei n.º 12.030/2009, através das quais a atividade de Criminalística se institucionaliza como serviço público autônomo.

Neste sentido, resta estabelecido que a atividade de Criminalística será desempenhada por perito criminal oficial, integrante do órgão público, estatal, encarregado de prestar o correspondente serviço (CPPB, art. 159, caput).

Excepcionalmente, em face da ausência de um perito criminal oficial, o múnus público da atividade pericial criminal poderá ser transferido a duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, preferencialmente, na área específica em que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. Esses são os, assim denominados, “peritos *ad hoc*”, ou “peritos louvados”, que deverão prestar compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo a eles eventualmente transferido (CPPB, art. 159, §§ 1º e 2º)

A autoridade demandante do serviço deverá reportar-se ao dirigente do órgão de Criminalística, a quem competirá a nomeação do perito criminal habilitado para os exames (CPPB, art. 178).

Nem a acusação nem a defesa intervirão na nomeação do perito criminal (CPPB, art. 276), que sujeita-se à disciplina judiciária, sendo-lhe aplicáveis todas as hipóteses de suspeição e impedimento que próprias das autoridades judiciais (CPPB, art. 275).

No exercício da atividade de Criminalística, está assegurada autonomia técnica, científica e funcional, exigido concurso público, com formação acadêmica específica, para o provimento do cargo de perito oficial (Lei n.º 12.030/2009, art. 2º).

No caso da União, o serviço de Criminalística é prestado pela Polícia Federal, ao passo que, na esfera estadual, fica a cargo da Polícia Civil, da Secretaria de Segurança Pública ou de autarquias públicas, dependendo do arranjo institucional estabelecido em cada um dos vinte e sete Estados da Federação.

A atividade de Criminalística Federal compreende o Instituto Nacional de Criminalística (INC), localizado em Brasília/DF, vinculado à Diretoria Técnico-Científica da Polícia Federal, além de estruturas administrativas denominadas de Setor Técnico-Científico (SETEC), Unidade Técnico-Científicas (UTEC) e Núcleo Técnico-Científico (NUTEC), que estão inseridas na estrutura orgânica das Superintendências Regionais da Polícia Federal,

situadas nas capitais dos Estados, ou na estrutura orgânica das Delegacias da Polícia Federal, situadas nas principais cidades do interior dos Estados.

Ainda no plano federal, sempre que houver necessidade de produção de prova pericial, a demanda deverá ser apresentada à autoridade gestora do serviço de Criminalística, exercida, necessariamente, por um Perito Criminal Federal (Lei n.º 9.266/1996, art. 2º-D).

3.1.3 Procedimento de produção da prova pericial criminal

O destaque aqui vai para as normas do CPPB que regulamentam o processo de produção da prova pericial criminal, definindo quando¹³ e como a atividade de Criminalística deve ser exercida.

Nesse sentido, vale relembrar que a investigação criminal científica deve ser exercida desde o momento em que a autoridade policial verifica a ocorrência de um fato supostamente criminoso, do qual resultem vestígios (CPPB, arts. 6º e 158).

Por outro lado, a materialidade delitiva deverá ser também comprovada durante a instrução processual, momento em que, por determinação judicial, de ofício, a pedido da acusação ou da defesa, em face da necessidade de esclarecimentos técnico-científicos, a prova pericial criminal deverá ser produzida (CPPB, art. 184).

Acusação, defesa e ofendido poderão formular quesitos a serem respondidos pelo perito criminal oficial, bem como promover indicação e assistentes técnicos, os quais, no entanto, só poderão atuar após sua admissão pelo juiz e a elaboração do laudo pelos peritos oficiais (CPPB, art. 159, §§ 3º e 4º).

No curso do processo judicial, as partes também poderão requerer a oitiva de peritos criminais e assistentes técnicos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que os quesitos ou as questões a serem esclarecidas sejam disponibilizadas com a antecedência de dez dias, havendo a possibilidade de apresentação das respostas em laudo pericial complementar (CPPB, art.159, § 5º, I e II).

Na presença de um perito criminal, as partes também poderão ter acesso ao objeto dos exames (aos vestígios, portanto) no ambiente do órgão de Criminalística, que deverá manter a sua guarda, salvo quando for impossível a sua conservação (CPPB, art.159, § 6º).

¹³ Mais adiante, na seção 2.3, serão analisadas com maiores detalhes as circunstâncias determinantes do exercício da atividade de Criminalística em ambas as fases da persecução penal.

Quando o fato em apuração for complexo a ponto de sua compreensão exigir o aporte de mais de uma área de conhecimento especializado, poderá haver a designação de mais de um perito criminal e a indicação de mais de um assistente técnico (CPPB, art.159, § 7º).

3.1.4 Laudo pericial

Ressaltam-se agora as principais normas do CPPB acerca da formalização da atividade de Criminalística, que, via de regra, ocorre por meio de um relato escrito, denominado de laudo pericial, no qual se descreve como se deu a investigação criminal científica, que métodos foram desenvolvidos e quais conclusões foram alcançadas.

Realizados os procedimentos técnico-científicos que definem o exame criminalístico, o perito criminal elaborará o laudo pericial, descrevendo minuciosamente o que examinarem e respondendo os quesitos que lhe foram apresentados (CPPB, art.160).

Trata-se do produto final da atividade de Criminalística, materializado na forma de documento, elaborado pelo perito responsável pelo exame, no qual aparecem descritos o material examinado, o método empregado e os resultados alcançados, podendo ser ilustrado com figuras, fotografias, croquis, esquemas, quadros e tabelas, de forma a facilitar a compreensão e dar transparência à atividade pericial (CPPB, arts.165 e 169).

Constatada eventual inobservância de formalidades essenciais, omissão, obscuridade ou contradição, a autoridade judiciária deverá mandar suprir a formalidade, completar ou esclarecer o laudo pericial, podendo, inclusive, fundamentadamente, ordenar que se proceda outro exame, por outro perito criminal (CPPB, art. 181 e seu parágrafo único)

É denominada de *parecer* a peça formal que contém o relatório das atividades e conclusões do assistente técnico (CPPB, art. 159, § 5º, II).

3.2 PROVA PERICIAL CRIMINAL E GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

O processo penal brasileiro tem contornos garantistas constitucionalmente estabelecidos. Diversas são as normas (princípios ou regras) veiculadas no texto da Constituição Federal Brasileira que, regulando a dinâmica do processo criminal, dão sustentação ao discurso social-democrata no qual, oficialmente, se fundam as ações persecutivas e punitivas do Estado Brasileiro.

De fato, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) contempla diversos dispositivos de natureza processual penal, por meio dos quais restam estabelecidos direitos e garantias fundamentais.

Neste sentido, considerando a importância decisiva que o instituto da prova tem na persecução penal, admite-se a existência de um *direito constitucional à prova*¹⁴, que decorre naturalmente da interpretação articulada (sistêmica) dos postulados do devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, da exigência de motivação das decisões judiciais, da inadmissibilidade das provas ilícitas e, até mesmo, do postulado da efetividade.

Registre-se, ademais, que, diante do elevado nível de complexidade das relações sócias contemporâneas, não só no âmbito das relações cíveis, mas também na seara criminal, percebe-se uma dependência cada vez maior de conhecimentos técnico-científicos, tornados, assim, imprescindíveis, para a compreensão das circunstâncias fáticas desencadeadoras de tantos e tão qualificados conflitos.

Nesse sentido, em função desse natural reconhecimento da garantia fundamental a uma prova confiável, admite-se também a existência de um direito fundamental à prova pericial criminal.

Com efeito, a credibilidade que se permite depositar em provas penais de conteúdo científico, apartada de qualquer subjetividade, afasta o risco de sujeitar o indivíduo investigado às incertezas das provas testemunhais, sepultando eventual ânimo de utilização da tortura com o fim de se obter a confissão, prática ademais repudiada pela humanidade, contribuindo, sobremaneira, com a importante missão do processo penal de se colocar como instrumento de pacificação social. A convicção de que nenhuma modalidade de prova penal consegue se valer do avanço da tecnologia tanto quanto a prova pericial, implica maior confiança e segurança jurídica não apenas às partes envolvidas em uma demanda judicial, mas e, sobretudo, à sociedade em geral. Nesse sentido, graças aos recursos científicos de que se utiliza, que conseguem acompanhar a rápida evolução da ciência e tecnologia, a perícia criminal pode oferecer à sociedade uma prova isenta e objetiva, de alto grau de certeza e confiabilidade, se colocando, destarte verdadeiramente como um instrumento efetivo de concretização do respeito à dignidade da pessoa humana, um valor supremo e fundamento do Estado

¹⁴ Com fundamento na doutrina de Antonio Magalhães Gomes Filho, Manzano reconhece a existência implícita de um direito constitucional à prova, decorrente não só da articulação dos princípios constitucionais, como também da adesão brasileira ao Pacto de Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e à Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporados ao ordenamento jurídico nacional por força da abertura proporcionada pelo § 2º, do Art. 5º, da CF/88 (MANZANO, 2011, p. 102).

Brasileiro, conforme consta do artigo 1º, Inciso III da nossa Constituição. (SAAD NETTO, 2010, p. 48)

Buscando compreender a dimensão desse *direito fundamental à prova pericial criminal*, na sequência, serão descritos princípios constitucionais capazes de definir seu conteúdo e alcance.

3.2.1 Devido processo legal

Trata-se de cláusula geral importada do direito anglo-saxão, por meio da qual se estabelece que “ninguém será privado da sua liberdade e de seus bens sem o devido processo legal” (CF/88, art. 5º, inc. LIV).

O devido processo legal define uma diretriz estruturante do Estado Democrático de Direito, envolvendo vários outros princípios processuais igualmente instituídos na Constituição Federal. Por ele, garante-se que as liberdades civis só podem sofrer restrição em situações típicas, nas quais, sob pena de nulidade e revogabilidade, o ato administrativo ou o provimento judicial resultem do regular cumprimento de normais processuais previamente estabelecidas na lei e na própria constituição.

Consiste na garantia de que a dinâmica processual será estabelecida nos limites da proporcionalidade, razoabilidade e adequação, com vistas à realização de um processo justo, do qual derive uma decisão igualmente justa, tendo em vista as regras de conteúdo material em vigor no ordenamento.

Como conquista civilizatória, fruto da superação dos tribunais e juízos de exceção, a cláusula geral do devido processo legal surge da necessidade de regras processuais claras, antecipadamente definidas pela lei, previamente conhecidas pelas partes envolvidas, compatíveis com os valores democráticos e republicanos, baseadas na boa-fé recíproca e no compromisso de solução pacífica dos conflitos.

Para o Supremo Tribunal Federal:

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para afetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a

participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.¹⁵

Por este princípio, no âmbito da persecução penal, o que se busca é estabelecer uma (devida) mediação entre a pretensão punitiva estatal e os direitos e garantias fundamentais, individuais ou coletivas.

Importante destacar, desde já, que, para garantia fundamental à segurança pública, o esforço de definição do devido processo legal precisa também levar em consideração o interesse coletivo na aplicação da lei penal, sob pena da persecução penal converter-se, tão somente, em mero recurso de afirmação da própria validade e legitimidade, relegando-se a segundo plano a solução do problema que, direta e imediatamente, lhe justificou a instauração – a ocorrência do fato supostamente criminoso, que ameaça a garantia fundamental à segurança pública e à paz social.

Nesse sentido, devido processo penal deve ser aquele no qual, além da garantia de sua validade intrínseca, aferida em face dos direitos e garantias fundamentais individuais, contempla também o interesse público no acerto do fato em apreciação, de modo a garantir que, por meio de válidas decisões judiciais de mérito, não importando se condenatórias ou absolutórias, a lei penal possa ter regular aplicabilidade ou ser regularmente afastada no julgamento do caso concreto.

Destaque-se que, sendo devidamente constituída, a decisão absolutória de mérito também se constitui em devida exclusão da lei penal, também promovendo, nesta medida, a realização do interesse coletivo.

Por outro lado, a inobservância do devido processo legal é causa de nulidade, gerando, portanto, atos que devem ser considerados inválidos, o que resulta em comprometimento da efetividade processual.

No que diz respeito aos atos de instrução, compreende-se que a cláusula geral do devido processo legal é também composta por regras que regulamentam a formação e a produção das provas, devendo seu descumprimento resultar em invalidade e em consequente exclusão do elemento probante.

Aplicado à atividade de Criminalística, resulta na garantia de que, para ser regularmente aproveitada num justo (devido) processo penal, a prova pericial criminal deve

¹⁵ STF – AI nº. 529.733, voto do Min. Gilmar Mendes (DJ 01.12.2006).

satisfazer a exigências processuais e procedimentais previamente instituídas¹⁶, em função das quais se dará o regular acerto técnico-científico dos fatos que reclamam decisão judicial de mérito.

3.2.2 Presunção de inocência

Definido expressamente como garantia fundamental (CF/88, art. 5º, LVII), este princípio propõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Mais que o simples benefício da dúvida, resta garantido que a insuficiência de prova acerca do fato potencialmente criminoso em julgamento deve ser interpretada em favor do réu. Indica também que, independentemente das aparências, no decorrer da investigação e do processo criminal, o investigado e o acusado deverão gozar do status de inocente, quer internamente ao processo, quer na sua dimensão externa, de modo a evitar estigmatização e exposição abusiva dos envolvidos na atividade de persecução penal (LOPES JR, 2014, p. 562).

O princípio tem aplicação típica em momentos intraprocessuais, especialmente na proibição de inversão do ônus da prova contra o arguido, mas também tem sido extensivamente compreendido fora do processo, impondo que nenhuma autoridade do Estado, qualquer que seja a circunstância, declare, considere ou sugira uma pessoa como culpada antes que a culpabilidade esteja finalmente estabelecida (MANZANO, 2011, p. 138).

Pelo princípio da presunção da inocência, a acusação deve assumir o ônus de demonstrar os fatos imputados na denúncia ou queixa-crime, tendo a defesa o direito de, fazendo uso da ampla defesa e do contraditório, refutar tais alegações e apresentar provas em contrário. É, portanto, da acusação, o ônus de provar a culpa do acusado. E não sendo as provas suficientes para esclarecer por completo as controvérsias existentes, a dúvida deverá ser interpretada favoravelmente ao réu.

Lopes Jr. alerta que “no processo penal, não há distribuição de carga probatória: a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é

¹⁶ No âmbito da Ação Penal 470, como se verá adiante, a atividade de Criminalística suscitou grandes controvérsias acerca de sua regularidade processual e procedimental, favorecendo o debate acerca das condições de admissibilidade (e da própria validade) da prova pericial criminal produzida naquele caso.

feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência” (LOPES JR, 2014, p. 562).

Não fosse assim, estaria o acusado em desvantagem na relação processual, uma vez que, conforme lembra Oliveira, no processo penal, o Estado “atua em posição de superioridade de forças”, afinal, além de atuar na apuração do fato imputado ao réu, ele também é titular da ação penal e, ainda, responsável pela decisão da causa (OLIVEIRA, 2016, p. 340-341).

Na dinâmica processual, dependendo do conteúdo da alegação e do quanto a acusação logrou êxito em provar os fatos constitutivos do *jus puniendi*, até por imperativo da lógica, o ônus da prova acaba sendo assumido também pela defesa.

A experiência demonstra que, tal qual firmado pelo princípio da presunção de inocência, a atividade de Criminalística se estabelece na primeira fase da persecução penal sob promoção da Polícia Judiciária (a quem, normalmente, incumbe à propositura da investigação criminal) ou do Ministério Público (a quem, normalmente, incumbe à propositura da ação penal). Contudo, essa condição de iniciativa probatória tende a se inverter no curso da instrução processual, depois de admitida a instauração da ação penal, quando, já imputados os fatos e revelada a atividade probatória promovida pela acusação, visando evidenciar circunstâncias que lhe sejam favoráveis, não raras vezes, a defesa atua no sentido de promover a produção de prova pericial criminal¹⁷.

3.2.3 Contraditório e ampla defesa

Elevados à categoria de direitos fundamentais, os princípios do contraditório e da ampla defesa também são considerados estruturantes, deles decorrendo várias outras garantias individuais. De tão importantes que são, transcendem o processo judicial, sendo também aplicáveis nos processos administrativos.

De acordo com o art. 5º, inc. LV, da CF/88, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Trata-se, pois, de garantias estabelecidas em proveito de

¹⁷ Conforme se verá adiante, o caso da Ação Penal 470 foi um exemplo típico dessa dinâmica: no curso do inquérito judicial, as perícias criminais foram desenvolvidas por provocação da autoridade policial e do Ministério Público. Já na instrução processual, depois de admitida a instauração da ação penal, as perícias criminais foram desenvolvidas por provocação das defesas.

ambas as partes envolvidas num litígio, às quais devem ser asseguradas, tanto quanto possível, condições recíprocas de equilíbrio defensivo (paridade de armas).

Com base no ideal da ampla defesa, o acusado ou o litigante poderá fazer uso de todos os meios legítimos para defender seus interesses, quer em processos administrativos ou judiciais. Especialmente no processo penal, tendo em vista a relevância dos valores em jogo, diante da necessidade de esgotar as possibilidades de esclarecimento sobre os fatos, o legislador instituiu um regime de liberdade probatória, “tendo-se, contudo, o cuidado de se vedar qualquer meio probatório que atente contra a moralidade ou viole o respeito à dignidade humana” (TOURINHO FILHO, 2013, p. 240).

Por conseguinte, entende-se não ser taxativo o rol de provas elencadas na legislação processual e disciplinadas nos arts. 158 a 250 do CPP, admitindo-se, dessa forma, as chamadas provas inominadas (MIRABETE, 2001, p.259), até porque, como é sabido, as alterações na legislação são lentas e não acompanham a dinâmica da sociedade em geral, não podendo o exercício da ampla defesa ficar a mercê de uma legislação obsoleta.

De outro lado, se as partes têm livre-arbítrio para produzir as provas que entenderem pertinentes, a liberdade probatória não significa que todos os meios de provas no processo penal sejam disponíveis ou que a produção de provas seja uma faculdade absoluta dos litigantes. É o caso da exigência da realização de exame de corpo de delito para infrações penais que deixarem vestígios (CPPB, art. 158), levada a feito independentemente da vontade das partes.

Uma vez que, amparada no princípio da ampla defesa, uma parte produziu determinada prova, nada mais coerente que a parte adversa, com base no princípio do contraditório, tenha a oportunidade de se manifestar sobre tal prova. Mais que uma mera formalidade, a produção da prova sob o princípio do contraditório judicial é condição de sua validade no processo, conforme disposto no CPPB:

Art. 155. 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.

Lopes Jr adverte que “o contraditório deve ser rigorosamente observado nos quatro momentos da prova”, sendo eles a *postulação*, a *admissão* pelo juiz, a *produção* e a *valoração* na sentença (LOPES JR, 2014, p. 571).

Pelo princípio do contraditório, cada vez que uma parte promover a realização de uma prova, a parte contrária terá a oportunidade de apreciá-la e se manifestar sobre ela, podendo também impugná-la ou contestá-la, com a faculdade de produzir prova em contrário, assegurando-se assim uma construção contraditória (ou colaborativa, se admitido como possível, o princípio da boa-fé).

No dizer de Lopes Jr, o contraditório faz parte, portanto, da *estrutura dialética do processo*, podendo ser compreendido como um *método de confronto da prova e comprovação da verdade*, definindo *o direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no iter procedimental*. Nesse sentido, o princípio do contraditório define a prerrogativa conferida aos litigantes e aos acusados em geral de participar de todo e qualquer ato processual, do qual possa resultar uma decisão sobre matéria de seu interesse (LOPES JR, 2014, p. 568-570).

No tocante à disciplina processual e procedimental da atividade de Criminalística, os princípios do contraditório e da ampla defesa comportam relevantes controvérsias, motivadas, primeiramente, pela própria condição atípica da prova pericial, tendo em vista a natural impossibilidade da lei processual regular todos os possíveis procedimentos técnico-científicos validamente instituídos, e, depois, pelo ideal (muitas vezes violado) de isenção, imparcialidade e a objetividade da atividade científica.

Acerca da condição atípica da prova pericial, Manzano considera que:

A despeito das regras previstas no CPP e na Legislação Penal Extravagante, não existe uma disciplina específica acerca do procedimento probatório a ser adotado para todas as perícias, máxime aquelas surgidas em razão dos avanços tecnológicos e que, pois, não estão nominadas na lei. (MANZANO, 2011, p 57)

Destaque-se, por exemplo, que perícias hoje consagradas na prática (criminal) forense, a exemplo de perícias contábeis e financeiras, de engenharia e de informática, sequer aparecem assim nominadas na CPPB, o que torna ainda mais evidente a condição naturalmente atípica da prova pericial.

Por outro lado, ainda por influência de um ideal positivista, persiste o mito da objetividade e da imparcialidade do conhecimento científico, resultando em forte apelo à flexibilização do contraditório e da ampla defesa na produção da prova pericial criminal. Quando o tema é atividade de Criminalística, ainda opera a crença no sentido de que o

conhecimento técnico-científico e a prova pericial dele resultante possam produzir verdades absolutas sobre o fato supostamente criminoso.

Não se nega que as conclusões científicas podem ser demonstradas pelo método experimental, mas a reconstrução histórica do fato, que, no processo penal, se faz pela prova é indemonstrável e, portanto, probabilística, aproximativa, possível, relativa e dialética (MANZANO, 2011, p.13). Além disso, parece não haver dúvida que mesmo os cientistas (e, por conseguinte, também os peritos criminais, que da ciência se valem) estão sujeitos a juízos valorativos, preconceitos e subjetivismos, restando aberta a possibilidade de conclusões periciais subjetivas e tendenciosas.

Assim, em face do conjunto de princípios democráticos e republicanos constitucionalmente estabelecidos, não se pode admitir como natural que a atividade de Criminalística se estabeleça por meio do argumento de autoridade, fechando-se na defesa intransigente e obscura de suas próprias convicções, resistente a toda e qualquer forma de controle, ao pressuposto de que todo homem de ciência é pessoa honesta e comprometida com a integridade.

Diante de uma ordem constitucional garantista, o natural é que, como meio de prova penal, a atividade de Criminalística submeta-se aos requisitos do contraditório e da ampla defesa, sob pena de sequer ser admitida como *prática lícita*.

Foi, contudo, somente após o advento da Lei n.º 11.690/2008 que o CPPB passou a contemplar regras que, a pretexto de promover contraditório e ampla defesa na produção da prova pericial criminal, facultaram: (1) a formulação de quesitos pelas partes; (2) a indicação de assistentes técnicos para auxiliarem as partes em matéria técnica; (3) a oitiva de peritos em juízo para esclarecerem a prova, e (4) acesso ao material que serviu de base ao exame pericial.

Ressalte-se que essa nova sistemática buscou minimizar o risco envolvido na admissão da prova científica, possibilitando aos interessados na persecução penal o exercício de um maior controle sobre este meio de prova eminentemente atípico (MANZANO, 2011, p. 74).

3.2.3.1 Formulação de quesitos

Trata-se de possibilidade estabelecida com a entrada em vigor Lei 11.690/2008 que, a pretexto de promover o contraditório e ampla defesa na produção da prova pericial, facultou

ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos para serem respondidos pelos peritos criminais.

Além daqueles atores, de acordo com as disposições dos arts. 6º, 156, II e 182, do CPPB, a autoridade judicial e a autoridade policial¹⁸ também podem apresentar quesitos aos peritos criminais.

Em grande medida, os quesitos apresentados ao perito sugerem o objetivo da pesquisa técnico-científica a ser realizada, motivo pelo qual sua formulação exige adequada compreensão acerca da natureza dos fatos a serem apurados.

A técnica de *quesitar* pressupõe uma rigorosa avaliação dos interesses em jogo na dinâmica processual, não sendo raros os casos em que, por força dos quesitos apresentados, a parte acabe promovendo a produção de provas contra os próprios interesses.

Por outro lado, o abuso na formulação de quesitos pode dar margem a manobras protelatórias, devendo o juiz indeferir os quesitos que, assim, se mostrarem impertinentes.

Em muitos casos, o juiz acaba não exercendo o controle de pertinência dos quesitos formulados, permitindo que uma demanda extremamente genérica ou, até, procrastinatória chegue ao serviço de Criminalística. Nestes casos, o perito criminal responsável pelo caso deve promover a adequada delimitação da matéria a ser pesquisada, assumindo e descrevendo com clareza qual foi o critério delimitador do escopo pericial, bem como o método desenvolvido no intuito de cumprir o objetivo da investigação criminal científica.

Quanto mais complexo for o fato em apuração, maior será a dificuldade na elaboração dos quesitos, exigindo do perito criminal o desenvolvimento de um senso crítico que lhe permita discernir sobre o que há de relevante a ser examinado.

Se o juiz ou o perito não tiverem discernimento acerca dos aspectos relevantes dos fatos em exame, há um risco muito grande de que, por força de quesitos mal elaborados ou tendenciosos, a prova pericial produzida se torne imprestável, ou, ainda pior, que ela contemple conclusões técnicas enviesadas, servindo, assim, de fundamento para tomada de decisões equivocadas.

Diante das especificidades da atividade de Criminalística, como forma de compensar a própria ignorância acerca dos aspectos técnicos-científicos dos fatos em apuração, os

¹⁸ Tendo em vista que a atividade de Criminalística tem início por provocação dessas autoridades, forçosa é a compreensão de que elas também possuem a prerrogativa de formular quesitos a serem respondidos pelos peritos criminais.

demandantes leigos costumam lançar mão do artifício de solicitar, além das respostas aos quesitos propostos, que os peritos criminais apresentem outros dados e informações consideradas úteis (penalmente relevantes), acerca do evento supostamente criminoso.

Mesmo quando a demanda por *outros dados e informações consideradas úteis* não seja formalizada, com base na autonomia técnica, científica e funcional da atividade de Criminalística, na conclusão do laudo pericial (relatório técnico-científico), além das respostas aos quesitos apresentados, o perito criminal deve apresentar todos os aspectos criminalmente relevantes¹⁹ do fato, ainda que tais aspectos não tenham sido objeto de um questionamento específico, formulado pelos demandantes.

3.2.3.2 Indicação de assistentes técnicos

Trata-se de possibilidade estabelecida com a entrada em vigor Lei 11.690/2008 que, a pretexto de promover o contraditório e ampla defesa na produção da prova pericial, facultou ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido ao querelante e ao acusado a possibilidade de valer-se de profissionais detentores de conhecimentos especializados, capazes de prestar efetiva assistência técnica no esforço de acerto dos fatos em apuração.

O assistente técnico cumpre a função de assessoramento das partes no tocante às matérias que constituem objeto da prova pericial. Diferentemente do perito criminal, ele não está sujeito à disciplina judiciária, atuando sempre em proveito do interesse da parte que o constituiu e, portanto, sem compromisso com a imparcialidade. A prerrogativa de indicação do assistente técnico visa conferir às partes a possibilidade de exercer controle sobre os procedimentos adotados e as conclusões técnico-científicas alcançadas pelo perito criminal.

Por força da atuação dos assistentes técnicos, os interessados teriam a possibilidade de participar efetivamente de formação da convicção judicial acerca da matéria fática objeto da prova pericial. Assim como a própria autoridade judicial, os demais interessados também precisam de auxílio técnico, e não apenas para compreensão da dinâmica dos fatos, mas também para participar construção contraditória dessa compreensão.

¹⁹ A relevância criminal não pode ser determinada apenas em função das linhas de investigação concebidas por quem elaborou os quesitos. A verdade fática, cientificamente demonstrável, não pode ser condicionada por linhas de investigação definidas com base no preconceito da autoridade leiga demandante, sob pena do estabelecimento de vieses cognitivos, incompatíveis com a produção científica.

Nesse sentido, afigura-se estranha a restrição estabelecida por meio do § 4º, do art. 159, no sentido de que os assistentes técnicos só poderão atuar *após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais*.

Essa atuação, por assim dizer, retardada dos assistentes técnicos tem sido duramente combatida pela doutrina, na medida em que se constitui numa evidente restrição ao exercício do contraditório e da ampla defesa. Lopes Jr (2014, p. 571-572) reconhece a relevância dos assistentes técnicos, sustentando que, em respeito ao princípio do contraditório, sua atuação deveria se dar em todos os atos e momentos da prova: postulação, admissão, produção e valoração (LOPES JR 2014, p. 571-572).

Por imperativo da lógica, desde que não se trate de um procedimento sigiloso (como tal, excepcional), a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa segue violada pela própria lei, na medida em que ela impede a atuação do assistente técnico durante a produção (formação) da prova, justamente no momento em que os procedimentos técnicos são praticados.

Vale registrar que não existe restrição equivalente nem mesmo no Processo Civil, onde se costuma admitir uma maior flexibilização nos regimes de garantias, considerando a natureza normalmente disponível dos bens e interesses em litígio. Pois bem: ao contrário do que se verifica na persecução penal, lá no processo civil, ressalvada a tutela de urgência, o assistente técnico tem a prerrogativa de participar de todas as fases de produção da prova pericial.

Em sintonia com o postulado do contraditório e da ampla defesa, há de se conferir ao assistente técnico, uma vez admitido pelo juízo, a prerrogativa de acompanhar a realização do exame, mas desde que, por força das circunstâncias em que o exame deverá ser realizado, sua atuação não se constitua num obstáculo à realização da perícia oficial (MANZANO, 2011, p. 86-87).

Apesar de não haver notícias de pesquisas sobre o tema, a experiência demonstra que, no Processo Penal Brasileiro, o instituto da assistência técnica criminal tem ocorrido com baixíssima frequência²⁰, motivo pelo qual se reconhece como ainda inexpressivo o desenvolvimento por ele experimentado desde a sua instituição em 2008.

²⁰ No âmbito das perícias criminais realizadas pelo Setor Técnico-Científico da Superintendência da Polícia Federal da Bahia, não há registro de atividade de assistente técnico, pelo menos, nos últimos cinco anos.

Quando, ainda assim, se verifica a atuação de assistentes técnicos, essa atuação se dá em proveito do Ministério Público (com emprego dos serviços de seus analistas periciais) ou em proveito de investigados/acusados que ostentam boa condição financeira.

Não se tem notícia de qualquer ação pública empreendida no sentido oferecer serviço de assistência técnica a investigados/acusados de baixa renda.

Nesse sentido, compreende-se que o Poder Público precisa prover meios para que o serviço de assistência técnicas possa ser disponibilizado, por exemplo, aos assistidos da defensoria pública, retirando do instituto o caráter elitista nele ainda hoje percebido.

3.2.3.3 Oitiva de peritos em audiência

Ainda em sede de contraditório e ampla defesa, outro aspecto de grande relevância para a prova pericial está no chamado *direito ao confronto*, que consiste na prerrogativa conferida às partes de contraditar, direta e imediatamente, o indivíduo cuja manifestação, em si considerada, se constitua em prova do fato controvertido, apurado no processo (MANZANO, 2011, p. 81).

Como instituto processual, sua origem remonta à Sexta Emenda da Constituição Americana, na qual se estabelece que “em todas as persecuções penais o acusado terá direito [...] a ser confrontado com as testemunhas contrárias a si”.

Além da testemunha propriamente dita, cuja manifestação resulta na produção da prova testemunhal, a regra tem aplicabilidade também em relação aos peritos criminais, cuja manifestação resulta na constituição de prova pericial.

Em qualquer caso, exercita-se o direito ao confronto com dois objetivos básicos. Primeiro, demonstrar ao juízo que, por qualquer motivo, o autor do depoimento não é confiável, e, segundo, atenuar a carga desfavorável do depoimento pericial, apontando as inconsistências nele contidas (MALAN, 2009, p. 76).

Na reforma produzida por meio da Lei n.º 11.690/2008, como estratégia de valorização do contraditório na produção da prova pericial criminal, o direito ao confronto foi instituindo no Código de Processo Penal Brasileiro, conferindo-se às partes, quanto à perícia, a prerrogativa de *requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a*

serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar (CPPB, art. 159, § 5º, inc. I).

Corolário dos postulados do contraditório e da ampla defesa, quando exercido em face do perito criminal, o direito ao confronto assegura às partes as seguintes prerrogativas:

- a) Promover a produção da prova oral em audiência perante o juízo competente;
- b) Estar presente na audiência em que a prova oral será produzida;
- c) Conhecer a identidade do perito;
- d) Obter informação sobre sua qualificação;
- e) Questionar-lhe sobre procedimentos, métodos e conclusões técnicas.

Cumprido destacar, ademais, que, para garantia do exercício do direito ao confronto, os assistentes técnicos das partes assumem papel de grande relevância. Presentes à audiência (CPPB, art. 159, § 5º, II) esses profissionais podem atuar na orientação das partes acerca das circunstâncias técnico-científicas mais relevantes, em relação às quais o perito criminal deve ser confrontado.

3.2.3.4 Acesso ao material que serviu de base ao exame pericial

Encerrando os aspectos mais relevantes acerca do contraditório e da ampla defesa, cumpre destacar que, de acordo com o § 6º, do art. 159, do CPPB, os elementos materiais (vestígios) que serviram de base para realização da perícia devem ficar armazenados no órgão oficial de Criminalística, onde poderão ser acessadas pelos assistentes técnicos da acusação ou da defesa.

Considerando que, por disposição do CPPB, os assistentes técnicos não devem atuar durante a realização do exame pericial criminal, quando for possível o acesso dos assistentes técnicos aos vestígios, seu reexame pode ser uma alternativa (ainda que restrita) para efetivar o contraditório e a ampla defesa em relação à prova pericial.

Destaque-se, porém, que, a rigor, o simples acesso aos vestígios não garante sequer a possibilidade de seu reexame, tendo em vista que, em certos casos, verifica-se uma grande dificuldade de acesso à tecnologia e a equipamentos normalmente utilizados apenas por órgãos oficiais de Criminalística.

Dependendo da natureza dos vestígios, nem sempre será possível sua conservação e armazenamento, o que justifica a ressalva feita na parte final do § 6º, do art. 159, do CPPB. É

o caso, por exemplo, de material explosivo ou de restos mortais humanos, que, por razões óbvias não deverão permanecer sob a guarda do órgão oficial.

Ademais, desde que requerido pela parte, o acesso ao material será fraqueado a seus assistentes técnicos, nas dependências do órgão de Criminalística e na presença de um perito oficial. Assim disposto, resta caracterizada a responsabilidade do órgão de Criminalística no que diz respeito a constituição e o gerenciamento da cadeia de custódia dos vestígios por eles examinados, bem como com relação à definição de um protocolo para atuação dos assistentes técnicos.

A legislação não regulamenta, contudo, a quem deve ser dirigido o requerimento de acesso: diretamente à autoridade gestora do órgão de Criminalística, à autoridade policial ou à autoridade judicial.

Diante do inexpressivo desenvolvimento do instituto da assistência técnica, a experiência também tem demonstrado que, de maneira geral, resta também prejudicado o desenvolvimento da cadeia de custódia de vestígios e a definição do protocolo de acesso ao material que serviu de base ao exame pericial²¹.

3.2.4 Motivação das decisões judiciais

A Constituição Federal exige, como requisito de validade, que as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas (CF/88, art. 93, inc. IX).

Em relação ao accertamento dos fatos em julgamento, naturalmente, essa fundamentação pressupõe a análise das provas produzidas em contraditório judicial (CPPB, art. 155).

No tocante à apreciação da prova, adota-se no Brasil o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional. Por tal princípio, o julgador tem liberdade para valorar as provas reunidas no curso do processo, devendo, contudo, expor os motivos pelos quais chegou à determinada conclusão.

Trata-se, pois, de uma garantia bivalente: primeiro, uma garantia para o exercício autônomo da função judicante, na medida em que confere ao juiz a possibilidade de produzir

²¹ No âmbito do Setor Técnico-Científico da Superintendência da Polícia Federal na Bahia, não há um ambiente especificamente preparado para conceder ao assistente técnico o acesso ao material que serviu de base ao exame pericial.

a solução processualmente mais justa, tendo em vista as condições probatórias reveladas em cada caso; segundo, uma garantia individual no sentido de que a prestação jurisdicional não será fruto de manifestações arbitrárias, tendo em vista que a exigência de motivação favorece o controle da atividade jurisdicional, seja pela instancia superior, seja pela própria sociedade, que pode ter acesso às razões (ou motivações) da decisão tomada.

Vale destacar que, em matéria de prova pericial, como corolário do princípio da persuasão racional, vigora no Brasil o princípio liberatório, mediante o qual o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte (CPPB, art. 182).

Em que pese essa condição liberatória, que, aliás, reforça também a ideia de inexistência de hierarquia entre os diversos meios de prova, soa um tanto paradoxal a ideia do juiz se contrapor à opinião do expert, principalmente, se for considerado que a prova pericial tem cabimento justamente em face da necessidade de conhecimento técnico-científico (especializado), cujo domínio escapa ao julgador.

Nesse sentido, cumpridos os requisitos de admissibilidade da prova pericial criminal²², a rejeição das conclusões científicas define uma hipótese naturalmente improvável, a exigir, em tese, um esforço intelectual extraordinário do juiz para fundamentar a sua decisão²³.

Ainda que para o magistrado afigure-se difícil a refutação de conclusões científicas admitida no processo, em função da cláusula liberatória, a doutrina jurídica também reconhece a existência de ampla discricionariedade judicial na valoração da prova científica²⁴, resultando, muitas vezes, em subjetividades e arbitrariedades no exercício do *jus puniedi*.

Vale ressaltar, no entanto, que o próprio CPPB define como obrigatória a produção de prova pericial nas infrações que deixam vestígios (art. 158), indicando que ela só poderá ser suprida por prova testemunhal na hipótese de desaparecimento dos vestígios vinculados ao fato investigado (art. 167).

²² Mais adiante, na Seção 2.2.5 e também na Seção 3, serão analisados os requisitos admissibilidade da prova pericial criminal.

²³ Essa limitação intelectual do juiz quanto à matéria técnico-científica induz o compartilhamento da responsabilidade decisória com perito criminal, tal qual pretendido pelos médicos que, pioneiramente, conforme descrito na Seção I.3, iniciaram uma disputa com os operadores do Direito pelo poder político exercido através da persecução penal.

²⁴ Nesse sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado, v. 1. Saraiva, São Paulo: 1996, p. 38. MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. Atlas, São Paulo: 1997, p. 268. CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. Da prova no processo penal, 6. Ed. Saraiva, São Paulo: 2004, p.191-192.

Além disso, o CPPB define como causa de nulidade a ausência do exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio (art. 564, III, b).

Desta forma, como bem adverte Capez, a obrigatoriedade na produção de prova pericial – no caso de infrações que deixam vestígio – configura verdadeira “adoção excepcional do sistema de prova legal”, relativizando o princípio da livre apreciação da prova (CAPEZ, 2016, p. 420).

Assim, há de se compreender que, apesar da adoção do princípio da livre convencimento motivado, na dinâmica da persecução penal, a prova pericial criminal figura em posição de destaque, na medida em que o próprio legislador lhe define como obrigatória (quando a infração apurada tenha deixado vestígios, o que, diante da evolução tecnológica hoje verificada, define uma possibilidade deveras abrangente).

A doutrina jurídica segue no mesmo sentido do legislador:

A perícia está colocada em nossa legislação como um *meio de prova*, à qual se atribui um valor especial (está em uma posição intermediária entre a prova e a sentença). Representa um *plus* em relação à prova e um *minus* em relação à sentença. É também chamada de prova crítica (CAPAZ, 2015, p. 414).

Nesse sentido, tanto por disposição legal como por orientação doutrinária, a prova pericial se estabelece no ordenamento jurídico brasileiro como o meio hábil para comprovar crimes que deixam vestígios relacionados a fatos apurados numa persecução criminal.

Nessa condição, a atividade de Criminalística (da qual resulta a prova pericial) confere ao juiz a oportunidade de constituir decisões amplamente fundamentadas e, dessa forma, constitucionalmente legitimadas.

No âmbito da Ação Penal 470, por exemplo, a prova pericial criminal cumpriu satisfatoriamente essa função legitimadora da decisão judicial de mérito, na medida em que, em seus votos, os ministros definiram diversos fatos em julgamentos tendo por base as conclusões manifestadas nos laudos periciais produzidos por Peritos Criminais Federais entrevistados nessa pesquisa.

A propósito da relevância que a prova pericial contábil teve para o desfecho do chamado Caso Mensalão, em pesquisa recém-publicada, sua autora esclarece que:

Foram reunidos elementos de análise, com relação aos Laudos de Exame Contábil que permitem afirmar sobre a relevância e robustez dos exames periciais contábeis no contexto investigativo do Caso Mensalão. Esses resultados somente foram alcançados em função da inteligência contábil

aplicada ao conjunto de provas colhidas nas investigações e ao conhecimento multidisciplinar que forma o processo judicial e pode ser colocado à disposição da esfera decisória para seu julgamento. Nesse sentido, entende-se que estão confirmados os subitens 2.2.1 e item 2.3 da teoria indicada, que sustentam esta pesquisa científica quanto à impotência que vem sendo dada ao desempenho da função pericial no âmbito criminal e da atividade intelectual de um Perito contador diante das diferentes vertentes de análise patrimonial. Confirma-se o entendimento de Espíndola (2013) que o perito para trazer materialidade aos crimes, além de olhar os elementos de prova colocados à disposição, necessita enxergar os resultados de sua observação metodológica. Esta pesquisa evidenciou como os Peritos Oficiais lograram afirmar que foram cometidos crimes de fraudes contábeis, por meio de técnicas de tratamento de dados e análises revestidas de conhecimento contábil, mantendo foco no escopo da Perícia, dentro das limitações técnicas, ou seja, tendo como objeto os fatos ou provas e não o Direito. (VOLEJNIK, 2017, p.103)

Essa condição de efetividade da prova pericial contábil-financeira na Ação Penal 470 será objeto de especiais considerações no Capítulo 6.

3.2.5 Inadmissibilidade das provas ilícitas

A Constituição Federal Brasileira estabelece que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos* (CF, art. 5º, inc. LVI).

Por sua vez, acerca da prova ilícita, o CPPB no artigo 157 estabelece que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Desta forma, considera-se que a obtenção de uma prova em desacordo com normas legais ou constitucionais dá causa a sua inadmissibilidade no processo.

Em se tratando de prova pericial criminal, para aferição de sua licitude, assim como fez Manzano (2011, p. 107-108), cabe distinguir a perícia como meio de prova e a perícia como elemento de prova.

Na perspectiva do meio de prova, a licitude da atividade de Criminalísticas se define em função da observância do procedimento probatório legalmente previsto. E ainda que haja omissão da lei quanto ao procedimento probatório pericial, como ocorre nos casos das provas

periciais atípicas²⁵, sempre caberá uma análise dos procedimentos efetivamente executados em face dos princípios constitucionais.

Na perspectiva do elemento de prova, a licitude da prova pericial criminal se define em função da disciplina estabelecida na lei para a emissão (formalização) do laudo pericial criminal, tal qual estabelecida nos arts. 159 e 160 do CPPB.

Contudo, a questão da licitude da prova pericial criminal nem sempre se resolverá no âmbito da distinção entre meio de prova e elemento de prova. Nos casos, por exemplo, das perícias que são realizadas com sacrifício do direito individual à intimidade (como no caso de exame de material biológico) ou à privacidade (como no caso do exame de imagens da vida privada), a discussão sobre a licitude pode ter como objeto a própria dignidade humana, em si considerada.

Há de se destacar também a possibilidade da ilicitude probatória ser definida por derivação (CPPB, art. 157, §§ 1º e 2º). Prova ilícita por derivação é aquela que, em si considerada, não caracteriza infração de nenhuma norma legal ou constitucional, mas que, por nexo de causalidade, foi constituída a partir de uma fonte ilícita.

Em matéria de prova pericial, haverá ilicitude por derivação quando a fonte da prova for ilícita, por exemplo, quando o material examinado tenha sido objeto de uma busca e apreensão ou de uma quebra de um sigilo bancário ou fiscal sem a devida e autorização judicial, nas hipóteses em que essa autorização se fazia necessária.

Não importa se originalmente ilícita ou se ilícita por derivação, a prova pericial assim considerada suscitará um juízo negativo de admissibilidade, devendo seu produto (o respectivo laudo pericial) ser excluído (desentranhado) do processo em que, eventualmente, tenha sido juntado.

Estando no cerne da questão central desse trabalho, a validade da atividade de Criminalística merece ser analisada além da dogmática constitucional, na perspectiva de uma teoria geral da admissibilidade da prova pericial, tal qual proposta no Capítulo 4.

3.2.6 Efetividade da persecução penal

Superada a ideia de autotutela dos direitos por meio da vingança privada, uma vez estabelecida a compreensão de que ao Estado compete o exercício da jurisdição e a

²⁵ A circunstância que define a condição atípica da prova será avaliada em maior profundidade no Capítulo 3.

titularidade do direito de punir, prevaleceu a compreensão de que a persecução penal deve ocorrer sob uma ordem racional garantista²⁶, de modo que acusado pela prática do crime possa preservar sua dignidade, opondo resistência à pretensão estatal punitiva.

Restou, então, estabelecido que a aplicação da lei penal reclama o exercício do devido processo legal, sendo garantido ao réu/investigado presunção inocência, contraditório e ampla defesa, além de um célere pronunciamento judicial, devidamente fundamentado em argumentos sobre a matéria fática e sobre a matéria jurídica em consideração.

Verdade que, em perspectiva crítica, longe de se constituir em mecanismo de realização da Justiça Criminal, a persecução penal pode ser melhor definida como instrumento de controle social de grupos vulneráveis, que devem ser mantidos longe dos privilégios conferidos aos detentores do poder político.

Em que pesem os argumentos críticos, fato é que, ainda hoje, em todas as nações contemporâneas, a persecução penal continua instituída e cada vez mais legitimada pelo discurso de combate à criminalidade.

Nesse sentido, naturalizou-se a compreensão de que o desestímulo à prática delitiva passa necessariamente pela efetividade da persecução penal.

[...] já é pacífico que a maior ou menor eficácia contra motivadora ou dissuasória da pena não depende de sua severidade, mas de sua efetividade. Rapidez com que se opere a resposta estatal (algo que depende da eficácia das agências persecutórias como o Ministério Público e a Magistratura), grau de probabilidade de sua efetiva imposição e conteúdo real do castigo (versus rigor nominal), são medidas que poderiam eventualmente, caso fossem associadas a respostas preventivas, traduzir a eficácia do controle social formal (SHECARIA, 2012, p.21).

Assim, uma vez que se reconheça como legítima a ação repressiva na qual se funda persecução penal, preservadas as garantias instituídas em proveito do réu, pretende-se tornar efetiva a intenção sistematicamente anunciada: promover a devida e indistinta aplicação da lei penal.

O apelo à efetividade na aplicação da lei penal aparece fortemente marcado em recente fala do Ministro Luiz Roberto Barroso, membro do Supremo Tribunal Federal, para quem, de acordo com matéria jornalística publicada na Revista Eletrônica Consultor Jurídico, atualmente, o Brasil se afigura um “país de ricos delinquentes”, na medida em que, por aqui, a

²⁶ Nesse sentido: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

corrupção se tornou o modo natural de se fazer política e negócios:

Ninguém quer um Estado policial. Queremos que seja preservado o devido processo legal e o direito de defesa. Mas queremos um Estado onde as pessoas sejam devidamente punidas. Um Estado que puna os empresários que fraudem licitações, os operadores do mercado financeiro que lucrem com *insider trading*, os gestores de fundos de pensão que desviem recursos. Isso não é Estado policial, é Estado de Justiça²⁷.

Nesse mesmo sentido, em artigo publicado também na Revista Eletrônica Consultor Jurídico, Luiz Flavio Gomes considera que:

A cultura da impunidade acoberta não só os pequenos delitos senão, sobretudo, os crimes violentos (especialmente os praticados pelos próprios agentes do Estado, destacando-se os policiais militares) assim como os cometidos por grandes corporações, por partidos políticos ou agentes públicos, que protagonizam desonestidades perversas, assim como malandragens insidiosas e cotidianas, típicas dos colarinhos brancos (GOMES, 2012).

De fato, quando se trata dos chamados crimes financeiros (ou crimes do colarinho branco), essa questão da efetividade da persecução ganha ainda maior relevância, deixando evidente a necessidade de correção do caráter seletivo do sistema, já denunciado pela própria Criminologia Crítica.

Não há dúvida de que, no Brasil, quando, com raridade, a persecução penal alcança conduta de indivíduos das classes sociais detentoras do poder, a persecução penal costuma resolver-se em tono dela própria, com um julgamento que, a rigor, se limita a avaliar o cumprimento das garantias processuais, sem jamais conseguir alcançar o mérito da questão antes que a prescrição se opere. Nos chamados crimes do colarinho branco, a persecução penal se comporta como o cachorro que corre atrás do próprio rabo.

Desta forma, um dos desafios que se coloca é tornar a lei penal efetiva em casos que envolvem os chamados crimes do colarinho branco.

Nesse sentido, cabe destacar as falas de Deltan Dallagnol e Orlando Martello, Procuradores da República, em entrevista concedida ao Jornal Folha de São Paulo sobre a efetividade persecutória atribuída à chamada Operação Lava Jato, que, tal qual a Ação Penal 470, também define uma persecução penal voltada basicamente à repressão de organização

²⁷ NORMAS SEM EFEITO - Direito Penal ineficiente tornou Brasil um "país de ricos delinquentes", diz Barroso. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mar-17/ineficiencia-penal-gerou-pais-ricos-delinquentes-barroso>. Consulta em 15/04/2017. Publicado em 17/03/2017. Acesso em 17/10/2017.

criminosa, corrupção e lavagem de dinheiro, alcançando líderes empresariais e políticos brasileiros:

No entanto, talvez o maior impacto da Lava Jato tenha sido a responsabilização igualitária dos criminosos, pouco importando cargo ou bolso. Perseguiu-se a "grande corrupção", aquela que deslegitima as instituições e até então era imune ao Judiciário. A corrupção de que tratamos afeta a eficiência da gestão pública, drena recursos de serviços essenciais, desequilibra o processo democrático e violenta os princípios republicanos. É a corrupção que mata pela fila do SUS, pela falta de manutenção das estradas, que nutre a violência pela ausência de políticas públicas e que atrasa o país pela deficiência da infraestrutura. Como o mensalão, a Lava Jato tem se mostrado excepcionalmente diferente em relação à impunidade. É a exceção que confirma a regra. Precisamos reconhecer que o relativo sucesso é fruto de uma multidão de fatores, que incluem um trabalho coordenado, inovador e profissional de vários órgãos, o amadurecimento de leis e instituições e... muitos lances de sorte. Foi valioso ainda o apoio da sociedade. [...] O acervo probatório produzido é imenso. Como a usual tática dos investigados de negar os fatos já não funcionava, passaram a difundir a falsa ideia de abusos na Lava Jato.²⁸

Com grande nitidez, percebe-se aqui a escalada de argumentos utilitaristas que, ao pressuposto da legitimidade do exercício do poder de punir, compõem um discurso por meio do qual, formalmente, fica demonstrada a necessidade de investir no equilíbrio entre o interesse público na punição e as garantias fundamentais individuais daqueles que são alcançados pela persecução penal.

Ademais, firma-se também o argumento de que, no Brasil pós-redemocratização, diante dos traumas deixados pelo regime ditatorial e a exemplo do que se verificou na Itália dos anos setenta, teria ocorrido uma evidente exacerbação do direito de defesa, provocada pela institucionalização do chamado *garantismo hiperbólico mononuclear*, justamente, caracterizado pela exclusiva preocupação com o excesso no uso da força, que acaba servindo à seletividade do sistema penal, na medida em que, em proveito da classe social detentora do poder, promove conversão de garantias individuais fundamentais em simples expressão da impunidade.

Precisamos ser sinceros e incisivos (sem qualquer demérito a quem pensa em contrário): têm-se encontrado muitas e reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples **referência** aos ditames do “**garantismo penal**”, sem

²⁸ Lava Jato, de onde veio e para onde vamos. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2016/10/1827555-lava-jato-de-onde-veio-e-para-onde-vamos.shtml>. Publicado em 30/10/2016. Consulta em 17/10/2017.

que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (**quicá** pela **compreensão não integral** dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um **garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico**, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção **apenas** dos **direitos** dos cidadãos que se veem processados ou condenados. Relembremos: da leitura que fizemos, a grande razão histórica para o surgimento do **pensamento garantista** (que aplaudimos e concordamos, insista-se) decorreu desse estar diante de um Estado em que os direitos fundamentais não eram minimamente respeitados, especialmente diante do fato do sistema totalitário vigente na época (FISCHER, 2009, p. 3/4) (grifos originais).

Desta forma, ao fundamento do necessário equilíbrio entre direitos e deveres fundamentais, entre proibição do excesso e proibição da proteção deficiente, entre garantismo negativo e garantismo positivo, elaborou-se a ideia de um **garantismo penal integral**, capaz de se constituir em proteção não apenas dos direitos dos acusados/investigados, mas também da vítima e da sociedade, que, direta ou indiretamente, sofrem as consequências da ação criminosa.

Fischer (2009) descreve nos seguintes termos as condicionantes do reconhecimento da existência do garantismo integral no ordenamento jurídico brasileiro:

[...] diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de determinados bens jurídicos e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, incumbe o dever de se visualizarem os contornos (integrais, e não **monoculares**, muito menos de forma **hiperbólica**) do sistema garantista. (grifos originais)

Para ele, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há necessidade de também garantir segurança, combatendo a impunidade, o que implica evitar desvios de comportamento estatal em relação aos direitos individuais, mas também realizar uma efetiva apuração do fato supostamente delituoso e, se for o caso, aplicar a devida punição.

Por outro lado, advogando a existência de um *único garantismo*, Duclerc (2011) denuncia a falácia havida no argumento de que o poder punitivo também precisa de *garantias*:

Quem precisa de garantias é o indivíduo (o mais fraco). A própria noção de garantia já supõe, portanto, um poder punitivo (*poena*) que, não obstante, só pode atuar legitimamente em dadas circunstâncias (*crimen, necessitas, injuria, actio, culpa, iudicio*, etc). [...] Dessa forma, parece mesmo que o

garantismo, em sua forma original, já seria “integral”, e o reclame em favor de garantias *pro* poder punitivo resultará sempre em sua “desintegração”, produzindo, aí sim, um desequilíbrio na relação de forças (estado x indivíduo) e dando fundamento, por consequência, a sistemas de direito penal máximo.

O apelo havido em relação às teses utilitaristas que reclamam eficiência poderia, então, ser explicada no contexto da disputa do poder (político) de aplicar a lei penal.

Naturalmente, não se desconhece que o discurso da eficiência favorece a ampliação do poder político das instituições que operam no sistema de persecução penal, principalmente a Polícia, o Ministério Público e o Judiciário.

Essa condição, no entanto, não se constitui em justificativa para instituição de um *laissez faire, laissez aller, laissez passer*, instituído em proveito da expansão da criminalidade. A solução dos conflitos existentes na sociedade pressupõe, de um lado, a efetiva realização de políticas públicas democraticamente instituídas (inclusive, em matéria criminal) e, de outro, a ação transparente das agências estatais responsáveis por operar os sistemas de controle.

O risco (ou mesmo a natural tendência) de desvirtuamento institucional no exercício do poder, mesmo reclamando correção ou, até, repressão penal, não define justa causa para a concessão de plena liberdade, muitas vezes traduzida por absoluta impunidade, assegurada exclusivamente ao grupo social privilegiado. Se a lei penal é necessária, as instituições republicanas têm o dever de promover sua indistinta aplicação, respeitada, contudo, a ordem garantidora da dignidade da pessoa humana.

Cumprido destacar, ademais, que o princípio da efetividade passou a ter definição constitucional expressa a partir da Emenda Constitucional n.º 45, que introduziu no art. 5º da Lei Maior o inciso LXXVIII, assegurando a todos, como direito fundamental, tanto no âmbito administrativo quanto no judicial, o direito a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Àquela altura, no entanto, o Brasil já era signatário da Convenção Americana dos Direitos Humanos, denominada Pacto de San José da Costa Rica, onde a efetividade também já se encontrava definida nos termos do seu art. 8º, I:

Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e **dentro de um prazo razoável** por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada, ou **para determinação de seus direitos e obrigações**

de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (grifou-se)

De qualquer sorte, como princípio constitucional, a efetividade se estabelece como condição de equilíbrio entre os valores *segurança jurídica* e *celeridade*, impondo-se aos agentes estatais o dever de promoção de uma persecução penal que resulte em justa aplicação da lei penal.

Estabelecidas as garantias individuais, há de se reconhecer que a ordem e a segurança pública também se constituem em bem coletivo. Dessa forma, o esforço pelo aprimoramento do sistema criminal passa também pela busca da efetividade na persecução penal – e não por sua negação ou pela imposição de restrições desproporcionais à atuação das agências persecutórias, como forma de solução de conflitos sociais (SAPORI, 2009).

A seu turno, o julgamento da Ação Penal 470 acendeu uma grande discussão acerca da efetividade da persecução penal nos crimes do colarinho branco. Repercutindo essa discussão, Streck (2012) se dispôs a enfrentar a seguinte questão: *Pena privativa de liberdade é só para crimes violentos ou réus de crimes do colarinho branco também devem ser presos?*

Para tanto, o autor começa denunciando a difusão de ideologias auto protetivas, por meio das quais, preventivamente, setores da elite brasileira tentavam fazer crer que a pena de prisão não seria adequada para crimes cometidos por integrantes de classes sociais privilegiadas:

Trata-se do “fator vai que”, isto é, *vai-que-o-Brasil-mude-mesmo* depois do mensalão e, de fato, os crimes do colarinho branco passem a “dar” cadeia... Isso sendo verdadeiro, nada como ir adiantando o lado de amplos setores do estamento *pai-trimonialista* que sempre se deu bem em nosso Pindorama.

Em que pese o reconhecimento de que o direito penal se constitui num instrumento de proteção dos interesses das classes sociais dominantes (o que se evidencia por meio do perfil socioeconômico da população carcerária, quase que integralmente oriunda das camadas mais pobres da sociedade), no mesmo artigo, Streck prossegue criticando o argumento (que ganhara novo impulso após o julgamento da Ação Penal 470) formulado no sentido de que, como pena, a prisão deveria ser aplicada somente aos que comentem crimes ditos violentos. Em sua opinião, além da dimensão subjetiva, a violência também precisava ser avaliada sob o aspecto simbólico, resultando na compreensão de que a corrupção e o desvio de recursos públicos resultam em violência muito maior que diversos crimes tidos como “violentos stricto sensu”.

De fato, a violência deriva de toda ação capaz de causar sofrimento a outrem. Nesse

sentido, além de ação, ela também se traduz em efeito. A violência do delito está não apenas na ação de quem pratica a conduta tipificada, mas também no resultado dessa conduta. Crimes como maus tratos, tortura ou mesmo homicídio, em relação aos quais não há dúvida da condição violenta, podem ser praticados sem qualquer ação direta, por simples omissão. A violência não está na conduta em si, mas no seu resultado. Portanto, o resultado de um crime de corrupção, por exemplo, também tem com um de seus atributos um conteúdo de violência, por vezes elevado (COSTA, 2012).

Nesse sentido, entre o idealismo da *lei e da ordem* e o da *abolição penal*, Streck (2012) propõe uma postura substancialista (não ativista), comprometida com o conjunto dos princípios constitucionais:

[...] o Direito Penal deve ser o direito minimamente necessário para garantir as promessas da modernidade, o que inclui a segurança do cidadão (p.ex., cada um tem o direito fundamental de não ser assaltado; e, por exemplo, o direito a que os governantes sejam honestos e que as licitações não sejam fraudulentas, que os impostos não sejam sonegados...). Nenhum país civilizado do mundo abriu mão do Direito Penal para combater a criminalidade — seja dos pobres, seja dos não-pobres.

E conclui ressaltando que a correção dos vícios intrínsecos do sistema penal depende também da sua própria efetividade, sem discriminação de clientela:

Ora, na medida em que um *White Colar Man* jamais assaltará um banco ou outra atitude “violenta” contra o patrimônio, tem-se que, desde logo, estas pessoas estão marcadas com uma espécie de *neolabelling approach terrae brasiliensis*. Sempre estamos a dar lições ao mundo... Antes, o *label* era a marca da choldra, da ratatulha; agora há o *label* que “marca” a gente do estamento. São brasileiros diferentes. São aqueles que, desde já, sabem que, *desde-que-não-usem-de-violência-física*, nunca irão para a prisão. Viva a República dos-que-sabem-que-nunca-irão-para-a-prisão! Vantagem: como cadeia é mesmo só para a patuleia, já aí tem-se um bom motivo para não reformar o sistema prisional. Deixemo-lo assim. Os pobres já estão acostumados mesmo... Que beleza, não?

Não há dúvida de que, no Brasil, historicamente, a persecução penal não demonstra efetividade em relação aos crimes de colarinho branco. Apesar dos elevados níveis de corrupção apontados em diversos estudos, por aqui, a quantidade de condenados é irrisória, e a de realmente punidos, menor ainda.

Por tudo isso, compreende-se que a Ação Penal 470 pode ser considerada um exemplo de efetividade no que diz respeito à punição de crimes de colarinho branco. Neste sentido, considera-se que o julgamento se revestiu de um efetivo valor simbólico, abrindo

caminho para que, no Brasil, os chamados crimes do colarinho branco, entre eles corrupção, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, fraudes a licitação e superfaturamento, geralmente cometidos por integrantes das classes sociais mais privilegiadas, passem a resultar em efetiva punição, ou seja, o desfecho do Caso Mensalão evidenciou a possibilidade de efetiva aplicação da lei penal mesmo quando os alcançados pela persecução penal fazem parte da classe social dominante no Brasil.

Há de se registrar que, em qualquer caso, diante do conjunto de garantias constitucionalmente estabelecidas, a devida aplicação da lei penal depende, sobremaneira, da qualidade da atividade cognitiva desenvolvida no curso da persecução criminal.

Constituindo-se em meio qualificado de produção de conhecimento sobre os fatos em apuração, além da garantia da segurança probatória (*nulla accusatio sine probatione*), a atividade de Criminalística exerce um relevante papel como garantidor da efetividade persecutória. Trata-se do desafio de compreender os fatos penalmente relevantes em seus aspectos técnico-científicos, gerando conhecimento capaz de, efetiva e validamente, fundamentar juízos de mérito acerca da suposta materialidade e autoria delitiva.

Portanto, é no âmbito do paradigma preventivo que a Criminalística vem ganhando cada vez maior credibilidade perante a sociedade, pois, ao levar para o conjunto probatório o conhecimento técnico-científico, oriundo das Ciências Forenses, ela contribui para que os usuários da prova pericial tomem uma decisão mais acertada ao longo do fluxo decisório da persecução penal, possibilitando, assim, uma maior efetividade ao Sistema de Justiça Criminal, com respeito aos direitos humanos. (AMORIM, 2012, p.58).

Considerada em face das demais garantias constitucionais, a efetividade persecutória deve ser encarada como via de mão dupla, na medida em que, por ela, tanto pode ser viabilizada a pretensão punitiva do Estado, como a certificação da inocência do suspeito/acusado da prática de um crime.

A propósito da contribuição da Criminalística para concretização dessas duas vertentes da efetividade, Amorim ressalta ainda que:

[...] a relevância do papel social da Perícia Criminal Oficial, no âmbito dessa concepção preventiva do Sistema de Justiça Criminal, vai além do que simplesmente reduzir a taxa de atrito ou a impunidade dos criminosos, pois, conforme lembra O'HARA e OSTERBERG (1952, p. 12), “*para a sociedade, o infortúnio não está somente na possibilidade de o criminoso continuar impune, mas também no perigo de um inocente ser erradamente acusado*” (AMORIM, 2012, p.58).

Quanto maior for a complexidade do fato em julgamento, maior será a garantia potencial assegurada pela atividade de Criminalística. Nesse sentido, em casos complexos como o da Ação Penal 470, desde que submetidos ao devido processo legal, com garantia da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa e da inadmissibilidade de provas ilícitas, a atividade de Criminalística pode efetivamente contribuir para a justa (e efetiva) aplicação da lei penal.

Tratando-se, pois, de complexos fatos definidores de crimes patrimoniais e financeiros, quase sempre cometidos no âmbito de organizações criminosas, a prova contábil-financeira mostra-se verdadeiramente decisiva.

Na medida em que o Brasil se industrializa e deixa o autoritarismo no passado, maior amplitude e importância vêm sendo dada ao desempenho da função pericial contábil para detecção de irregularidades e crimes, como os cometidos na Ação Penal 470 (2007), o caso Mensalão (VOLEJNIK, 2007, p. 44)

De fato, conforme restará evidenciado nos Capítulos 6 e 7, os diversos laudos periciais criminais de natureza contábil-financeira produzidos no âmbito da Ação Penal 470 impactaram decisivamente tanto na investigação criminal como na instrução processual, influenciando, em larga medida, na formação da convicção dos ministros encarregados do julgamento do caso.

3.3 ATIVIDADE DE CRIMINALÍSTICA NA PERSECUÇÃO PENAL

A suposta ocorrência de um crime potencializa o surgimento de um problema ontologicamente complexo, revelado em tripla dimensão: fática, normativa e valorativa. Definida juridicamente como conduta material lesiva aos bens mais caros à sociedade, a infração penal demanda uma solução capaz de restabelecer o equilíbrio social abalado pela prática supostamente delitiva (Pereira, 2010).

No âmbito estatal, a busca por essa solução define o que se convencionou chamar de *persecução penal*, assim compreendido o conjunto de medidas assumidas pelo Poder Público (oficiais, portanto), visando garantir a apuração do fato supostamente delituoso e a definição da condição das pessoas nele supostamente envolvidas.

Tourinho Filho (2007, p. 196) esclarece que “*apurar a infração penal*” implica colher informações sobre todas as circunstâncias relacionadas ao fato supostamente criminoso, capazes de influir no seu esclarecimento.

Essas medidas apuratórias oficiais se desenvolvem em duas fases específicas e sequenciais, nas quais, com específicos critérios metodológicos, busca-se compreender a natureza material (materialidade) do fato supostamente criminoso e, em sendo o caso, identificar os responsáveis por sua prática (autoria).

3.3.1 Fases da persecução penal brasileira

A primeira fase da persecução penal possui natureza administrativa (pré-processual) e é geralmente realizada no âmbito da Polícia Judiciária²⁹. Denominada de fase de *investigação criminal*, ou fase de inquérito³⁰, realiza-se por meio de um procedimento formal essencialmente inquisitivo, que tem início imediatamente após a constatação da ocorrência do fato suspeito. Nessa fase, em perspectiva criminal, busca-se elaborar uma provisória definição desse fato, esclarecendo se a ocorrência envolve ou não a prática delitiva. Além disso, visa também identificar seus eventuais autores, de modo a, também provisoriamente, imputar-lhe responsabilidade criminal, caso confirmada a relevância penal do fato.

Por sua vez, a segunda fase possui natureza judicial (processual), sendo, assim, desenvolvida no âmbito do Poder Judiciário. Denominada de *processo penal*, pressupõe a existência de uma investigação criminal, da qual se possa extrair uma opinião afirmativa acerca da materialidade e autoria delitiva. Essa segunda fase caracteriza-se pela existência de um procedimento também formal, mas de natureza contraditória, desenvolvido no curso de uma ação penal, proposta, via de regra, em função das evidências reunidas na primeira fase da

²⁹ De acordo com julgamento concluído em 14/05/2015, no REsp n.º 593.727, o Supremo Tribunal Federal já declarou que, no Brasil, o Ministério Público, titular da ação penal pública, também possui a prerrogativa de promover investigações criminais. Por outro lado, de acordo com o disposto no art. 58, §3º, da Constituição Federal, as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) também possuem legitimidade para realização de investigações criminais (valendo a lembrança de que a Ação Penal 470 recebeu diversos elementos oriundos da chamada *CPI dos Correios*). Por fim, cumpre ainda registrar que investigações criminais são também desempenhadas no âmbito das atividades de controle e fiscalização legalmente atribuídas a outros órgãos públicos, que, no exercício de suas atribuições legais, se deparem com elementos indiciários de crime e de sua autoria, tais como a CGU (Lei nº 9.784/99 e Decreto nº 5.480/2005), o TCU (Lei nº 8.843/92), o COAF (Lei nº 9.613/98), o Banco Central, a Receita Federal (Lei nº 11.457/07), e a CVM (Lei nº 9.457/1996), além das agências reguladoras de serviços públicos concedidos. Este é o entendimento do STF, ao informar em um de seus julgados, que o próprio Código de Processo Penal dispõe no sentido de que a apuração das infrações penais e da sua autoria não excluirá a competência de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função (STF - HC: 84965 MG, Relator: Ministro GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 13/12/2011, Segunda Turma).

³⁰ O inquérito pode ser policial ou judicial. Inquérito policial é aquele conduzido no âmbito das Polícias Judiciárias (Civil ou Federal). Inquérito judicial é aquele conduzido por instância própria do Poder Judiciário, quando o fato investigado envolve autoridade com prerrogativa de foro.

persecução. Como atividade processual, envolve as seguintes etapas: postulatórias (manifestação das pretensões da acusação e da defesa), instrutória (produção de provas) e decisórias (julgamento do caso, com a constituição de um juízo definitivo sobre materialidade e autoria do fato em questão).

O reconhecimento da existência dessas duas fases fundamenta a orientação doutrinária estabelecida no Brasil no sentido de que, aqui, vigora um sistema misto de persecução penal, que possui natureza inquisitória na primeira fase e natureza acusatória³¹ na segunda.

É lugar comum na doutrina processual penal a classificação de “sistema misto”, como afirmação de que os sistemas puros seriam modelos históricos sem correspondência com os atuais. Ademais, a divisão do processo em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita) possibilitaria o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, desenhando assim o caráter misto. Historicamente, o primeiro ordenamento jurídico que adotou esse sistema misto foi o francês, do *Code D’InstructionCriminale* de 1808, pois foi pioneiro na cisão das fases de investigação e juízo. Posteriormente, difundiu-se por todo o mundo e na atualidade é o mais utilizado (LOPES JR., 2008, p. 67).

Nesse sentido, diante da ocorrência de um fato supostamente delituoso, a solução jurídica para o problema assim surgido passa, necessariamente, pela eficiência da atividade preliminar de investigação criminal (primeira fase da persecução penal), por meio da qual pode ser tornada legítima a instauração do futuro processo penal (segunda fase da persecução penal). Como máxima expressão do Poder Estatal, capaz, inclusive de prejudicar o exercício da liberdade individual, a persecução penal deve, preservadas as características específicas de cada uma de suas fases, seguir pautada pelas garantias fundamentais constitucionalmente estabelecidas, buscando compatibilizar, o máximo possível, a necessidade de aplicação da lei penal (ao menos, enquanto ela existir no ordenamento) e o respeito às liberdades civis historicamente instituídas.

Observando, de um lado, os princípios constitucionais que regem a atividade persecutória (Seção 3.2) e, de outro, as normas gerais que disciplinam a prova pericial criminal (Seção 3.1), a Criminalística exerce função destacável em ambas as fases da

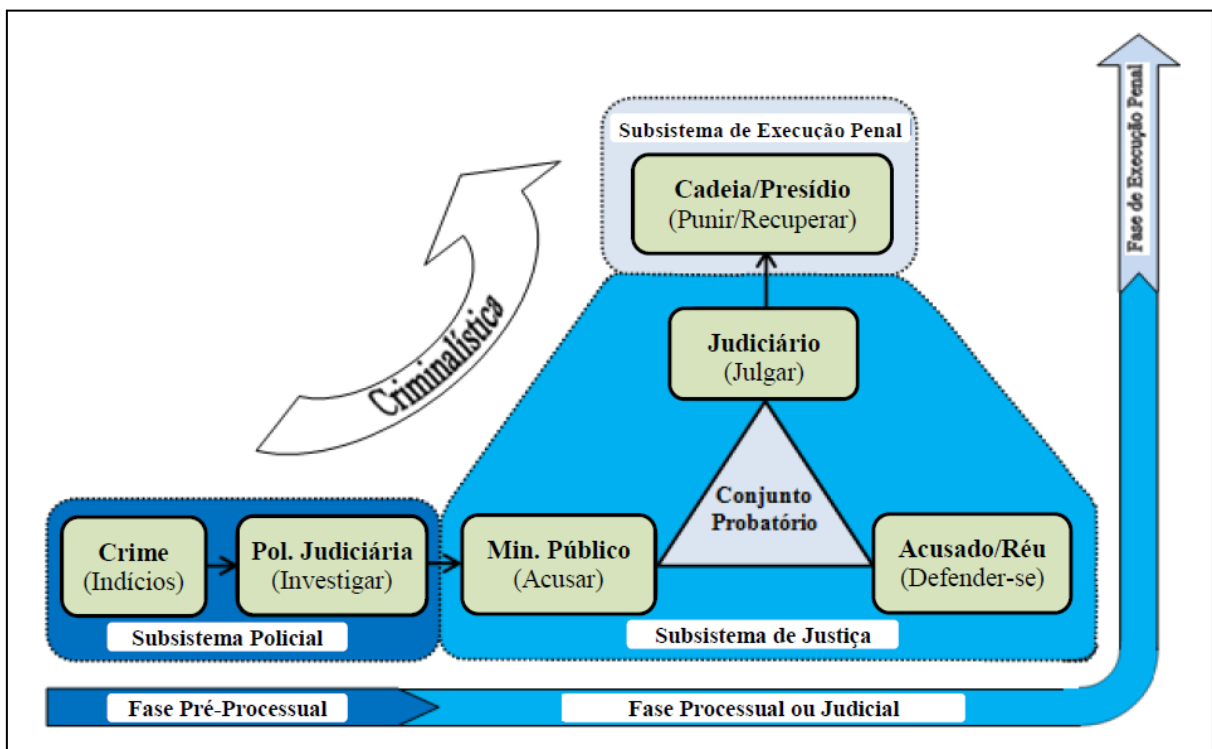
³¹ O princípio acusatório, próprio da segunda fase da persecução penal, tem por pressuposto a efetiva divisão entre as funções públicas de investigar, acusar e julgar, mas também depende sobremaneira do regime processual de prova e do efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa. Assim, além da efetiva separação das funções de investigar, acusar e julgar, a perfeita caracterização do sistema acusatório pressupõe também uma condição de permanente imparcialidade judicial e a garantia do exercício do contraditório e da ampla defesa, principalmente, na produção da prova.

persecução penal, servindo, tanto à investigação criminal quanto à instrução processual (etapa do processo penal especificamente reservada à produção probatória).

Em sua pesquisa, Amorim (2012) reconhece a necessidade de avaliar Criminalística em perspectiva mais abrangente, no âmbito do que chamou de Sistema de Justiça Criminal, que, em sua descrição, seria composto por três subsistemas: a) o subsistema policial ou de segurança pública, b) o subsistema de judicial criminal e c) o subsistema de execução penal³².

Nesse sentido, o referido autor apresenta uma figura denominada de “Estrutura Orgânica e Processual do Sistema de Justiça Criminal Brasileiro”, por meio da qual, justamente, busca ilustrar a posição e função da Criminalística nesse Sistema.

Figura 1 – Estrutura Orgânica e Processual do Sistema de Justiça Criminal Brasileiro



Fonte: Viana (2012, p.37)

A figura retrata com fidelidade a condição da Criminalística no Sistema de Justiça Criminal Brasileiro, inclusive no que diz respeito ao distanciamento da atividade em relação ao Acusado/Réu, no transcurso da persecução penal. Em que pese esse distanciamento, de fato, a atividade de Criminalística encontra-se instituída num plano transversal, na medida em

³² O referido autor destaca que, embora com menor frequência, a atividade de Criminalística pode exercida também na fase de execução penal, quando, por exemplo, o condenado solicita a revisão criminal com o propósito de ver reparada uma injusta condenação. Nesse sentido, ele destaca um estudo publicado pela *National Academy of Science*, no qual consta um exemplo, mundialmente conhecido como “*Innocence Project*”, em que exames de DNA foram decisivos para libertar 223 pessoas que haviam sido injustamente condenadas pelo Sistema de Justiça Criminal americano.

que se desenvolve nas diversas fases do ciclo persecutivo, servindo ora à formação do juízo provisório (primeira fase), ora à formação do juízo definitivo (segunda fase), ora à correção do juízo definitivo (fase de execução penal), formado acerca do fato supostamente criminoso e sua autoria.

Apesar dessa atuação transversal, a experiência demonstra que a atividade de Criminalística se desenvolve preponderantemente na primeira fase da persecução penal, onde seu exercício define os contornos de uma investigação criminal científica (seção 1.3).

De acordo com o modelo brasileiro, a Polícia Judiciária, devido à função e à posição que ocupa no âmbito da persecução penal, torna-se o principal demandante dos serviços periciais na fase pré-processual. Essa situação ocorre porque, em virtude de força normativa (Art. 6º e 158 do CPP), quando o delegado de polícia toma conhecimento da prática de uma infração penal que deixa vestígios, deve, dentre outras ações, solicitar a realização de exames periciais. Além disso, outro fator, que também contribui para que haja essa concentração de demanda por exames periciais na fase da investigação preliminar, decorre da necessidade de evitar a perda de elementos ou de vestígios relacionados ao fato criminoso, o que poderia comprometer, de forma significativa, não somente o andamento da investigação policial, mas também os resultados do processo penal na fase judicial, quando a prova pericial será submetida ao contraditório e a ampla defesa (AMORIM, 2012, p. 70).

Esse mesmo autor ressalta, porém, que, mesmo quando produzida na fase pré-processual, a atividade de Criminalística assume importância destacada em toda a persecução, servindo de subsídio não apenas para a autoridade policial, mas também para os demais atores do Sistema de Justiça Criminal: Ministério Público (a quem subsidia na formação da *opinio delicti*), defesa (a quem, ainda que por contraditório diferido, evidencia razões que justificam o indiciamento e a denúncia) e ao juiz (a quem possibilita a formação de convencimento quanto à condenação ou absolvição do réu).

Ao pressuposto de que a atividade técnico-científica implica necessariamente na geração de um conhecimento objetivo, imparcial e definitivo, passível apenas de contraditório diferido, Amorim (2012) parece desconsiderar o fato de que peritos criminais também estão sujeitos a juízos valorativos, preconceitos e subjetivismos que podem comprometer a credibilidade da conclusão técnico-científica. Tal qual sugerido na Figura 1, descreve-se com naturalidade a atividade de Criminalística posicionada próxima ao Ministério Público (responsável pela acusação) e distante da defesa do investigado/réu, sem que se admita a necessidade de garantir, sempre que possível, o exercício de um efetivo contraditório nas

diversas etapas de produção da prova pericial (postulação, admissão, produção e valoração).

Dessa forma, seu raciocínio pode até ser justificável quando a prova pericial produzida na fase pré-processual tem natureza cautelar ou em função da de certos vestígios, que, por sua própria condição instável, têm prejudicada a possibilidade de reexame, mas não tem sustentação quando se trata de prova repetível por natureza, como ocorreu no caso da Ação Penal 470, em que os fatos em apreciação, tanto na investigação quanto na instrução processual, demandavam esclarecimentos técnico-científicos de natureza contábil-financeira.

Nesse caso, em que pese a relevância que a prova pericial teve para formação da opinião do Ministério Público, repetível que era, ela acabou sendo repetida em contraditório judicial, de modo a conferir, tanto à defesa quanto à acusação (e também à própria autoridade judicial) a oportunidade de participação no procedimento probatório técnico-científico, conforme será demonstrado no Capítulo 6.

Não procede, portanto, a alegação de que, submetida apenas a um contraditório parcial, diferido, a prova pericial subsiste como tal desde a sua produção na fase de investigação criminal até a sua valoração na fase processual.

A rigor, no sistema de persecução penal brasileiro, a atividade de Criminalística desenvolvida no procedimento inquisitivo (fase pré-processual) possui natureza de informação, servindo, nesta condição, à formação *opinio delicti* do Ministério Público, sendo, portanto, passível de aceitação provisória pelo Poder Judiciário quando do exercício do juízo de admissibilidade da ação penal, da mesma forma que ocorre com os demais elementos de convicção reunidos naquela fase.

Por outro lado, a atividade de Criminalística ganha status de prova (pericial) na medida em que, de acordo com as garantias fundamentais constitucionalmente instituídas, for submetida ao contraditório judicial possível no curso da instrução processual. Assim, em havendo possibilidade de repetição, o procedimento pericial realizado na fase inquisitiva deverá ser reproduzido em pleno contraditório judicial na fase processual.

Se, por outro lado, restar caracterizada a impossibilidade de repetição por causa do eventual desaparecimento dos vestígios ou do comprometimento de sua idoneidade, o reconhecimento do status probatório e a conseqüente admissão da manifestação técnico-científica passam a depender da submissão da atividade anteriormente realizada ao contraditório (agora sim) diferido, na fase processual.

3.3.2 Perícia criminal na fase inquisitiva

Conforme visto anteriormente, a fase pré-processual da persecução penal tem início com a notícia da ocorrência de um fato supostamente criminoso.

A partir desse momento, conforme definido pelo próprio CPPB, de maneira inquisitiva, a autoridade policial³³ promove a instauração de uma investigação criminal oficial, no curso da qual, com base no princípio da obrigatoriedade do exame do corpo de delito, terá início a atividade de Criminalística:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

[...]

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

Neste sentido, cumpre lembrar que a chamada investigação criminal se constitui em etapa preliminar, definidora de justa causa para instauração de outra fase persecutiva mais complexa e abrangente, de natureza acusatória, já no âmbito do processo penal propriamente dito.

Por sua natureza instrumental, o inquérito pode constituir-se tanto em elemento legitimador como em elemento prejudicial de um possível futuro processo judicial, que se instaurará (quando, e se for o caso) com a finalidade de realizar a Justiça Criminal (seja com condenação ou com absolvição) no caso concreto.

Desta forma, a atividade de investigação criminal tem por escopo a constituição de um entendimento provisório acerca do fato supostamente delituoso, a fim de que seu posterior julgamento ocorra em face da reunião de mínimos elementos objetivos de convicção, justificadores da instauração do processo judicial de natureza criminal.

³³ Em se tratando de fato que envolva autoridade com prerrogativa de função, o procedimento inquisitivo que define a primeira fase da persecução criminal será promovido não por uma autoridade policial, mas sim por uma autoridade judicial, como foi o caso, por exemplo, da investigação criminal que resultou na Ação Penal 470. Nesse caso, a autoridade judicial que preside o feito (denominado, então, de inquérito judicial) pode até delegar funções investigativas à autoridade policial ou a Ministério Público, mas o procedimento é conduzido sob a responsabilidade formal do Poder Judiciário e não da Polícia Judiciária.

Com base nesse pretensão caráter provisório das conclusões produzidas no curso de um inquérito policial, tem-se admitido que, na fase preliminar da persecução penal, as garantias do contraditório e da ampla defesa sejam relativizadas, adotando-se como princípio o método inquisitivo de investigação.

Por outro lado, há de se reconhecer que, apesar da relativização do contraditório e da ampla defesa, o contexto metodológico da investigação criminal sofre um condicionamento normativo, derivado de outras garantias constitucionais capazes de impor limites objetivos (condicionantes negativas) à realização de determinadas práticas investigativas (PEREIRA, 2010).

São consideradas inadmissíveis, por exemplo, a prática da tortura, a violação do sigilo das comunicações, do sigilo bancário e do sigilo fiscal sem a devida autorização judicial, entre outras práticas consideradas ofensivas às garantias constitucionalmente instituídas.

Se, por um lado, em respeito à dignidade da pessoa humana, a ordem jurídica estabelece as condicionantes negativas da investigação criminal, por outro, em proveito também da efetividade e da legítima aplicação da lei penal, observadas as limitações estabelecidas, a atividade de Criminalística, tanto que oficial e obrigatória, deve garantir à investigação criminal a aplicação do método técnico-científico mais adequado à apuração do fato penalmente tido como relevante.

A ideal de efetividade dessa fase pré-processual deve, contudo, incluir o reconhecimento dos limites que são próprios de uma investigação criminal. Como a cognição ocorre em regime inquisitivo (o que, a rigor, serve a constituição de apenas um ponto de vista), as conclusões que dela derivam devem servir de fundamento à formação de opiniões e compreensões provisórias acerca da natureza delituosa dos fatos em apuração, os quais, por óbvio, precisarão ser ainda contraditoriamente testadas na segunda fase da persecução penal, caso uma ação penal correspondente venha a ser proposta e admitida.

Assim, mesmo com a entrada em vigor da Lei n.º 11.690/2008, que reformou o CPPB buscando promover o exercício do contraditório e a ampla na produção da prova criminal, em regra, mantém-se o entendimento de que essas garantias não são aplicáveis na primeira fase da persecução penal.

Ocorre, entretanto, que muitas vezes se faz necessária a produção imediata da prova pericial, antes do encerramento da fase de investigação, até mesmos para a comprovação da materialidade do delito e identificação da sua autoria. Por isso, em razão da natureza cautelar que informa tais provas, não será

possível – e nem há previsão legal – a participação da defesa na produção da prova. E, mais. A prova também não será produzida *diante do juiz*, porque ainda não provocada a jurisdição. Relembre-se que a atuação do juiz na fase pré-processual é permitida apenas na tutela das liberdades públicas e dos direitos e garantias individuais, bem como do controle cautelar da efetividade no processo. Nesses casos, fala-se em contraditório diferido. (OLIVEIRA, 2004, p. 338/339)

Decorre da própria natureza inquisitorial da investigação criminal a compreensão de que, nela, não há espaço para o exercício do contraditório e da ampla defesa, sob pena de, na generalidade dos casos, tornar inócua ou inviável a apuração dos fatos.

Em muitos casos, o procedimento apuratório é instaurado sem que sequer haja ainda um suspeito a quem se possa imputar a autoria do fato. Noutros, ainda que haja um suspeito, o procedimento precisa ser desenvolvido em sigilo, sob pena de ser inviabilizado por manobras evasivas que poderiam ser assumidas pelos suspeitos que soubessem da existência da investigação. Por fim, há os casos em que o sigilo das investigações se impõe como garantia da segurança dos investigadores e de terceiros que poderiam ser expostos a reações violentas por parte dos investigados.

Assim, seja por ausência de suspeitos, seja pela necessidade de preservação do sigilo da investigação, muitas vezes se faz necessária a realização de perícia criminal ainda na fase do inquérito, sem que seja possível ou viável a participação da defesa no procedimento de produção da informação técnico-científica. Ademais, nessa fase, o procedimento pericial também não se realiza perante a autoridade judicial, tendo em vista que não há ainda uma ação penal na qual se encontre devidamente estabelecida uma imputação criminal, sobre a qual se tornasse viável a realização de um procedimento contraditório.

Nesse sentido, alterado pela Lei n.º 11.690/2008, o CPPB admitiu o contraditório na produção da prova pericial, mas apenas o garantiu em sede processual. É o que fica evidente quando, no § 3º, do art. 159, percebe-se a ausência do investigado/indiciado do rol das pessoas autorizadas a formular quesitos e indicar de assistentes técnicos. O mesmo entendimento parece sugerido quando se declara, no § 4º, também do art. 159, que “o assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais”. E também no § 5º, do mesmo art.159, quando se estabelece que a oitiva de peritos e a indicação de assistentes técnicos é uma faculdade conferida às partes, no curso do processo judicial.

Naturalmente, quando se tratar de perícia que, realizada na fase pré-processual, venha a se tornar irrepetível pelo perecimento ou desaparecimento dos vestígios, ou mesmo pelo desfazimento da cena de crime, a despeito da ausência de contraditório em sua postulação e produção, o procedimento poderá ser aproveitado na segunda fase da persecução penal, vindo a contribuir para formação do convencimento da autoridade judicial, desde que submetida ao contraditório diferido, postergado, tardio, ou seja, aquele contraditório limitado, exercido somente por ocasião da valoração da prova, mas não na sua postulação nem na sua produção. É o caso, por exemplo, das perícias de local de crime e das perícias médicas em geral.

Vale destacar também a condição das chamadas provas cautelares, assim compreendidas aquelas normalmente produzidas no curso da investigação criminal, mas que, por envolver a relativização de alguma garantia constitucional (quebra de sigilo bancário, fiscal, das comunicações ou da inviolabilidade da residência, por exemplo), dependem de uma ordem judicial autorizativa.

Em tais situações, um vez produzida a prova pericial, o contraditório somente será realizado no curso da ação penal, quando então se permitirá, quando nada, o exame acerca da idoneidade tanto dos profissionais responsáveis pela perícia como também das conclusões por eles alcançadas. Nesse campo, o objeto da prova na maior parte das vezes, será a qualidade técnica do laudo e, particularmente, o cumprimento das normas legais a ele pertinentes, como, por exemplo, a exigência de motivação, de coerência, de atualidade e idoneidade dos métodos, etc (OLIVEIRA, 2004, p. 339).

Na postulação ou na produção desse tipo de prova, não faz sentido contar com de participação contraditória da defesa, tendo em vista que, sabendo antecipadamente da medida, naturalmente, o investigado poderia tornar inócuo seu cumprimento, empreendendo manobras evasivas (destruindo ou ocultando documentos, instrumentos ou produtos do crime, p. ex.).

Ainda assim, necessário se faz levar em consideração a natureza das fontes (vestígios) sobre as quais se constituem a prova pericial criminal. Há de se ressaltar que, mesmo obtido em procedimentos essencialmente cautelares, admite-se duas possibilidades em relação ao material que serviu de base para realização dos exames periciais:

- a) O material possui clarividência necessária para constituir-se, por si só, em elemento de prova, tornando dispensável a realização de perícia;
- b) O material traduz-se em corpo de delito ou mostra-se complexo a ponto de sua compreensão depender do exame pericial.

A primeira possibilidade define a constituição de uma autêntica prova cautelar, que, como tal, à luz do art. 155 do CPPB, reclama contraditório diferido, a ser exercitado no curso do processo penal.

Art. 155. 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.

Por sua vez, no segundo caso, a perícia criminal eventualmente realizada ainda na investigação criminal poderá ser aproveitada no processo penal a) por meio de contraditório diferido, se o exame for do tipo irrepitível, ou b) por meio de reprodução da perícia, se o exame for repetível.

Evidentemente, a hipótese que estamos agora a nos referir é aquela em que *não há mais a possibilidade de realização de nova perícia*, ou seja, quando não existir mais o objeto periciado, por alteração do estado de coisas ou pelo desaparecimento da própria coisa. Não tendo esse perecido ou se modificado, é perfeitamente possível, e mesmo indispensável, a repetição da prova (OLIVEIRA, 2004, p. 339).

Assim, não importando se derivada de uma medida cautelar ou se simplesmente produzida por necessidade de uma investigação criminal, sendo realizada na fase inquisitiva e havendo condições técnicas para sua repetição, em respeito às garantias constitucionais, impõe-se que, na instrução processual, a perícia criminal seja refeita em regime contraditório, assegurando-se às partes a mais ampla defesa, o que inclui as faculdades postular a repetição da prova, formular quesitos, indicar assistente técnico e inquirir o perito em audiência, sem o que restará prejudicado seu aproveitamento em sentença.

No chamado Caso Mensalão, as perícias criminais de natureza contábil-financeira realizadas na fase inquisitiva tiveram como objeto documentos oriundos da CPMI dos Correios, documentos obtidos por meio de medidas cautelares determinadas pelo próprio STF e documentos outros, provenientes das próprias diligências periciais.

Tratando-se, portanto, de vestígios não perecíveis, essas perícias realizadas na primeira fase da persecução penal do Caso Mensalão poderiam ser repetidas a qualquer tempo, como, de fato, em parte, por provocação da defesa, acabaram sendo repetidas no curso da Ação Penal 470.

3.3.3 Perícia criminal na fase acusatória

A fase processual da persecução criminal ocorre no curso de uma ação penal, que corresponde ao direito de provocar a jurisdição no intuito de fazer aplicar da lei penal.

Diante da proibição da autotutela da pretensão punitiva, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF/88, art. 5º, XXXV), resta aos interessados (legitimados) recorrer ao Poder Judiciário no sentido garantir a satisfação de seu interesse punitivo.

Anunciando a proteção de bens jurídicos normalmente definidos no âmbito do interesse público, o processo penal promove exercício do direito de punir, sob a garantia da dignidade da pessoa do acusado, via de regra, por ação (penal) intentada pelo Ministério Público e, apenas excepcionalmente³⁴, pela vítima do delito ou seu representante.

Como típico ato de força, em consonância com as garantias democráticas, o regular exercício do direito de ação pressupõe a caracterização de justa causa para constituição do processo, o que torna imprescindível a demonstração de existência de indícios mínimos de materialidade e autoria, além da constatação da ocorrência da infração penal em tese.

[...] o só ajuizamento da ação penal condenatória já seria suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar graves repercussões na órbita de seu patrimônio moral, partilhado socialmente com a comunidade em que desenvolve as suas atividades. Por isso, a peça acusatória deve vir acompanhada de suporte mínimo de prova, sem os quais a acusação careceria de admissibilidade (OLIVEIRA, 2004, p. 80).

Nesse sentido, há de se reconhecer a importância da atividade de investigação criminal científica desenvolvida ainda na fase pré-processual, sem a qual, muitas vezes, não se logra êxito na reunião de mínimos elementos de convicção a configurar justa causa para admissibilidade a ação penal.

Restando configurada, no entanto, a reunião de mínimos elementos de convicção acerca da materialidade e autoria delitivas e, ademais, justificada³⁵ a admissibilidade da ação penal correspondente, está aberta a possibilidade de instauração da fase processual da persecução penal.

³⁴ Trata-se de exceções normalmente estabelecidas em defesa da intimidade e da privacidade das relações pessoais do ofendido, como no caso de crimes contra a honra ou contra a liberdade sexual, por exemplo, em que a ação penal se diz de *iniciativa privada*.

³⁵ A justificação aqui deve ser admitida em sentido amplo, envolvendo, além da justa causa, o suprimento das condições da ação (interesse de agir, legitimidade e possibilidade jurídica do pedido) e dos pressupostos processuais (capacidade processual e competência do juízo).

Instaurado o processo penal, já sob a garantia da presunção de inocência, do pleno contraditório e da ampla defesa, a atividade de Criminalística passa agora da condição de *investigação criminal científica* para condição de *prova técnico-científica* processualmente estabelecida.

Enquanto, na fase de investigação criminal, o que se produz por meio da atividade de Criminalística são elementos de informação voltados à formulação da *opinio delicti* do titular da ação penal, na instrução criminal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, o que se produz é prova técnico-científica, destinada à formação da persuasão racional do juiz (Manzano, 2011, p. 151).

Como modalidade probatória, em regra, a perícia desenvolvida na segunda fase da persecução penal destina-se à formação do convencimento judicial e, por conseguinte, à constituição de uma legítima decisão de mérito.

No processo penal, sob o paradigma epistêmico da presunção de inocência, no qual a condição duvidosa se resolve em favor do réu, busca-se fazer a reconstrução aproximativa de um fato passado por meio dos elementos de prova. Nesse sentido a instrução probatória visa criar condições para que a autoridade judicial exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se reproduzirá o convencimento externado na sentença.

É a prova que torna possível a atividade de reconhecimento da autoridade judicial, em relação ao fato histórico narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida definem o que se pode chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença (LOPES JR., 2008, p. 490).

Desta forma, no curso do processo penal, revestida por garantias adicionais de índole constitucional, a atividade de Criminalística firma-se como qualificado meio de prova processual, destinando-se, agora, à construção tanto do convencimento judicial como do fundamento da decisão assumida, por meio da admissão do conhecimento técnico-científico, tido e havido como essencial para o acerto do fato em julgamento.

Objetivamente, Manzano (2011, p. 8) propõe uma definição que se destaca pela completude:

Perícia é um meio de prova técnica ou científica, que tem por objetivo a obtenção de certo conhecimento relevante para o acerto do fato (elemento de prova), a partir de um procedimento técnico realizado sobre pessoa ou coisa (fonte de prova). A conclusão do técnico ou profissional (conclusão probatória) é expressa num laudo (elemento de prova), que tem por

finalidade (finalidade da prova) influir na formação da persuasão racional do juiz, em seu processo cognitivo de valoração (valoração da prova).

Nesse sentido, além do reconhecimento da obrigatoriedade do exame de corpo de delito (art. 158, do CPPB), no curso da instrução processual, a autoridade judicial deve deferir ou mesmo determinar de ofício a realização da prova pericial que se mostre necessária ao esclarecimento das circunstâncias que envolvem o fato em julgamento (art. 184, do CPPB).

Dispensáveis seriam, portanto, apenas aquelas perícias que, recaindo sobre elementos diversos do corpo de delito, configurassem medidas meramente protelatórias ou inúteis, tendo em vista a clarividência da fonte sobre a qual recairia o exame pericial eventualmente cogitado.

Nesse sentido, durante a instrução processual, seja a requerimento ou de ofício, constatada a necessidade de produção de prova pericial para o esclarecimento dos fatos, a autoridade judicial determinará tanto a **produção** de exames periciais inéditos como a **repetição de** perícia eventualmente já realizada na investigação criminal (neste último caso, desde que os vestígios tenham sido preservados, ou seja, desde que se trate de perícia repetível).

Em se tratando de perícia já realizada na investigação criminal, mas impossível de ser repetida por causa da instabilidade dos vestígios, restará à autoridade judicial apenas submeter as conclusões técnico-científicas assim produzidas ao contraditório diferido, para, então, demonstrada sua confiabilidade, poder aproveitá-las na formação de sua convicção e na fundamentação de sua decisão (CPPB, art. 155).

Tratando genericamente da prova pericial produzida na instrução processual, Lopes Jr (2014, p. 635) assevera que, com a garantia do contraditório e da ampla defesa, as partes possuem os seguintes direitos: a) requerer a produção da prova pericial; b) apresentar quesitos, com antecedência de 10 dias da realização dos exames; c) acompanhar a colheita de vestígios do fato em apuração (substâncias químicas e biológicas, armamentos e munições, mercadorias, livros e documentos contábeis, fiscais ou bancários), se a natureza do ato permitir; d) manifestar-se sobre a prova, podendo requerer sua complementação, esclarecimentos ou nova perícia; e) indicar assistente técnico, que terá acesso ao material probatório utilizado pelos peritos oficiais; f) obter uma manifestação do juiz sobre a prova pericial realizada.

No curso da Ação Penal 470 (fase processual), conforme se verá adiante, a pesquisa documental revelou que a defesa exerceu seu direito de requer a prova pericial, apresentar quesitos e confrontar peritos em juízo, além de manifestar considerações sobre a prova e requer nova perícia. Não foram, entretanto, identificadas decisões judiciais referentes à indicação ou atuação de assistentes técnicos, nem relativos ao acompanhamento de colheita de vestígios ou referente a acesso ao material probatório que serviu de base para os exames.

4. ADMISSIBILIDADE DA PROVA PERICIAL CRIMINAL

Conforme destacado nas seções anteriores, a atividade de Criminalística e o conhecimento dela resultante são de fundamental importância para constituição de uma devida (e legítima) persecução penal.

Além da segurança e da confiabilidade que normalmente inspira, hoje, em muitos casos, a prova pericial constitui-se na única alternativa viável para efetiva comprovação de determinadas práticas delitivas, cuja compreensão, em essência, depende da aplicação de conhecimento técnico-científico, como no caso, por exemplo, de crimes cibernéticos, fraudes fiscais e contábeis, corrupção e lavagem de capitais, falsificações em geral (de medicamentos, produtos químicos, documentos, papel moeda, entre outras) e diversas outras circunstâncias constatáveis somente por meio de análises laboratoriais de alta tecnologia, como exames de DNA, espectrometria de massas e georreferenciamento, entre outros (AMORIM, 2012, p. 64).

Aliadas a tudo que viu nas seções anteriores, essas múltiplas possibilidades de aproveitamento do conhecimento científico apontam não apenas para a conveniência, mas, também, para a necessidade de evidenciar fatos e circunstâncias criminalmente relevantes por meio do emprego de técnicas e metodologias desenvolvidas no âmbito das *ciências forenses*³⁶, que, afinal, compõem a base epistemológica própria da atividade de Criminalística.

De fato, desde que os médicos demonstraram disposição para exercer o poder de decidir sobre o destino dos sujeitos considerados infratores, em todos os sistemas jurídicos, o conhecimento técnico-científico vem assumindo posição de grande destaque no processo cível e criminal, tendo em vista que, graças a seu emprego e utilização, juízes e tribunais passaram

³⁶ Originária do inglês (*forensic Science*), a expressão ciência forense remonta ao Século XVI, quando médicos militares e universitários começaram a desenvolver estudos sobre causas e circunstâncias da morte, como Ambroise Paré, um cirurgião do exército francês que estudou sistematicamente os efeitos da morte violenta em órgãos internos (PARK & DASTON, 2003).

Já lá no final do século XVIII, os estudos sobre o tema foram difundidos depois da publicação de obras como *Um Tratado sobre Medicina Forense e Saúde Pública*, pelo médico francês Francois Immanuele Fodéré (MADEA, 2014), e *O Sistema Completo de Medicina da Polícia*, pelo médico perito alemão Johann Peter Frank (LINDEMANN, 1999).

As ciências forenses compreendem um conjunto de conhecimentos e técnicas que são utilizados para comprovação de fatos e circunstâncias em torno dos quais são estabelecidos conflitos submetidos ao julgamento judicial.

Entre as diversas áreas de conhecimento envolvidas, destacam-se: medicina forense, antropologia forense, biologia forense, computação forense, geologia forense, química forense, física forense, engenharia forense, contabilidade forense e economia forense.

a compreender e dirimir complexas controvérsias estabelecidas sobre os mais diversos fatos em julgamento.

Apesar da inexistência de hierarquia formal entre as modalidades probatórias, fato é que a cultura contemporânea empresta muito valor e prestígio às predições e conclusões científicas, sendo certo que, em face do atual estágio de desenvolvimento tecnológico, normalmente, o acerto dos fatos em julgamento ficaria extremamente comprometido sem a prova pericial.

Em sua pesquisa, Amorim apresenta uma tabela bastante expressiva, que bem ilustra a condição de prestígio desfrutada pela prova técnico-científica perante alguns atores da persecução penal, esclarecendo, antes, que:

Para esse fim, foi solicitado, na Questão nº 6 do questionário aplicado, que os respondentes atribuíssem o valor de 1 a 5 a cada uma dessas provas, podendo, inclusive, haver repetição de grau. As respostas a essa questão encontram-se consolidadas no APÊNDICE E, a partir do qual foi possível obter as seguintes observações:

a) de acordo com a tabela abaixo, em todos os grupos de respondentes as provas apresentaram a mesma ordem classificatória do grau de relevância, sendo que a prova pericial foi avaliada, de forma isolada, com a maior média geral (4,72) (AMORIM, 2012, p. 100).

Tabela 1 – Médias aritméticas do grau de relevância das provas criminais.

Ordem do grau de relevância das provas criminais	Média Peritos	Média Procuradores	Média Delegados	Média Juizes	Média Geral
1º Prova Pericial	4,96	4,67	4,65	4,45	4,72
2º Prova documental ou material sem a análise pericial	2,95	3,67	3,95	3,82	3,54
3º Confissão	2,64	3,47	3,15	3,45	3,10
4º Testemunha	2,59	2,93	3,05	2,91	2,85
5º Interrogatório do investigado	2,55	2,27	3,05	2,45	2,62

Fonte: Amorim, 2012, p.100.

Ademais, diante do desenvolvimento tecnológico experimentado pela sociedade contemporânea, nota-se uma natural tendência no sentido de que as decisões judiciais dependam cada vez mais de conhecimentos técnicos ou científicos, normalmente produzidos além do campo dogmático do Direito.

Assim, na medida em que se projeta em importância, a Criminalística também potencializa um grande risco, que é o de vir a servir de base para decisões criminais injustas, fundamentadas em conclusões técnico-científicas eventualmente equivocadas.

É certo que, hoje, a ciência e a tecnologia gozam de grande prestígio na sociedade, mas, em seu esforço para construção da verdade, nem mesmo o conhecimento científico mostra-se imune aos vícios ou às falácias que acabam por conduzir ao erro, a exemplo do conservadorismo e a da falta de transparência ou do argumento de autoridade, além dos preconceitos, ideologias e interesses pessoais, que, seguramente, afetam não apenas ao leigo, mas também ao operador do conhecimento técnico-científico.

Em decorrência do prestígio conquistado pela atividade científica, há uma natural tendência em sempre admitir-se como idôneas as atividades técnicas de coleta e análise de dados, bem como a apresentação de resultados obtidos, o que faz ampliar, ainda mais, o risco de se induzir o juiz ou o tribunal a erro, principalmente, em face de uma deliberação proposital nesse sentido.

Além disso, compreende-se que é próprio do conhecimento científico manter-se em permanente estágio evolutivo, de forma que conclusões científicas admitidas como válidas dentro de determinado paradigma epistêmico podem passar a ser consideradas inválidas no ambiente de um novo modelo (paradigma) de produção de conhecimento (KUHN, 2003).

Isso tudo faz com que, diante do reconhecimento da significativa importância da Criminalística para a persecução penal, surja também uma enorme preocupação no sentido de promover o desenvolvimento da atividade probatória técnico-científica dentro de rígidos padrões qualidade, capazes de torná-la minimamente confiável, afinal, conforme definido por Manzano (2011, p. 179), “conquanto o elemento de prova seja indiscutivelmente relevante, o meio de se obtê-lo ainda constitui um desafio para os mais modernos sistemas jurídicos”.

Por isso, em diversos países do mundo, aprofundaram-se as reflexões sobre a melhor forma de produção de conhecimento técnico-científico no âmbito de uma persecução penal, bem como sobre a melhor forma de conduzir esse conhecimento à instância decisória, buscando minimizar os riscos de formação viciada tanto da convicção da autoridade judicial como da consequente fundamentação de sua decisão.

A rigor, essa preocupação alcança todos os meios de prova admissíveis num processo criminal, mas, naturalmente, prepondera em relação à prova técnico-científica, tendo em vista que, por definição, essa modalidade probatória possui natureza atípica, na medida em que

envolve e pressupõe a realização de procedimentos que, naturalmente, se encontram além do alcance cognitivo (e também do controle) dos demais atores processuais, inclusive da própria autoridade decisória.

4.1 ATIPICIDADE DE PROVA PERICIAL

Apesar da significativa relevância que tem o regramento instituído (Constituição Federal, Código de Processo Penal e da legislação processual penal esparsa), por razões óbvias, não se reconhece a existência de uma disciplina específica acerca do procedimento probatório que deva ser observado em todas as espécies de perícia criminal, ainda mais naquelas mais recentemente admitidas, fruto da inevitável incorporação de novas tecnológicas ou decorrentes da instituição de novos tipos penais.

Nesse sentido, a casuística revela hoje a necessidade de ampla utilização de perícias que sequer figuram nominalmente na lei processual penal brasileira, como no caso das Perícias de Engenharia e Meio Ambiente, Contabilidade e Finanças, Informática e Eletrônica ou mesmo de Identificação Humana por Exame de Padrão Vocal, entre outras tantas possibilidades sempre ampliadas em função da permanente evolução tecnológica.

E mesmo no tocante às chamadas *perícias nominadas*³⁷ em que pese se reconhecer na lei processual um início de regulamentação, não há, em absoluto, uma descrição completa do procedimento técnico adequado para sua realização.

Sem muito esforço, é possível notar o quanto precária é a regulamentação instituída principalmente no tocante aos aspectos técnico-científicos do rito probatório, mas também, em certa medida, no que diz respeito a sua própria dimensão processual.

Naturalmente, essa condição, por assim dizer, *atípica*³⁸ da prova pericial criminal tende a dificultar o estabelecimento de controles quanto à confiabilidade do princípio científico, do método ou da técnica aplicada em cada caso, fazendo aumentar a preocupação com o erro judicial possivelmente derivado de erro pericial.

³⁷ Entre os arts. 162 e 175 do CPPB, figuram nominadas as seguintes perícias criminais: autópsia, exumação, médica, laboratoriais, de incêndio, de reconhecimento de escritos e de eficácia de instrumentos de crime.

³⁸ A possibilidade de existência válida de provas atípicas, assim consideradas aquelas que não se enquadram em nenhum tipo legalmente previsto, decorre da adoção em nosso ordenamento processual do princípio da liberdade dos meios de prova. Por esse princípio, admitem-se todos os meios possíveis de prova, com exceção daqueles considerados ilícitos, por violarem alguma garantia constitucional ou mesmo legal. São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (CF/88, art. 5º, inc.LVI).

Com precisão, Manzano define a questão nos seguintes termos:

É dizer que tanto as perícias nominadas quanto as inominadas não possuem rito probatório prescrito em lei. Daí afirmar-se que todas elas constituem prova atípica, que justifica a preocupação quanto ao seu emprego no processo (MANZANO, 2011, p. 57).

No que diz respeito à tipicidade, o principal problema verificado em relação à perícia é, justamente, a ausência de regulamentação de todos os procedimentos probatórios possíveis, tendo em vista que não há como prevê-los, principalmente por que sempre surgem novas técnicas investigativas, baseadas em modernas tecnologias (FERNANDES, 2006).

Eminentemente atípica, naturalmente, a prova pericial demanda um rigoroso controle do seu próprio procedimento, afinal, sem a garantia de sua validade, apesar de sua enorme importância potencial para a persecução penal, restará comprometido o esforço pela constituição de uma prova consistente, confiável, merecedora da credibilidade técnico-científica, capaz de ser admitida e, sobretudo, bem aproveitada no processo.

4.2 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO PERICIAL

Denomina-se *procedimento probatório* o modo pelo qual a prova é produzida e conduzida ao processo. Compreende, pois, a sequência de ações necessariamente desenvolvidas pelos responsáveis pela elaboração e condução da prova que, sendo assunta ao processo, servirá de fundamento a decisão que resolverá a controvérsia deduzida em juízo.

No âmbito do devido processo penal, a validade do elemento de prova depende da regularidade do procedimento probatório executado, sendo certo não se pode admitir como válida a prova produzido num procedimento viciado.

Garantida a regularidade do procedimento probatório, o elemento de prova dele resultante deverá ser admitido e, na fase decisória do processo, submetido à competente valoração.

Assim, antes do seu adequado aproveitamento na fase decisória do processo, principalmente em face do seu caráter atípico, o procedimento probatório pericial precisa ser validado, a fim de que a prova dele resultante possa ser devidamente admitida no processo penal.

Há de se ressaltar que, apesar da natureza atípica da prova pericial criminal, seu procedimento probatório envolve a regulamentação instituída tanto no Direito Processual

Penal, principalmente no que diz respeito ao contraditório e à ampla defesa, quanto nas normas técnicas e profissionais, voltadas à disciplina da própria atividade científica.

Nessa perspectiva, compreende-se que o procedimento probatório pericial possui definição em duas dimensões:

1. **O procedimento probatório de natureza jurídico-processual**, que se desenvolve em juízo, que diz respeito a garantias fundamentais, principalmente ao contraditório e a ampla defesa, mas também ao direito à intimidade, privacidade, em fim, à dignidade da pessoa humana;
2. **O procedimento probatório de natureza técnico-científica**, desenvolvido fora do juízo, antes ou durante o processo, que diz respeito aos aspectos teóricos e metodológicos, como a confiabilidade do princípio científico subjacente, a idoneidade metodológica e a adequação técnica (coleta, cadeia de custódia e preservação de evidências), além da garantia da transparência e acesso a informação, que deve ser assegurada tanto aos interessados (juiz, acusação e defesa), como ao controle externo.

No plano **jurídico-processual**, o procedimento probatório encontra definição nas normas que regem o processo penal, desde os princípios e garantias constitucionais até as disposições sobre a prova em geral e sobre a prova pericial em particular. Essa modalidade procedimental, portanto, potencializa discussões acerca da **licitude** do elemento de prova em consideração.

Por outro lado, no plano **técnico-científico**, o procedimento probatório envolve a definição de padrões que são simplesmente estranhas ao mundo jurídico e que, portanto, não costumam encontrar definição nas normas jurídicas que regem o processo penal, mas sim no âmbito do próprio conhecimento multidisciplinar envolvido. Essa modalidade procedimental, portanto, potencializa discussões acerca da **confiabilidade** do elemento de prova em consideração.

4.3 ADMISSIBILIDADE (E ASSUNÇÃO) DA PROVA PERICIAL CRIMINAL

No Brasil, o autor que, em maior profundidade, dedicou-se à questão da admissibilidade da prova pericial foi Luís Fernando de Moraes Manzano, em sua destacável

obra intitulada *Prova Pericial – Admissibilidade e Assunção da prova Científica e Técnica no Processo Brasileiro*, publicada em 2011.

Nessa obra, considerando a experiência verificada na Inglaterra, Manzano empreende uma profunda análise do instituto da admissibilidade da prova pericial, lembrando, em certa altura, que, ao longo da História das civilizações, é possível reconhecer a existência de três etapas do movimento que resultou no aproveitamento do conhecimento científico em demandas judiciais. Na primeira delas, conferia-se a jurados dotados de conhecimentos técnico-científicos a prerrogativa de julgar a causa. Na segunda, o detentor do conhecimento técnico-científico assistia ao juiz, opinando livremente e de forma não vinculante sobre fatos e circunstâncias relevantes para a compreensão e julgamento da questão em julgamento. Na terceira, os técnicos continuam assistindo ao juiz, mas sua contribuição, que será aproveitada na sentença, passa antes por um juízo de pertinência (necessidade, oportunidade e conveniência) e de validade e confiabilidade como prova (MANZANO, 2011, p. 175)

Na sequência, iniciando as discussões sobre critérios para juízo de admissibilidade da prova científica, com base em manifestações da doutrina italiana, o autor destaca que o procedimento probatório compreende duas fases:

Fase de admissão é aquela em que o juiz, de ofício ou mediante requerimento da parte, provê a decisão sobre a admissibilidade da fonte ou meio de prova. Se o juízo de admissibilidade for positivo, prossegue-se à *fase de assunção*, que consiste na operação da concreta imissão do elemento de prova no processo, como dado utilizável pela sentença, a partir da fonte e por intermédio do meio de prova. No campo da prova pericial, a assunção envolve o procedimento técnico realizado para esclarecer, evidenciar, explicar o elemento de prova, a partir da experiência do perito, ou para obter o elemento de prova a partir da fonte de prova. (MANZANO, 2011, p.186)

Nessa perspectiva, tem-se que a admissibilidade implicaria num juízo quanto a pertinência (necessidade, conveniência e oportunidade) da prova em qualquer de suas modalidades – inclusive da prova científica. Em face do juízo positivo quanto à admissibilidade, teria lugar, então, a chamada fase de assunção, na qual seria, então, analisada a regularidade do procedimento técnico-científico.

Considerando, no entanto, que a Constituição Brasileira define a licitude dos meios de prova como requisito de sua admissibilidade (vide Seção 2.2.5), compreende-se que, no Sistema Jurídico Nacional, a admissibilidade define mais que um simples juízo de pertinência em relação à produção da prova, implicando em verdadeira análise de sua conformidade em relação às prescrições constitucionais e legais, além da própria aferição de sua confiabilidade.

Desta forma, a rigor, no âmbito do Sistema Jurídico Brasileiro, o aproveitamento da distinção proposta por Manzano exige uma adaptação conceitual de modo a que se reconheça a existência do instituto da *admissibilidade em sentido amplo*, do qual decorreriam, de um lado, a *admissibilidade em sentido estrito* e, de outro, a *assunção*.

Em sentido estrito, tal qual definido por Manzano, admissibilidade compreende a fase do procedimento probatório em que se decide sobre necessidade, conveniência e oportunidade para produção da prova. Nesse sentido, a requerimento das partes ou de ofício, o juiz reconhece que a prova tem cabimento e determina que ela seja produzida.

Por sua vez, a assunção compreende a fase do procedimento probatório que suscita um juízo sobre a aptidão de determinada prova (já produzida) para influir na convicção do julgador e, por conseguinte, servir de fundamento da decisão da causa. Nesse sentido, a assunção compreende uma análise de conformidade não apenas em relação às normas processuais (constitucionais e legais), mas também em relação às normas técnicas e/ou profissionais voltadas à disciplina da atividade científica.

Em sentido amplo, tal qual instituído no Sistema Brasileiro, o instituto da admissibilidade da prova pericial criminal compreende, portanto, a análise de todo o procedimento probatório, envolvendo:

1. A definição da necessidade, conveniência e oportunidade de sua produção;
2. A conformidade da prova já produzida em relação ao padrão processual (definidor da validade jurídica) e ao padrão técnico-profissional (definidor da confiabilidade científica).

No Brasil, portanto, a condição final de admissibilidade da prova pericial pressupõe a ocorrência de um duplo juízo positivo. Além de admitida no processo por atender aos requisitos da necessidade, oportunidade e conveniência, a prova pericial criminal precisa também ser admitida (e assunta) ao processo por ter sido produzida com validade e confiabilidade, ou seja, com aptidão para influir na convicção do julgador e servir de fundamento da decisão da causa.

No que diz respeito ao procedimento probatório de natureza técnico-científica, a questão da admissibilidade requer dos operadores jurídicos envolvidos no processo um esforço intelectual maior que sua capacidade compreensiva, pois, diante da incessante evolução científica, que proporciona o contínuo surgimento de modalidades periciais

anteriormente não previstas, sua regulamentação envolve institutos e categorias próprias de outros tantos ramos do conhecimento humano, diversos do Direito.

De fato, a elevada carga de conteúdo técnico-científico torna latente o problema da admissão e da assunção da prova pericial no processo judicial. Do enfrentamento e da adequada resolução desse problema depende o acerto daquele fato que, deduzido perante uma autoridade julgadora, obteve um juízo positivo quanto a necessidade, conveniência e oportunidade de produção de prova pericial criminal.

Nesse sentido, a pergunta que não quer calar é:

- Com quais parâmetros o juiz, as partes ou quaisquer outros interessados leigos avaliam as questões relativas à admissibilidade da prova técnico-científica, de modo a conferir-lhe não apenas validade, mas também confiabilidade?

É certo que, em face da natureza atípica da prova pericial, em parceria com os demais sujeitos interessados, a autoridade judicial competente para o processamento e julgamento da causa assumirá a responsabilidade de solucionar as controvérsias relativas à admissibilidade da prova científica.

Contudo, diferentemente do que se percebe em outros sistemas jurídicos, a exemplo da Itália³⁹ e, principalmente, dos Estados Unidos da América⁴⁰, por aqui, em face da inexistência de disposições processuais específicas, relativas à admissão de provas atípicas, a experiência demonstra que são ainda raras as controvérsias acerca do procedimento pericial e, conseqüentemente, acerca da admissibilidade da prova técnico-científica.

A inibição dessas controvérsias não se constitui, em si, numa virtude do Sistema Brasileiro, mas sim num grave risco à produção indiscriminada de manifestações periciais de confiabilidade duvidosa, constituída além de qualquer efetivo controle.

³⁹ Na Itália, as discussões se travam em torno do art. 189, do Código de Processo Penal Italiano, ao se estabelecer que “Prove non disciplinate dalla legge. 1. Quando é richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti (187) e non pregiudica la liberta morale della persona (42). Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova”.

⁴⁰ No sistema jurídico americano, em matéria pericial, há uma forte tradição no sentido de sempre enfrentar a questão do procedimento probatório, ou seja, resolver o problema da admissibilidade, antes mesmo da discussão acerca mérito do fato sobre o qual recai a prova produzida. Nos EUA, a preocupação preponderante é de coibir abuso no emprego da prova científica, bem como evitar a contaminação do processo por predições veiculadas por pseudociências (Manzano, 2011, p.61).

A possibilidade de um efetivo controle de confiabilidade da prova pericial pressupõe a definição de critérios para sua admissibilidade no processo.

4.4 CRITÉRIOS DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA PERICIAL CRIMINAL

Enfrentando a temática relativa à fase processual em que se realiza o juízo de admissibilidade da prova pericial, Manzano (2011, p. 118) destaca que:

Nesse estágio, compete ao juiz não apenas apreciar a conformidade da prova aos padrões constitucionais e legais, mas também aferir sua confiabilidade. A análise da confiabilidade compreende a apreciação de ao menos três fatores: (1) a validade da teoria científica; (2) a validade da técnica ou do método que aplica a teoria científica; e (3) se a técnica ou método foi aplicado apropriadamente. Este último fator, a seu turno, desdobra-se em questões adicionais: (a) as condições do instrumento utilizado; (b) a fiel observância dos procedimentos apropriados; (c) a qualificação do experto; (d) outras variáveis (coleta e armazenamento da fonte de prova; o tempo transcorrido até a realização do exame; a temperatura e a umidade no dia do experimento, a base de dados, a logicidade na interpretação, a forma de apresentação dos resultados, o subjetivismo do intérprete, entre outros).

De fato, ainda que sob controle e colaboração das partes interessadas, compete à autoridade judicial avaliar a pertinência, a validade e a confiabilidade da prova pericial.

A maior dificuldade verificada no exercício dessa competência reside, justamente, na condição atípica da prova pericial, que torna limitado o referencial normativo disciplinador do procedimento probatório.

Sem dúvida que, diante das especificidades do campo científico (normalmente constituído além do campo jurídico) e do constante (e cada vez mais acelerado) avanço tecnológico, torna-se inconcebível a ideia de uma completa disciplina legal do procedimento probatório pericial, capaz de oferecer ao juiz a possibilidade de aferir a regularidade na produção da prova técnico-científica.

Dessa forma, necessário se faz que o Sistema de Persecução Penal contemple critérios ou requisitos de admissibilidade da prova pericial, de modo a oferecer à autoridade julgadora mínimos recursos para o exercício da função de *gatekeeper*⁴¹ dos processos criminais,

⁴¹ A expressão é típica do sistema americano, que atribui ao juiz o poder e o dever de testar a pertinência, a validade e a confiabilidade da prova técnico-científica antes de autorizar sua condução e incorporação ao processo judicial cível ou criminal. Nos estados Unidos, encontra-se sedimentado o entendimento de que a atividade jurisdicional deve funcionar como um filtro, evitando que o processo seja contaminado por provas falsas, pseudocientíficas, capazes de conduzir a uma decisão injusta.

evitando o aproveitamento tanto de provas científicas ilegais como de provas pseudocientíficas.

O processo legislativo dificilmente acompanharia o rápido avanço científico, pelo que seria impensável a positivação de todos os procedimentos técnicos envolvidos no procedimento probatório pericial. Disso decorre a natureza eminentemente atípica da prova pericial, particularmente, da prova pericial concebida como prova científica. Por essa razão, a admissibilidade, para posterior utilização da prova técnica ou científica no processo demanda, via de regra, um *juízo* de admissibilidade dessa prova no processo, em que ela é proposta (MANZANO, 2011, p. 187).

Conforme registrado na subseção anterior, esse juízo de admissibilidade reclamado pela prova pericial compreende uma análise sobre o procedimento probatório pericial, que, por sua vez, comporta uma dimensão jurídico-processual e uma dimensão técnico-científica.

Dessa forma, compreende-se que os critérios de admissibilidade da prova pericial devem também variar de acordo com a dimensão do procedimento probatório em apreço, sendo possível, então, nesse sentido, reconhecer a existência de *critério jurídico-processual* e de *critério técnico-científico* de admissibilidade.

4.4.1 Critério jurídico-processual

Por esse critério, as questões acerca da admissibilidade da prova pericial devem ser decididas em função das disposições instituídas pelos princípios constitucionais e pelas normas legais processuais aplicáveis à espécie.

Nessa perspectiva, a condução e a incorporação da prova pericial no processo dependem de uma análise de conformidade entre o procedimento probatório adotado na prática e as disposições processuais (constitucionais e legais) relativas tanto à prova criminal em geral como à prova pericial criminal em particular. Aqui, a eventual negativa de admissibilidade tem como fundamento a ausência de licitude do procedimento probatório e, conseqüentemente, da prova produzida.

Em função das disposições legais, são normalmente passíveis de questionamento as seguintes circunstâncias procedimentais: obrigatoriedade do exame de corpo de delito, oficialidade e a autonomia dos serviços de Criminalística, dinâmica instituída para a prática de atos probatórios em juízo e as formalidades do laudo pericial.

No tocante às disposições constitucionais, os questionamentos costumam gravitar em torno do devido processo legal, da presunção de inocência e da não autoincriminação, do contraditório e da ampla defesa, da inadmissibilidade de provas ilícitas e da efetividade da persecução penal.

A propósito, em matéria probatória, não deve causar estranheza a possibilidade de ocorrência de questionamentos sobre a efetividade da persecução penal, tendo em vista que, apensar de normalmente manejados pela defesa, na medida em que a atividade de Criminalística se estabeleça com imparcialidade, os questionamentos podem e devem também partir da acusação, a quem diretamente aproveita a ideia de efetividade persecutiva.

Naturalmente, em maior frequência, os questionamentos acerca da admissibilidade da prova pericial partem da defesa considerando que, se existe um processo penal, a ponto, inclusive, de ter sido aceita a denúncia feita pela acusação, pressupõe-se a existência também de evidências sugestivas de responsabilidade criminal do réu. De outra forma, na ausência de evidências da materialidade delitiva ou da autoria, o processo criminal sequer deveria ser instaurado, o que resultaria na dispensa de qualquer esforço defensivo.

Considerando que, em sua maioria, os questionamentos quanto a regularidade do procedimento probatório pericial são provocados pela defesa, a experiência demonstra que tais questionamentos são normalmente baseados na garantia do contraditório e da ampla defesa, sob o argumento de que, para haver uma persecução penal válida, o réu deve ter sempre garantida sua participação na constituição do elemento de prova, seja no momento da postulação, da admissibilidade (em sentido estrito), da produção, da assunção e da valoração.

Vale registrar desde já que, durante a instrução probatória da Ação Penal 470, conforme será demonstrado adiante, a defesa suscitou alguns questionamentos relativos à dimensão jurídico-processual da prova pericial, tendo como fundamento básico, justamente, a garantia do contraditório e da ampla defesa.

4.4.2 Critério técnico-científico

Por esse critério, as questões acerca da admissibilidade da prova pericial devem ser decididas em função dos procedimentos especificamente estabelecidos para garantia da idoneidade do princípio científico, do método e/ou da técnica empregada nos exames periciais.

Nessa perspectiva, a condução e a incorporação da prova pericial ao processo dependem de uma análise de conformidade entre o procedimento probatório adotado na prática e as regras instituídas para acreditação do conhecimento técnico-científico. Aqui, a eventual negativa de admissibilidade tem como fundamento a ausência de confiabilidade do procedimento probatório e, conseqüentemente, da prova produzida.

Conforme visto acima, Manzano (2011) demonstra que a confiabilidade da prova pericial depende da adoção de um procedimento probatório capaz de cumprir os seguintes requisitos básicos:

- a) Validade da teoria científica, do método e da técnica que suportam a teoria, e
- b) Adequada aplicação da técnica no caso concreto.

Por sua vez, esse segundo aspecto pressupõe a avaliação: (1) das condições dos instrumentos utilizados no exame, (2) da fiel observância dos procedimentos estabelecidos e (3) da qualificação dos técnicos responsáveis pela execução do procedimento.

A necessidade de observância desses requisitos revela que, nessa dimensão, o exercício do juízo de admissibilidade implica num grande esforço interdisciplinar entre Ciência e Direito, tendo em vista que, em última análise, caberá ao juiz, operador do direito, leigo na matéria científica objeto da prova pericial, decidir sobre tais requisitos.

Desde 1923, a Suprema Corte Americana discute sobre critérios técnico-científicos capazes de viabilizar o juízo de admissibilidade da prova pericial, influenciando, com sua jurisprudência, decisões de cortes constitucionais de diversos países (MANZANO, 2011, p. 187).

As discussões nos Estados Unidos evoluíram para o reconhecimento de dois parâmetros básicos de admissibilidade da prova científica: relevância e confiabilidade. Por relevância, compreende-se a aptidão que determinada teoria científica possui para comprovação do fato controvertido, de cujo esclarecimento depende a solução da causa. Por confiabilidade, compreende-se a conformidade com os métodos e procedimentos nos quais se baseiam a prova científica.

A rigor, por se tratar de um conceito mais restrito, a relevância pode ser perfeitamente considerada um atributo da confiabilidade, uma vez que não pode ser considerado confiável uma teoria científica que não guarda relação com a natureza do fato em apuração. Por isso,

nesse trabalho, a confiabilidade tem sido apresentada como fundamento dos critérios técnico-científicos de admissibilidade da prova pericial criminal.

Assim, com base no ideal de constituição de uma prova científica confiável, por força da qual se pudesse decidir com segurança, a jurisprudência americana evoluiu no estabelecimento de critérios técnico-científicos de admissibilidade da prova pericial.

A escolha do direito estadunidense para o estudo da admissibilidade da prova científica deveu-se a alguns motivos. É naquele país que o estado da técnica e das ciências se encontra mais desenvolvido e que, talvez por isso, primeiro teve que enfrentar o problema da admissibilidade da prova técnica ou científica, que se tornou comum no processo norte-americano. O tema vem sendo tratado desde 1923 (ano de julgamento do caso Frye) pelas cortes norte-americanas e, inclusive, foi objeto de decisões paradigmáticas da Suprema Corte, as quais bem demarcaram as diversas fases da evolução jurisprudencial no tratamento da matéria. (Manzano, 2011, p. 218).

Considerando, então, que a evolução do tema na jurisprudência dos Estados Unidos influenciou decisões equivalentes em diversos países, o Manzano narra como, entre os anos de 1923 e 1999, por meio do julgamento de quatro casos paradigmáticos⁴², a Suprema Corte Americana estabeleceu os fatores que devem ser observados para cumprimento dos critérios técnico-científicos de admissibilidade da prova pericial.

Assim, numa construção histórica, julgando aqueles casos paradigmáticos, a Suprema Corte Americana definiu fatores que deveriam ser observados para o cumprimento do critério correspondente à *validade da teoria científica, do método e da técnica que suportam a teoria*:

- a) Aceitação pela comunidade técnico-científica;
- b) Testabilidade ou controlabilidade – verificação científica por testes empíricos;
- c) Revisão e publicação – submissão à apreciação crítica da comunidade científica;
- d) Identificação do percentual do erro – definição de modelos estatísticos indicativos de desvios identificados nos testes empíricos;
- e) Existência e respeito aos padrões de manutenção – necessidade de certificação por entidades idôneas das técnicas empregadas;

⁴²Oscasossão: *Frye v. United States* (293 F. 1013 – D.C. Cir. 1923), *Merrell Dow Pharmaceuticals Inc v. Daubert* (509 U.S. 579 – 1993), *General Electric Co v. Joiner* (522 U.S. 136 – 1997) e *Kumho Tire Co. v. Carmichael* (119 S. Cr. 1167 – 1999).

- f) Desenvolvimento da técnica para aplicação geral e não apenas judicial – a confiabilidade decorre de pesquisa profissional independente e não desenvolvida para o processo em que aplicada;
- g) Discricionariedade judicial quanto à suficiência dos princípios, métodos ou técnicas empregadas e das conclusões produzidas para elucidação do fato controvertido;
- h) Existência de rigor intelectual na explicação sobre o meio, caminho ou modo pelo qual foram alcançadas conclusões técnicas ou científicas relevantes para o processo.

Por outro lado, no tocante ao critério da *apropriada aplicação da técnica em cada caso*, as decisões judiciais americanas promoveram o estabelecimento dos seguintes fatores:

- a) Aptidão dos instrumentos utilizados no exame – que envolve a regularidade das condições operacionais do instrumental empregado no exame;
- b) Observância do procedimento adequado à aplicação da técnica – que envolve a correta administração das etapas a serem percorridas na execução do exame, conforme procedimentos instituídos em leis ou regulamentos administrativos;
- c) Qualificação do perito – que pressupõe a adequada e exigida qualificação do técnico responsável pela realização do exame e elaboração das conclusões.

Apesar dessa tradicional preocupação com os critérios técnico-científicos de admissibilidade da prova pericial, os juízes americanos seguem reportando desconforto em operacionalizar e aplicar estes fatores, especialmente, naquilo que diz respeito à falseabilidade da teoria ou do princípio científico e na administração da taxa de erro. Os magistrados alegam também dificuldade para compreender o significado epistemológico destes critérios, motivos pelos quais vale chamar a atenção da comunidade científica para o problema da confiabilidade (e também da relevância) de procedimentos probatórios forenses, devendo haver um esforço internacional de mobilização nesse sentido (MORRISON, 2014).

A propósito, no ano de 2009, atendendo solicitação do Senado dos Estados Unidos, a Academia Americana de Ciências (*National Academy of Sciences* - NAS) publicou os resultados de uma pesquisa sobre a qualidade da prova técnico-científica produzida nos Estados Unidos, concluindo que parte significativa da chamada Ciência Forense não está fundamentada em procedimentos científicos já estabelecidos.

O relatório⁴³ da NAS apontou que muitas áreas como a microscopia, comparação de marcas de mordida, análise de impressões digitais, testes de armas de fogo e análise de marcas de ferramentas e objetos são desenvolvidas exclusivamente no âmbito de casos criminais individuais, apresentando relevantes variações tanto na metodologia como nas conclusões.

O estudo revelou ainda que diversos métodos normalmente empregados careciam de verificação empírica, pelo que não se reconhecia nos Estados Unidos ou mesmo em outro país do mundo a existência de parâmetros confiáveis de validação metodológica ou teórica (NEUFELD e SCHECK, 2010).

Destacando um estudo realizado no ano de 2013, no qual o Juiz Joseph Maltese, da Suprema Corte de Nova York, analisa 51 decisões judiciais que citam o referido relatório da NAS, Buchmüller (2013) constata que:

Em grande parte, as cortes aceitavam as críticas ao estudo, reconhecendo que a prática de perícia criminal nos Estados Unidos necessita de reforma. Entretanto, a maioria das decisões refutaram as tentativas de defesa voltadas para a desconstituição da prova pericial por falta de confiabilidade. A prova material continua sendo muito respeitada nas cortes norte americanas.

Na sequência, o mesmo autor traz algumas considerações sobre o impacto que a pesquisa publicada pela NAS teve fora do território americano:

O relatório da NAS conseguiu também um alcance extraterritorial. Comunidades forenses em diferentes países voltaram suas atenções para o estudo norte americano. E não poderia ser diferente. O estudo da NAS baseou-se fundamentalmente em aspectos científicos (ou na falta deles) concernentes à perícia criminal. Uma das características das ciências é a universalidade. O que é ciência nos Estados Unidos deve ser ciência no Brasil, na Uganda ou na Suíça, e não é diferente com as ciências forenses. Em 2009, seis meses após a divulgação do estudo da NAS, o Bundeskriminalamt (BKA), órgão alemão de criminalística, organizou um encontro para discutir o relatório da NAS. Participaram deste evento representantes de 22 países europeus. A conclusão é de que a situação europeia é melhor do que a americana, contudo há ainda o que melhorar.

Enquanto isso, no Brasil, exatamente entre os anos de 2009 e 2010, ao longo da instrução processual da Ação Penal 470, ainda que de forma não sistemática, a defesa suscitava alguns questionamentos que podem muito bem ser enquadrados nessa dimensão técnico-científica do procedimento probatório pericial, especificamente no que diz respeito à

⁴³ Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward - Committee on Identifying the Needs of the Forensic Sciences Community, National Research Council, the National Academies Press, 2009, disponível no sítio http://www.nap.edu/catalog.php?record_id=12589#close. Consulta em 09/05/2017.

aceitação pela comunidade científica (no âmbito da validade da teoria, do método ou da técnica) e da *qualificação dos peritos* (no âmbito da adequada aplicação da técnica), conforme será demonstrado adiante.

4.5 ADMISSIBILIDADE DA PROVA TÉCNICO-CIENTÍFICA NO SISTEMA BRASILEIRO

Em sistemas penais assumidamente democráticos, parece bastante louvável a discussão acerca da melhor forma de condução e de incorporação do conhecimento técnico-científico ao processo judicial.

De fato, sem a instituição de mecanismos capazes de promover a qualidade da prova técnico-científica destinada à solução do contencioso judicial, inevitavelmente, o sistema penal assumiria um grave risco de descolamento ou de descompromisso com a realidade, gerando insegurança e comprometendo a realização dos mais elementares ideais democráticos e republicanos constitucionalmente estabelecidos.

Tal qual verificado em tantos outros sistemas penais de orientação democrática, no Sistema Brasileiro, a atividade de Criminalística cumpre uma função de grande relevância para legitimação dos atos de persecução penal.

Por outro lado, na condição de leigos em matéria técnico-científica, os destinatários da atividade de Criminalística vivenciam uma natural insegurança, derivada do fato de que as leis processuais penais não comportam a regulamentação do procedimento probatório a ser observado nas mais diversas modalidades periciais.

Ainda assim, conforme revelado acima, a experiência vem demonstrando que, no Brasil, apenas raramente, ocorrem controvérsias acerca do procedimento pericial e, conseqüentemente, acerca da admissibilidade da prova pericial criminal.

Por aqui, evidentemente, também ainda é muito limitada a produção técnico-científica, doutrinária ou jurisprudencial sobre o tema.

Apesar de escapar aos limites dessa pesquisa, seria importante investigar as causas dessas da baixa problematização acerca da admissibilidade da prova pericial criminal no Brasil.

Uma hipótese possível diz respeito ao princípio da oficialidade da prova pericial criminal, que talvez contribua decisivamente para conferir confiabilidade formal aos órgãos

(oficiais) de Criminalística, conduzindo, pois, a uma tradicional omissão das partes (acusação e defesa) quanto à discussão a respeito do correspondente procedimento probatório.

Outra possível justificativa pode ser a ausência de um dispositivo legal, por meio do qual se regulamente o ingresso da prova atípica no processo penal, como se verifica, por exemplo, no art. 189, do Código de Processo Penal Italiano.

Seja como for, na prática forense brasileira, quando muito, verifica-se a ocorrência de debates em torno das questões jurídico-processuais que envolvem o procedimento probatório, sendo quase sempre esquecidas as questões relativas à confiabilidade da teoria científica, do método ou da técnica empregada, bem como as questões relativas à adequação do método ou da técnica aplicada no caso concreto, ou seja, ao contrário do que se verifica em outros sistemas penais, no Brasil, normalmente, não ocorrem debates em torno das questões técnico-científicas do procedimento probatório pericial.

Comparada à prática normalmente observada no modelo processual penal brasileiro, em relação à admissibilidade da prova pericial criminal, a Ação Penal 470 pode ser mesmo considerada um ponto fora da curva, tendo em vista que, mesmo de forma assistemática, naquele caso, o Supremo Tribunal Federal acabou tendo que enfrentar e resolver diversas controvérsias que envolveram tanto a dimensão jurídico-processual como a dimensão técnico-científica do procedimento probatório contábil-financeiro.

Em face dessa constatação, formulou-se a questão inicialmente proposta, envolvendo a avaliação dos Peritos Criminais Federais que atuaram no Caso Mensalão sobre as controvérsias estabelecidas no curso da Ação Penal 470, relativas à admissibilidade da prova pericial contábil-financeira.

Antes da apresentação da pesquisa desenvolvida, até para que suas conclusões também possam ser adequadamente admitidas, necessário se faz alguns esclarecimentos acerca da metodologia empregada.

5 ORIENTAÇÕES METODOLÓGICAS

A pesquisa que ora se apresenta tem como temática central a admissibilidade da prova pericial criminal na persecução penal brasileira.

Para o enfrentamento dessa temática, a questão inicial foi proposta nos seguintes termos: *Como os Peritos Criminais Federais que atuaram no Caso Mensalão avaliam as controvérsias estabelecidas no curso da Ação Penal 470, referentes à admissibilidade da prova pericial contábil-financeira?*

A intenção é tentar compreender (trata-se, portanto, de uma pesquisa compreensiva) o que experientes peritos criminais federais pensam acerca dos critérios de admissibilidade da prova técnico-científica, considerando que, em última análise, essa questão diz respeito à própria legitimidade da atividade de Criminalística desenvolvida no Sistema Brasileiro de Persecução Penal.

Para dar cabo dessa intenção, foi necessário empreender um percurso metodológico que se mostrasse compatível com as peculiaridades do tema e com a natureza da pesquisa, possibilitando a elaboração de uma compreensão mais ampla e profunda da avaliação dos peritos criminais federais sobre aspectos relevantes da função por eles próprios exercida.

Nesse momento, importa descrever esse caminho percorrido desde formulação da questão inicial até as constatações que serão apresentadas e discutidas nos Capítulos 6 e 7.

5.1 DELIMITAÇÃO DO CAMPO EMPÍRICO DE PESQUISA

A questão inicialmente formulada pressupõe e ao mesmo tempo anuncia um campo empírico de pesquisa marcado por controvérsias que, suscitadas no âmbito da Ação Penal 470, definem problemas relativos ao procedimento probatório técnico-científico.

Essas controvérsias encontram-se sintetizadas em oito decisões⁴⁴ do Supremo Tribunal Federal, proferidas no curso da Ação Penal 470, que, a priori, foram objeto de uma análise documental que buscou definir-lhes o conteúdo e o alcance.

⁴⁴ As decisões judiciais em comento integram os anexos desse trabalho e serão individualmente analisadas no Capítulo 5, onde também serão apresentadas e analisadas as opiniões manifestadas pelos peritos criminais federais sobre o objeto de pesquisa. Trata-se de documentos que foram reunidos pelo pesquisador longo do processamento da Ação Penal 470, na medida em que iam se tornando públicos. O interesse do pesquisador em relação ao tema se deve ao fato dele também ser perito criminal federal e, nessa condição, mesmo não tendo atuado no Caso Mensalão, reconheceu que as controvérsias nele estabelecidas são extremamente ricas em conteúdo, servindo para a constituição de uma compreensão mais ampla e profunda acerca da atividade de Criminalística.

Essa análise documental revelou que, em essência, as controvérsias solucionadas em tais decisões dizem respeito aos procedimentos periciais contábeis-financeiros que foram desenvolvidos na investigação criminal e na instrução processual daquele caso, definindo seis questões:

1. Suficiência da prova pericial produzida na primeira fase da persecução penal;
2. Contraditório e ampla defesa na produção da prova pericial;
3. Imparcialidade do perito criminal no exercício da função policial;
4. Confronto oral entre as partes e o perito criminal em audiência de instrução;
5. Capacitação/habilitação profissional do perito criminal;
6. Aceitação da comunidade científica representada por outros órgãos estatais de fiscalização e controle.

Vale lembrar que, conforme definido na Seção 4.4, questões deste tipo, relativas à regularidade do procedimento probatório pericial revelam aspectos determinantes para admissibilidade da prova técnico-científica no processo penal.

Dessa forma, alcançando diversos aspectos do procedimento probatório pericial, essa pesquisa tem escopo definido dentro do campo empírico da admissibilidade da prova de natureza contábil-financeira.

Dentro desse campo empírico revelado a partir da análise documental das decisões proferidas pelo STF, restou evidente a conveniência em se buscar compreender, numa perspectiva qualitativa, o que, afinal, os atores responsáveis pela execução dos controvertidos procedimentos probatórios pensam sobre o conteúdo das controvérsias, bem como sobre as soluções que foram estabelecidas por força das próprias decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470.

5.2 COLETA DE DADOS

Havia, portanto, a necessidade de um método de coleta de dados capaz de revelar a opinião qualitativa de um seletivo grupo de indivíduos, identificados por sua atuação como peritos oficiais num dos mais importantes casos criminais da História do Brasil, que foi o chamado *Caso Mensalão*.

A seleção dos peritos criminais cuja opinião merecia ser coletada se deu unicamente por critério objetivo: ser perito criminal subscritor de laudo de natureza contábil-financeira produzido para o *Caso Mensalão*.

Os levantamentos preliminares, realizados em cópias dos laudos de natureza contábil-financeira⁴⁵, revelaram que vinte e um peritos criminais federais satisfaziam o requisito da seleção, ou seja, vinte e um peritos criminais federais figuraram como subscritores de laudos contábeis-financeiros produzidos para o Caso Mensalão, sendo que, destes, quatorze encontrava-se agora lotados em Brasília/DF, quatro em Belo Horizonte/MG e o restante espalhado em diversas outras cidades do território nacional.

Entre as opções metodológicas inicialmente consideradas para a coleta de dados estavam a aplicação de questionários ou a realização de entrevistas.

Na escolha, pesou o fato de que, em grande medida, essa pesquisa problematiza aspectos sensíveis do trabalho e da função desempenhada pelos indivíduos selecionados (como qualidade técnica, capacidade profissional e aderência aos procedimentos instituídos), o que poderia conduzir a naturais inibições, constrangimentos, preocupações ou resistências.

Ademais, considerando a íntima relação que esses indivíduos mantêm com objeto da pesquisa, havia realmente a necessidade de um método de coleta de dados que potencializasse manifestações autênticas e espontâneas, capazes de revelar não opiniões meramente formais ou superficiais sobre o tema da pesquisa, mas sim referenciais cognitivos e categorias conceituais que aqueles experimentados peritos criminais utilizam para avaliar os mecanismos de validação do seu próprio trabalho, dentro do sistema em que eles operam.

O desafio era, portanto, garantir aos indivíduos selecionados um ambiente de liberdade das representações num nível mais profundo que aquele normalmente obtido por meio da aplicação de questionários (Ruquoy, 1997, p. 100).

Optou-se, então, pela realização de *entrevista semidiretiva*, na qual o pesquisador descreve ao interlocutor o campo empírico em que se desenvolve o estudo, instigando-lhe a manifestar opinião autêntica e espontânea sobre o objeto da pesquisa, sem, no entanto, apresentar-lhe nenhuma pergunta pré-elaborada. Nesta modalidade de entrevista, o

⁴⁵ Foram reunidas cópias dos laudos periciais contábeis-financeiros vinculados ao *Caso Mensalão*, buscando identificar os peritos criminais responsáveis por sua elaboração, além de outros metadados, utilizados para compor as Tabelas 5 e 6, apresentadas na introdução do próximo capítulo.

pesquisador apenas provoca o aprofundamento dos pontos eventualmente não explicitados espontaneamente pelo interlocutor.

A escolha desse método de coleta de dados justifica-se pelas seguintes razões:

- a) Conforme já anunciado, a questão central envolve a opinião crítica de um grupo seletivo de indivíduos identificados pela condição comum de terem atuado como perito criminal no caso da Ação Penal 470;
- b) O interesse na opinião crítica desses indivíduos deriva exatamente da experiência por eles vividas num caso em que os aspectos mais relevantes da pesquisa foram amplamente problematizados (controvertidos) e, ao final, solucionados pela Suprema Corte Brasileira;
- c) A temática eleita e a finalidade da pesquisa exigiam uma abordagem capaz de ir além dos aspectos formais (superficiais, exteriores), devendo alcançar, num nível mais profundo, crenças e percepções individuais relativas ao objeto de estudo.

Tendo sido assumida essa opção metodológica, conforme tabela abaixo, foram agendadas e realizadas quinze entrevistas, sendo que onze delas ocorreram em Brasília/DF e quatro, em Belo Horizonte/MG.

Tabela 2 – Agenda das entrevistas realizadas.

DATA	LOCAL	QTDE DE ENTREVISTADOS
08/02/2017	Brasília/DF	03
09/02/2017	Brasília/DF	06
10/02/2017	Brasília/DF	02
18/04/2017	Belo Horizonte/MG	04
TOTAL		15

Nesse sentido, cumpre esclarecer que as entrevistas foram realizadas em sessões individuais, (uma única sessão para cada perito), sendo que, antes do seu início propriamente dito, o entrevistado era previamente informado sobre o tema da pesquisa e sobre a metodologia de coleta de dados em execução, além de convidado a formalizar seu consentimento em participar da pesquisa, inclusive, com autorização para gravação do áudio sob condição de anonimato de suas declarações (Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – Apêndice A).

Registre-se que nenhum dos peritos selecionados deixou de ser entrevistado, tendo todos eles formalizado consentimento livre e esclarecido.

Na sequência, de posse exclusivamente de um gravador, uma folha de papel em branco e uma caneta esferográfica, o pesquisador dava início a cada sessão posicionando-se de frente para o entrevistado, tentando assumir uma postura de empatia, naturalidade e aceitação em relação às declarações manifestadas, sempre buscando evitar qualquer atitude que pudesse inibir, suggestionar ou dirigir a opinião que se buscava colher.

No curso da entrevista, sempre primando pela autenticidade das declarações do interlocutor, o pesquisador intervinha quando necessário, buscando promover a manifestação de opiniões acerca, principalmente, daqueles seis controvertidos fatores definidos na seção anterior, os quais, suscitados no curso da Ação Penal 470, diziam respeito ao procedimento probatório de natureza contábil-financeira.

Interessava também a manifestação de opiniões acerca das seguintes circunstâncias, talvez capazes de revelar referenciais cognitivos, categorias conceituais, crenças e percepções individuais mais profundas, ou mesmo de possibilitar uma avaliação acerca da pertinência da própria pesquisa:

- a) Relevância da Ação Penal 470 para a atividade de Criminalística;
- b) Efetividade da prova pericial contábil-financeira produzida no Caso Mensalão;
- c) Compatibilidade entre decisões judiciais de mérito e conclusões periciais sobre os fatos julgados na Ação Penal 470, e
- d) Repercussão da experiência vivida no Caso Mensalão nas práticas funcionais vivenciadas pelos entrevistados.

Importante ressaltar que, das quinze entrevistas realizadas, três foram desprezadas, sendo que duas, por causa da baixa expressividade das opiniões manifestadas e uma, pelo fato do entrevistado ter posteriormente manifestado comportamento sugestivo⁴⁶ de arrependimento em ter participado da entrevista.

⁴⁶ Trata-se aqui de entrevistado que, no dia seguinte à entrevista, alegou ter feito confusão em suas declarações e impôs condições adicionais para que suas declarações fossem levadas em consideração. A fim de evitar possível insatisfação, optou-se por desprezar essa entrevista.

Além da análise documental que permitiu a demarcação do seu campo empírico, a pesquisa, portanto, está lastreada em depoimentos prestados por doze peritos criminais federais que atuaram no *Caso Mensalão*, sendo que seis deles atuaram na fase de investigação criminal (primeira fase da persecução penal) e os outros seis, na fase de instrução processual (segunda fase da persecução penal).

5.3 APLICAÇÃO DA TEORIA FUNDAMENTADA EM DADOS – TFD

Além de um adequado modelo de coleta de dados, havia também a necessidade de aplicar um modelo de análise igualmente compatível com o tema e com o objetivo da pesquisa.

Devido à carência de referencial teórico sobre a temática investigada, restou caracterizada a necessidade (e a conveniência) de exercitar um método essencialmente indutivo, capaz de ser executado em bases qualitativas, que favorecesse a formulação de hipóteses capazes de compor um conhecimento estruturado sobre admissibilidade da prova pericial contábil-financeira e sobre a própria atividade de Criminalística no Sistema Brasileiro de Persecução Penal.

Diante, portanto, do propósito de realizar uma pesquisa empírica voltada ao aprimoramento doutrinário e institucional da própria atividade de Criminalística, a segunda alternativa metodológica assumida nesse trabalho foi a aplicação da Teoria Fundamentada nos Dados (*Grounded Theory*), que, tal qual originalmente formulada por Glaser & Strauss, apud Cappi (2014), define, a um só tempo, um modelo de construção teórica e uma técnica de análise de dados empíricos.

A Teoria Fundamentada em Dados (TFD) propõe uma elaboração doutrinária que, indutivamente, decorra da própria pesquisa, partindo da observação analítica de dados empíricos essencialmente qualitativos, capazes de explicitar relações verificadas entre variáveis próprias dos fenômenos observados.

Nesse sentido, conforme descrito por Cappi, a TFD pode ser reconhecida como método *prevalentemente* indutivo, devendo, no entanto, ser ressaltado que:

Como se deixou entender pelo uso do advérbio “prevalentemente”, não se trata aqui de sustentar que a TFD seja indutiva no sentido puro da palavra, o que seria de fato impossível, pois a observação sempre é guiada por uma pré-leitura “teórica” da realidade por parte do observador-pesquisador. Mais precisamente, trata-se de afirmar que a TFD renuncia ao intento de trabalhar por verificação de uma ou mais hipóteses pré-estabelecidas, a partir de um

marco teórico dado. Ela visa, ao contrário, à geração de hipóteses, constituindo a criação de uma proposta teórica que, por sua vez, pode se tornar objeto de verificação ou de discussão, à luz de outras formulações teóricas existentes (CAPPI, 2014, p. 13/14).

Dessa forma, diante de sua aptidão para análises indutivas e qualitativas sobre representações sociais, o referencial metodológico da TFD foi aqui mobilizado justamente no sentido de compreender aquelas opiniões que, colhidas em entrevistas semidiretivas, revelaram dados empíricos portadores de elementos interpretativos, que, por sua vez, também constituem leituras teóricas, vinculadas a formas de pensar que merecem ser consolidadas ou consideradas em modelos compreensivos.

Respeitando-se a lógica descrita por Strauss & Corbin (2008, p. 103 a 160), no âmbito da TFD, as análises empreendidas envolveram a técnica de codificação, definida como operação multifásica de divisão, conceituação e categorização de dados empíricos, com vistas identificação de relações estruturantes entre variáveis que compõem o objeto pesquisado.

Três são as perspectivas fundamentais de codificação em TFD: codificação aberta, codificação axial e codificação seletiva.

Na perspectiva da elaboração de uma *codificação aberta*, os argumentos de cada entrevistado foram decompostos em unidades de sentido capazes de formar conceitos relacionados ao campo de pesquisa.

Esses conceitos foram agrupados de acordo com a afinidade de sentidos entre eles verificada, até constituir categorias conceituais de mais elevado grau de abstração, capazes de garantir uma leitura teórica dos dados examinados. Constituídas num modelo tipicamente qualitativo, as diversas categorias conceituais abrigaram um número muito variável de conceitos básicos, num processo que define a *codificação axial*.

Desde já, vale registrar que, em face da liberdade de expressão⁴⁷ concedida aos entrevistados, verificou-se o fornecimento espontâneo de dados que, apesar de sua relevância, encontravam definidos além daquele campo empírico inicialmente estabelecido. Ainda assim, considerando que esses dados constituíam conceitos básicos relacionados com o tema em análise, conforme será visto adiante, optou-se por categorizá-los e apresentá-los em seção específica⁴⁸ desse relatório.

⁴⁷ Essa é uma característica própria do método escolhido para a coleta de dados: entrevista semidiretiva.

⁴⁸ Trata-se da Seção 6.7, na qual se apresenta uma categoria conceitual que emerge da manifestação espontânea dos entrevistados e não da análise documental, como as demais categorias inicialmente estabelecidas.

Na perspectiva da *codificação seletiva*, as categorias até então definidas foram confrontadas no intuito de se produzir uma articulação teórica que, na sequência, foi novamente submetida à confirmação por meio dos dados empíricos, num esforço pela elaboração de uma narrativa central, de maior grau de densidade e abstração.

A formação de códigos axiais derivados de códigos abertos e, sucessivamente, a proposta de codificação seletiva, se dão num processo dinâmico, circular, que, na prática, não apresenta delimitação bem definida. Trata-se aqui de uma espiral de conhecimento que, a cada volta, num ir e vir, incorpora elementos anteriores, ampliando seu próprio campo de abrangência.

Tendo em vista que o campo empírico já tinha sido demarcado pela pesquisa documental, houve uma definição prévia das principais categorias conceituais a serem elaboradas, ou seja, diferentemente da tradicional aplicação que se faz da TFD, em que as categorias conceituais emergem da análise dos dados, nessa pesquisa, propositalmente, as categorias conceituais derivaram das controvérsias estabelecidas na Ação Penal 470 acerca da admissibilidade da prova contábil-financeira no processo penal.

Assim, há de se ressaltar que a matriz conceitual da TFD trabalhada nessa pesquisa apresenta uma estrutura pré-concebida, na qual a admissibilidade da prova técnico-científica aparece como um conceito central, constituído inicialmente por aqueles seis fatores, acima mencionados, que se tornaram controvertidos no âmbito da Ação Penal 470.

Além disso, por manifestação espontânea e recorrente de diversos entrevistados, surgiu um sétimo fator que, apesar de sua íntima relação com a temática central, não tinha se mostrado controvertido no curso da Ação Penal 470. Esse sétimo fator corresponde aos “assistentes técnicos das partes”.

Assim foi que a análise empreendida através da TFD resultou, a priori, na constituição de sete categorias conceituais que aqui demarcam o campo da “admissibilidade da prova técnico-científica na persecução penal brasileira”:

1. Suficiência da prova pericial produzida na primeira fase da persecução penal;
2. Contraditório e ampla defesa na produção da prova pericial;
3. Imparcialidade do perito criminal no exercício da função policial;
4. Confronto oral entre as partes e o perito criminal em audiência de instrução;
5. Capacitação/habilitação profissional do perito criminal;

Tabela 3 – Códigos abertos referentes à categoria analítica denominada *Suficiência da prova pericial produzida na primeira fase da persecução penal*

Unidades básicas de sentido		DISCURSOS												
		Peritos com atuação na Investigação criminal						Peritos com atuação na instrução processual						
		1	6	7	8	9	10	2	3	4	5	11	12	
13	Sob orientação dos peritos criminais, o delegado e o Ministério Público representavam junto ao STF, a fim de que pudéssemos ter acesso ao material que deveria ser examinado.		X											
14	A parceria com o delegado e com o Ministério Público garantiu celeridade, abrangência e a efetividade das ações periciais.		X											
15	Ainda no inquérito, tínhamos o cuidado de testar todos os achados, apresentando-os às pessoas que poderiam ser prejudicadas, a fim de verificar se não havia alguma explicação plausível desconhecida, numa espécie de contraditório contemporâneo.			X										
16	Conversamos com o contador e também com o jurídico do banco e fizemos reuniões em que discutíamos os assuntos que precisavam ser esclarecidos para não ter surpresas depois.			X										
17	Atuei por provocação direta do Supremo, que garantiu total acesso a informações bancárias e fiscais.			X										
18	Acho que a produção de novas perícias na fase processual é uma exceção, que precisa ser extremamente bem fundamentada.			X										
19	Se as perícias anteriores foram válidas, sem constatações errôneas ou tendenciosas, foram suficientes para identificar o ilícito, acho que não deve ter perícia nova.			X										
20	Pode ter perícia nova se for sobre fato novo, ocorrido após a fase de inquérito.			X										
21	Por causa da repercussão do caso, pode ter havido um excesso de zelo por parte do Supremo, determinando a realização de novas perícias apenas para não dar margem a qualquer alegação de cerceamento de defesa.			X										
22	É natural que novas perícias criminais sejam produzidas na fase processual, a pedido da defesa.				X									
23	As novas perícias exigiram aprofundamento das pesquisas e revelou fatos contrários ao interesse da defesa.				X									
24	Sim, faz sentido ter outras perícias na fase processual para garantia da ampla defesa. É viável e normal.					X								
25	É necessário que haja perícias complementares, mas sem comprometimento da celeridade.					X								
26	Acredito que a perícia nova que eu fiz foi útil ao processo.													X
27	Com fatos novos, justifica-se a realização de nova perícia.													X

Reunidas por afinidade, essas unidades de sentido foram teoricamente articuladas, dando origem a três conceitos de maior densidade e abrangência, correspondentes aos códigos axiais. A tabela a seguir evidencia a constituição dos códigos axiais correspondentes a categoria conceitual utilizada como exemplo.

Tabela 4 – Códigos axiais referentes à categoria analítica denominada *Suficiência da prova pericial produzida na primeira fase da persecução penal*.

Códigos axiais		DISCURSOS											
		Peritos com atuação na Investigação criminal						Peritos com atuação na instrução processual					
		1	6	7	8	9	10	2	3	4	5	11	12
1	<i>Apesar da prova contábil-financeira ser produzida predominantemente na fase pré-processual, acredita-se que a produção de perícias sobre outros fatos ou circunstâncias até então não examinados favorece ao esclarecimento da verdade.</i>	X			X		X			X		X	
2	<i>A realização de novas perícias na fase processual deve ocorrer apenas em face da alegação de fatos ou fundamentos novos, diversos daqueles que foram examinados na fase pré-processual.</i>			X						X			X
3	<i>A perícia realizada na fase pré-processual tende a ser suficiente e efetiva na medida do acesso dos peritos criminais aos vestígios decorrentes dos fatos em apuração, bem como da interação verificada entre peritos, delegados, procuradores e investigados.</i>		X	X									

E dessa forma, ao longo da pesquisa, por meio da TFD, dentro de uma lógica indutiva, foram sendo definidos os conteúdos próprios de cada uma daquelas sete categorias conceituais vinculadas à questão de partida da pesquisa. Os resultados desse processo serão apresentados no Capítulo 6.

Entretanto, conforme anunciado na seção anterior, além do esforço de teorização acerca da avaliação dos peritos criminais federais sobre a admissibilidade da prova contábil-financeira, existe também o interesse nas opiniões que os entrevistados manifestaram sobre outras circunstâncias paralelas, capazes, talvez, de revelar referenciais cognitivos, crenças e percepções individuais mais profundas, no sentido de justificar a maneira como eles estruturam o pensamento a respeito da própria atividade desempenhada ou da própria função exercida. Ademais, interessa ainda a identificação de referências que possibilitassem uma análise acerca da pertinência da própria pesquisa.

Dessa forma, ainda com base na aplicação da TFD, foram identificados dados que resultaram na definição e na análise de outras três categorias conceituais:

1. Dimensão política da Ação Penal 470;
2. Impacto da Ação Penal 470 na atividade institucional de Criminalística (na perspectiva técnico-científica e na perspectiva jurídico-processual);
3. Atividade de Criminalística e o ideal de Justiça na Ação Penal 470.

Analisadas no Capítulo 7, essas novas categorias conceituais serviram à constituição de outra categoria central, paralela à anterior, que recebeu o nome de “Relevância da Ação Penal 470 para a Criminalística Federal”.

Desta forma, serão duas as categorias centrais propostas ao final desse processo analítico, que servirão de fundamento à formulação de hipóteses teóricas acerca do objeto de pesquisa:

- a) Admissibilidade da prova contábil-financeira na Ação Penal 470 – elaborada no Capítulo 6; e
- b) Relevância da Ação Penal 470 para a atividade de Criminalística Federal – elaborada no Capítulo 7.

A tabela a seguir contém uma síntese dos campos de análise definidos por essas categorias centrais:

Tabela 5 – Sínteses dos campos empíricos explorados no âmbito dessa pesquisa.

Admissibilidade da Prova Contábil-financeira na Ação Penal 470		Relevância da Ação Penal 470 para a atividade de Criminalística Federal	
1	Suficiência da prova pericial produzida na primeira fase da persecução penal	1	Dimensão política da Ação Penal 470
2	Contraditório e ampla defesa na produção da prova pericial	2.1	Impacto da Ação Penal 470 na atividade institucional de Criminalística - perspectiva técnico-científica
3	Imparcialidade do perito criminal no exercício da função policial	2.2	Impacto da Ação Penal 470 na atividade institucional de Criminalística - perspectiva jurídico-processual
4	Confronto oral entre as partes e o perito criminal em audiência de instrução	3	Atividade de Criminalística e o ideal de Justiça na Ação Penal 470
5	Capacitação/habilitação profissional do perito criminal		
6	Aceitação da comunidade científica, representada por outros órgãos estatais de fiscalização e controle		
7	Assistentes técnicos das partes		

Ao final, em sede de conclusão, já na perspectiva da codificação seletiva, tendo por base os conceitos emergentes dessas categorias centrais, o que, pretensamente, será apresentado é uma narrativa íntegra, com reduzido número de conceitos, porém com elevado grau de abrangência, densidade e abstração, capaz de suscitar relevantes problemas teóricos, em torno do quais haverão de gravitar diversas categorias conceituais elaboradas na pesquisa (CAPPI, 2017 p.92).

6 ADMISSIBILIDADE DA PROVA CONTÁBIL-FINANCEIRA NA AÇÃO PENAL 470

Estabelecidas as orientações metodológicas, impende revelar a compreensão finalmente estabelecida acerca das opiniões manifestadas pelos entrevistados sobre as controvérsias estabelecidas no curso da Ação Penal 470, referentes à admissibilidade da prova pericial contábil-financeira.

Antes, porém, cumpre descrever o contexto geral de atuação dos peritos criminais federais nesse caso.

No âmbito do chamado Caso Mensalão, tendo em vista a existência de investigados com prerrogativa de foro, a investigação criminal ocorreu na forma de inquérito judicial, conduzido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, sendo o então Ministro Joaquim Barbosa autoridade responsável pela apuração dos fatos.

Apesar do inquérito se dizer judicial, em casos como esses, a experiência demonstra que a diligências investigativas acabam sendo delegadas para o Ministério Público e/ou para a Polícia Judiciária, restando ao Poder Judiciário exercer a supervisão geral dos trabalhos e decidir eventuais medidas invasivas de investigação, capazes de resultar em restrições a direitos e garantias fundamentais dos investigados (busca e apreensões, quebras de sigilo e prisões cautelares, basicamente).

Nesse sentido, em relação aos fatos que resultaram na Ação Penal 470, a pesquisa documental revelou a ocorrência de dois inquéritos judiciais da responsabilidade do Supremo Tribunal Federal (Inquérito Judicial n.º 2245-4/140-STF e Inquérito Judicial n.º 2280/2-140-STF), no curso dos quais, seja por provocação de um Delegado de Polícia Federal ou de um Procurador da República, conforme discriminado na tabela abaixo, foram produzidos 13 (treze) procedimentos periciais de natureza contábil-financeira.

Tabela 6 – Relação de laudos resultantes de procedimentos periciais de natureza contábil-financeira, produzidos no curso da investigação criminal do chamado Caso Mensalão.

INQUÉRITO JUDICIAL N.º 2245-4/140-STF / INQUÉRITO JUDICIAL N.º 2280-2/140-STF					
	LAUDO Nº	EMIÇÃO	INQUÉRITO JUDICIAL Nº	SOLICITANTE	REFERÊNCIA
1	2165/2005-INC	12/08/2005	2245-4/140-STF	DELEGADO DE POL. FEDERAL	OFÍCIO n. 306/2005-COAIN/COGER/DPF
2	2293/2005-INC	31/08/2005	2245-4/140-STF	DELEGADO DE POL. FEDERAL	OFÍCIO n. 332/2005-COAIN/COGER/DPF
3	3058/2005-	29/11/2005	2245-4/140-STF	DELEGADO DE POL. FEDERAL	OFÍCIO nº 314/05 – COIAN/COGER/DPF

INQUÉRITO JUDICIAL N.º 2245-4/140-STF / INQUÉRITO JUDICIAL N.º 2280-2/140-STF					
	LAUDO Nº	EMIÇÃO	INQUÉRITO JUDICIAL Nº	SOLICITANTE	REFERÊNCIA
	INC				
4	0096/2006-INC	13/01/2006	2245-4/140-STF	DELEGADO DE POL. FEDERAL	MEMO nº. 283/2005-COAIN/COGER/DPF
5	0360/2006-INC	24/02/2006	2280-2/140-STF	DELEGADO DE POL. FEDERAL	MEMO nº 059/2006-COAIN/COGER/DPF
6	0372/2006-INC*	24/02/2006	2245-4/140-STF 2280-2/140-STF	DELEGADO DE POL. FEDERAL	MEMO nº. 068/2006-COAIN/COGER/DPF
7	1854/2006-SR/MG	27/07/2006	2245-4/140-STF	DELEGADO DE POL. FEDERAL	MEMO nº 193/2005-COAIN/COGER/DPF
8	2076/2006-INC*	28/09/2006	2245-4/140-STF 2280-2/140-STF	NÃO IDENTIFICADO	MEMO nº. 024/2005 – MESP/DCOR/DPF
9	2828/2006-INC	20/12/2006	2245-4/140-STF	NÃO IDENTIFICADO	MEMO nº. 102/06 – MESP/DFIN/DPF
10	1449/2007-INC	21/05/2007	2245-4/140-STF	DELEGADO DE POL. FEDERAL	MEMO nº. 119/2006 – MESP/DFIN/DCOR/DPF
11	1450/2007-INC	21/05/2007	2245-4/140-STF	DELEGADO DE POL. FEDERAL	MEMO nº. 119/2006 – MESP/DFIN/DCOR/DPF
12	1666/2007-INC	06/06/2007	2245-4/140-STF	PROC. GERAL DA REPÚBLICA	MEMO nº 193/2005 – COAIN/COGER/DPF
13	1998/2006-INC	21/09/2006	2280-2/140-STF	NÃO IDENTIFICADO	MEMO nº 193/2005-COAIN/COGER/DPF

* No preâmbulo desses laudos, consta a informação de que ele foi elaborado no interesse de ambos os inquéritos.

Importante destacar que, produzidos ainda na fase de investigação criminal, os laudos indicados na Tabela 5 serviram de fundamento tanto na denúncia⁴⁹ do Ministério Público Federal, como na decisão judicial que a recebeu⁵⁰, dando início propriamente dito à Ação Penal 470.

Já no âmbito da Ação Penal 470, cumpre destacar que, entre reprodução de perícias realizadas na fase investigação criminal e produção de novas perícias, conforme discriminado na tabela abaixo, foram identificados 11 (onze) procedimentos periciais de natureza contábil-financeira, todos determinados pelo STF a requerimento da defesa.

⁴⁹ Apresentada em 30 de março de 2006, a denúncia pode ser conferida em http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120910-06.pdf. Com 136 páginas, ela consta do volume 27 dos autos.

⁵⁰ Proferida em seções ocorridas entre 22 e 28/08/2007, a decisão que recebeu a denúncia pode ser conferida em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=494478>. Com 1144 páginas, o Acórdão do recebimento da denúncia consta dos volumes 55-59 dos autos.

Tabela 7 – Relação de laudos resultantes de procedimentos periciais de natureza contábil-financeira, realizados na instrução processual da Ação Penal 470.

AÇÃO PENAL 470-STF				
	LAUDO N°	EMISSÃO	SOLICITANTE	REFERÊNCIA
1	1142/2009-INC	06/07/2009	MINISTRO JOAQUIM BARBOSA	Ofício n.º 4814/R-STF
2	1517/2009-INC	18/08/2009	MINISTRO JOAQUIM BARBOSA	Ofício n.º 4814/R-STF
3	1870/2009-INC	29/09/2009	MINISTRO JOAQUIM BARBOSA	Ofício n.º 4814/R-STF
4	1795/2009-INC	13/10/2009	MINISTRO JOAQUIM BARBOSA	Ofício n.º 4814/R-STF / Ofício n.º 10.546/R-STF
5	1866/2009-INC	28/10/2009	MINISTRO JOAQUIM BARBOSA	Ofício n.º 4814/R-STF
6	1869/2009-INC	29/10/2009	MINISTRO JOAQUIM BARBOSA	Ofício n.º 4814/R-STF
7	1947/2009-INC	18/11/2009	MINISTRO JOAQUIM BARBOSA	Ofício n.º 4814/R-STF
8	2046/2009-INC	22/12/2009	MINISTRO JOAQUIM BARBOSA	Ofício n.º 4814/R-STF
9	0562/2010-INC	01/04/2010	MINISTRO JOAQUIM BARBOSA	Ofício n.º 4814/R-STF
10	0833/2010-INC	17/05/2010	MINISTRO JOAQUIM BARBOSA	Ofício n.º 4814/R-STF
11	0833/2010-INC	17/05/2010	MINISTRO JOAQUIM BARBOSA	Ofício n.º 4814/R-STF

Importante destacar que, tanto laudos indicados na Tabela 5 como laudos indicados Tabela 6 serviram de fundamento para decisão de mérito⁵¹ proferida pelo Supremo Tribunal Federal que, publicada em 22/04/2013, encerrou a segunda a fase da Ação Penal 470.

Refletindo a importância que a atividade de Criminalística teve para o Caso Mensalão, no curso da Ação Penal 470, o Supremo Tribunal Federal teve que avaliar e decidir diversas controvérsias acerca do procedimento probatório contábil-financeiro.

Tendo como referência as decisões que, proferidas ao longo do processo, solucionaram essas controvérsias, cabe agora apresentar e analisar os dados coletados nas entrevistas realizadas com peritos criminais federais que atuaram no caso, buscando identificar qual a compreensão deles acerca do tema em consideração.

Foi, portanto, nesse contexto geral que o procedimento pericial contábil-financeiro tornou-se abundantemente controvertido, conforme se passará a demonstrar a partir de agora.

⁵¹ Com 8.405 páginas, o Acórdão do julgamento de mérito Ação Penal 470 pode ser conferido em ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf

6.1 SUFICIÊNCIA DA PROVA CONTÁBIL-FINANCEIRA PRODUZIDA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Essa discussão tem como ponto de partida a decisão do relator da Ação Penal 470 que, durante a instrução processual, determinou a produção de novas perícias criminais, relativas a fatos compreendidos como diversos daqueles que foram objeto das perícias realizadas na investigação criminal.

Datada de 14/04/2009, a decisão em comento encontra-se disposta no **Anexo A**.

Nela, o Ministro Joaquim Barbosa decide acerca de diversas diligências solicitadas pela defesa de determinados réus, incluindo pedidos de perícias criminais sobre fatos pretensamente novos, até então não discutidos no processo⁵².

O que se revela por detrás dessa decisão é a questão relativa à suficiência da prova pericial de natureza contábil-financeira produzida na investigação criminal.

A determinação de realização de novas perícias no curso da instrução processual sinaliza no sentido de que manifestações periciais que bastam para formação da *opinio delicti* não são necessariamente suficientes para fundamentação da decisão judicial de mérito.

Nesse sentido, mesmo depois da denúncia da Ação Penal 470 ter sido admitida, já no a instrução processual, o STF determinou que novas perícias criminais fossem realizadas, garantindo à defesa a possibilidade de resistir à pretensão punitiva não apenas por meio do enfrentamento direto dos fatos imputados aos réus, mas também por meio da faculdade de produzir prova científica sobre fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão acusatória.

Importante notar que, com convicção já estabelecida acerca dos fatos narrados na denúncia, o Ministério Público se opôs ao deferimento do pedido formulado pela defesa, sob o argumento de que *não haveria necessidade, utilidade* ou mesmo *pertinência objetiva* na realização de novas perícias⁵³.

⁵² Admite-se como sendo *novas perícias* por recaírem sobre fatos diversos daqueles que já haviam sido objeto de perícias durante a investigação criminal. Elas integram o rol de diligências solicitadas pelos réus: Marcos Valério, Henrique Pizzolato, Rogério Lanza Tolentino, Luiz Carlos da Silva e Paulo Roberto Galvão da Rocha.

⁵³ No relatório da decisão em apreço, consta que o Ministério Público Federal valeu-se desse argumento para opor-se ao pedido de realização de novas perícias criminais – Anexo 1.

Ainda assim, com fulcro no art. 184 do CPPB, o STF determinou a realização de novas perícias, ao pressuposto de que essas provas seriam necessárias ao esclarecimento da verdade, de acordo como a justificativa apresentada pela defesa.

Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.

Acerca dessa questão envolvendo a suficiência da prova contábil-financeira produzida na investigação criminal, por ordem decrescente de intensidade⁵⁴, a pesquisa revelou os conceitos indicados no quadro a seguir, destacado do mapa das entrevistas.

Tabela 8 – Códigos axiais relativos à Suficiência da prova contábil-financeira produzida na investigação criminal. Por ordem de intensidade.

1	Apesar da prova contábil-financeira ser produzida predominantemente na fase pré-processual, acredita-se que a produção de perícias sobre outros fatos ou circunstâncias até então não examinados favorece ao esclarecimento da verdade.
2	A realização de novas perícias na fase processual deve ocorrer apenas em face da alegação de fatos ou fundamentos novos, diversos daqueles que foram examinados na fase pré-processual.
3	A perícia realizada na fase pré-processual tende a ser suficiente e efetiva na medida do acesso dos peritos criminais aos vestígios decorrentes dos fatos em apuração, bem como da interação verificada entre peritos, delegados, procuradores e investigados.

Os entrevistados concordam com a decisão assumida pela STF tanto em relação a seu conteúdo dispositivo como em relação a seus fundamentos, apresentando-se, portanto, dispostos para o exercício da “função de revelar a verdade dos fatos” tanto na primeira como na segunda fase da persecução penal.

Essa disposição, no entanto, revela seus limites na ideia de que, diante da verdade constituída em perícias criminais realizadas na investigação criminal, a admissibilidade de outras perícias na instrução processual dependeria da admissão de outros fatos ou circunstâncias relevantes para o desfecho do caso.

Nota-se aqui uma tendência de afirmação da estabilidade ou mesmo da imutabilidade das conclusões periciais construídas na investigação criminal, independentemente da verificação do efetivo exercício de contraditório e ampla defesa nessa construção.

Por outro lado, admitem que a atividade de Criminalística possa cumprir satisfatoriamente a sua função já na investigação criminal, mas, nesse sentido, condicionam o desempenho dos peritos à garantia de acesso amplo às fontes de prova, bem como à

⁵⁴ A intensidade de um determinado conceito é determinada pela quantidade de entrevistados que a ele se vincula.

possibilidade de influenciarem o comportamento de outros atores que participam dessa primeira fase da persecução penal.

6.2 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NA FORMAÇÃO DA PROVA PERICIAL

A discussão tem como ponto de partida da decisão do relator da Ação Penal 470 que, no curso da instrução processual, determinou a repetição de perícias criminais de natureza contábil-financeira que haviam sido realizadas na investigação criminal.

Datada de 14/04/2009, a decisão em comento encontra-se disposta no **Anexo A**.

Nela, o relator da Ação Penal 470 decide acerca de diversas diligências solicitadas pela defesa de diversos réus, incluindo pedidos de realização perícias criminais sobre fatos que já haviam sido objeto de exames periciais realizados na primeira fase da persecução penal⁵⁵.

O que se revela por detrás dessa decisão é a questão relativa à necessidade de contraditório e da ampla defesa na produção da prova pericial de natureza contábil-financeira.

Proferida no curso da instrução processual, ao determinar a repetição de perícias criminais ocorridas na primeira fase da persecução penal, a decisão sinaliza no sentido de que as provas técnico-científicas devem ser produzidas, tanto quanto possível, sob contraditório judicial e ampla defesa, de acordo com as possibilidades reveladas pela natureza do vestígio a ser examinado.

Nesse sentido, sempre que os vestígios possibilitarem o reexame pericial dos fatos durante a instrução processual, essa possibilidade será facultada a quem aproveite, como garantia do contraditório e da ampla defesa.

Importante notar que, mais uma vez, com convicção já estabelecida acerca dos fatos narrados na denúncia, o Ministério Público se opôs ao deferimento do pedido formulado pela defesa, sob o argumento de que *o tema já seria objeto de diversas análises técnicas que se encontram nos autos, produzidas ainda na investigação criminal,*

⁵⁵ Admite-se como sendo *repetição de perícias criminais* por recaírem sobre fatos que já haviam sido objeto de perícias durante a investigação criminal, conforme indicado pelo Ministério Público Federal, ao se opor ao pedido da defesa.

*contra as quais não houve qualquer impugnação justificada, motivo pelo qual não se justificaria sua repetição*⁵⁶.

Com fulcro no art. 155 do CPPB, o STF determinou a repetição de perícias realizadas na primeira fase da persecução penal, ao fundamento de que *a perícia contábil-financeira realizada durante o inquérito (primeira fase da persecução penal) não se constitui em prova cautelar, irrepitível nem antecipada, razão pela qual seria imperativo submetê-la ao contraditório judicial.*

Art. 155. 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.

Acerca dessa questão envolvendo a necessidade de contraditório e ampla defesa na formação da prova contábil-financeira produzida na investigação criminal, em ordem decrescente de intensidade, a pesquisa revelou os conceitos indicados no quadro a seguir, destacado do mapa das entrevistas.

Tabela 9 – Códigos axiais relativos ao contraditório e à ampla defesa na prova técnico-científica.

1	A repetição de perícia em contraditório pericial deve ser condicionada a uma manifestação fundamentada de discordância quanto à conclusão técnico-científica.
2	A repetição de perícia constitui-se em manobra protelatória que compromete a efetividade da persecução penal.
3	Produzida com autonomia técnico-científica, isenção e imparcialidade, a prova pericial prescinde de produção em regime contraditório.
4	O contraditório deve ser exercido por meio de questionamentos complementares da defesa, formulados na fase processual, com auxílio de seus assistentes técnicos, mas sem a necessidade de repetição da perícia.
5	Se o refazimento for adotado como regra, inviabiliza o funcionamento do serviço de Criminalística por falta de recursos materiais e humanos para dar conta do enorme incremento de demanda.
6	A repetição das perícias só foi deferida pelo Supremo por causa da sensibilidade política do caso Mensalão, sendo medida absolutamente atípica nas persecuções penais brasileiras.
7	A depender da metodologia adotada, a repetição de exame pericial pode levar a conclusões diferentes.
8	Existem procedimentos periciais que só podem ser realizados na fase pré-processual.

⁵⁶ No relatório da decisão em apreço, consta que o Ministério Público Federal valeu-se desse argumento para opor-se ao pedido que, dessa forma, passou as ser apreciado como sendo de repetição de perícias criminais – Anexo 1.

Os entrevistados demonstraram uma contrariedade bastante expressiva no que diz respeito à necessidade de repetição da perícia contábil-financeira produzida na primeira fase da persecução penal.

O entendimento quase que unanimemente manifestado foi de que, em função do seu rigor metodológico e de seu caráter objetivo, a prova técnico-científica revelará natural e inevitavelmente a verdade dos fatos, não havendo, portanto, a necessidade de produção em regime contraditório com garantia de ampla defesa.

Mais que isso, na visão dos entrevistados, via de regra, a repetição da prova pericial criminal em regime de contraditório e ampla defesa se constituiria em evidente manobra protelatória (verdadeira chicana processual).

Chegam a admitir a prática de contraditório em relação à prova pericial, mas, a exemplo do Ministério Público Federal (que, vale dizer, tem oportunidade de participar do procedimento probatório desde a primeira fase da persecução), manifestam entendimento no sentido de que a defesa só poderia contraditar a prova pericial na segunda fase da persecução penal, condicionando o reexame da matéria técnico-científica à indicação específica e fundamentada das possíveis inconsistências materiais, isso, mesmo quando se admite que, a depender da metodologia adotada, a repetição do procedimento pericial pode conduzir a conclusões técnico-científicas diferentes.

Considerando que a maioria das perícias criminais ocorre na primeira fase da persecução penal, alegam que o órgão de Criminalística não disporia de recursos materiais e humanos suficientes para atender ao incremento da demanda na hipótese da repetição de perícia criminal na segunda fase da persecução tornar-se uma prática recorrente.

Assim, ressaltam que, além da perícia contábil-financeira, a Criminalística Federal ocupa-se de exames de naturezas diversas, muitos das quais, devido à instabilidade própria de determinados vestígios, só podem ser realizados no curso da investigação criminal e, portanto, não admitiriam repetição na segunda fase da persecução penal.

Além disso, também restou manifestado o entendimento de que a repetição de perícias só foi determinada no caso da Ação Penal 470 por se tratar de um caso politicamente muito sensível, em relação ao qual o Judiciário precisava assumir um cuidado excepcional no sentido de evitar recursos procrastinatórios, sob o argumento de cerceamento de defesa, que poderiam resultar numa perda de tempo maior que a própria repetição do procedimento probatório.

6.3 IMPARCIALIDADE DO PERITO CRIMINAL OFICIAL

A discussão tem como ponto de partida a mesma decisão mencionada nas subseções anteriores (**Anexo A**), por meio da qual, durante a instrução processual, o relator da Ação Penal 470 defere pedidos de realização de novas perícias e também de repetição de perícias sobre fatos que já haviam sido objetos de exames técnico-científicos no curso da investigação criminal.

É que, àquela altura, havia também o pedido formulado por um dos réus no sentido de que as perícias contábeis-financeiras por ele requeridas fossem realizadas por peritos particulares, tendo em vista que, no seu entender, os Peritos Criminais Federais, como integrantes da Carreira Policial Federal, atuariam com viés acusatório.

Apreciando originalmente esse pedido, mesmo já tendo determinado a realização e a repetição de perícias contábeis-financeiras, o Relator da Ação Penal 470 decide não aceitar a nomeação de peritos privados ao fundamento de que, por disposição do art. 159 do CPPB, o exame pericial criminal deve ser realizado por *perito oficial*, assim compreendido *aquele que exerce sua atividade por profissão, pertencendo a órgão especial do Estado destinado exclusivamente a produzir perícias*, levando em consideração ainda que *não se vislumbrava o alegado viés acusatório no trabalho realizado pelos peritos do Instituto Nacional de Criminalística (INC)*.

Por meio de um recurso manejado pela defesa, a questão foi então levada ao Plenário do STF, agora sob a alegação de que, sendo subscritores de diversos laudos produzidos na investigação criminal, os peritos criminais do INC estariam impedidos de funcionar na instrução processual daquele caso por já terem emitido opinião sobre o objeto da perícia e por terem participado de diligências de busca e apreensão, circunstâncias essas que, a teor do art. 279, II, do CPPB e da Súmula 361 do STF, comprometeria sua imparcialidade.

No julgamento do recurso, por unanimidade, decidiu-se que, por força do art. 159 do CPPB, definidor da regra da oficialidade, as perícias criminais seriam repetidas pelo INC/Polícia Federal, devendo ser designados peritos criminais que não tenham funcionado nos procedimentos técnicos-científicos anteriormente realizadas sobre os mesmos fatos.

Datada de 10/06/2009, essa decisão do Plenário do STF encontra-se disposta no **Anexo B**.

Acerca dessa questão envolvendo a imparcialidade do perito por sua condição policial ou por sua atuação na investigação criminal, por ordem decrescente de intensidade, a pesquisa revelou os conceitos indicados no quadro a seguir, destacado do mapa das entrevistas.

Tabela 10 – Códigos axiais relativos à imparcialidade do perito criminal oficial.

1	A condição policial do perito ou mesmo a interação com delegado e/ou com o procurador, eventualmente verificada na fase pré-processual, não compromete a autonomia, a objetividade, a imparcialidade e a isenção do perito criminal.
2	Havendo necessidade de repetição do exame pericial, melhor que o procedimento seja realizado por outros peritos criminais oficiais, já que o perito oficial que atuou inicialmente tenderia a se manter vinculado a sua conclusão; a repetição do exame por outros peritos criminais oficiais torna a conclusão mais confiável; a repetição por peritos privados seria uma temeridade, tendo em vista que os peritos privados não possuem as prerrogativas garantistas conferidas aos peritos oficiais.
3	Apesar de não haver ingerência externa na atividade de Criminalística Federal, arranjos administrativos e normativos garantem autonomia, isenção e imparcialidade para a atividade de Criminalística Federal.
4	Foi surpreendente e incômoda a determinação do STF de que as perícias sobre os fatos já examinados fossem feitas por outros peritos oficiais, diversos daqueles que atuaram na fase pré-processual, afinal, independente da fase em que atuam, os peritos operam com autonomia, objetividade, isenção e imparcialidade, inexistindo, a rigor, razão para substituição.
5	A substituição do perito só seria justificável diante de demonstração objetiva de incapacidade profissional ou suspeição do primeiro expert, devendo ser evitada em razão da perda de eficácia gerada pela renovação do esforço de conhecimento da causa.
6	Apresentação de questionamentos elaborados apenas por delegados ou procuradores, como normalmente ocorre na fase pré-processual, pode implicar em enviesamento da conclusão técnico-científica, eviesamento esse que pode ser compensado na medida em que, com autonomia, em busca do esclarecimento dos fatos, o perito criminal extrapole os limites dos questionamentos formulados pelos demandantes da atividade de Criminalística.
7	A condição policial do perito criminal federal garante-lhe prerrogativas necessárias para o bom desempenho de suas funções, reforçada por um arcabouço normativo, interno e externo, garantidor da autonomia pericial.
8	A prerrogativa de autonomia técnica, científica e funcional, assegurada por lei aos peritos criminais oficiais, bem como a inexistência de relação hierárquica entre perito e qualquer outro policial contribuem decisivamente para a correção de eventual viés acusatório na polícia judiciária.
9	A interação com o delegado ou com o procurador compromete a imparcialidade e a isenção do perito criminal oficial, constituindo-se em justa razão para tonar o perito impedido para prática da atividade de Criminalística e da emissão de laudo pericial, ou, ao menos, deveria determinar a necessidade de repetição da perícia criminal por outro perito que não tenha vivenciado a mesma interação.

Os entrevistados manifestam entendimento no sentido de que a condição policial de perito criminal não implica em viés acusatório nem lhe compromete a imparcialidade, sendo, ao contrário, uma garantia de que suas funções poderão ser cumpridas com a autonomia assegurada pela autoridade e pelas prerrogativas próprias da carreira policial federal.

Alegam que, por força tanto das garantias funcionais do cargo como do conhecimento técnico-científico que dominam, conseguem atuar nos limites da imparcialidade mesmo quando, durante a primeira fase da persecução penal, interagem com outros policiais e/ou com membros do Ministério Público, ocasião em que acabam definindo o escopo da atuação desses outros atores da persecução penal.

Com menor intensidade (apenas uma manifestação entre os entrevistados), houve também entendimento contrário, no sentido de que a interação entre perito criminal e delegado de polícia ou entre perito criminal e membro do Ministério Público implicaria em comprometimento da imparcialidade do operador de Criminalística, devendo justificar seu impedimento para produção da prova ou a repetição da prova por outro perito criminal oficial que, não tendo interagido com os demais atores, manteve preservada sua imparcialidade.

Reconhecendo que a oficialidade da prova pericial é uma garantia para idoneidade da manifestação técnico-científica, demonstram acreditar que seria inadequada a nomeação de peritos privados para repetição de procedimentos probatórios oficialmente realizados durante a investigação criminal.

Conforme ressaltado na seção anterior, reconhecendo que, independente da fase em que é realizado, o procedimento técnico-científico seria naturalmente autônomo, objetivo, imparcial e isento, os entrevistados não admitem que a prova pericial contábil-financeira seja repetida na instrução processual como uma regra geral, mas apenas quando, excepcionalmente, houver uma demonstração cabal de incapacidade profissional ou suspeição do perito que atuou originalmente.

Nesse sentido, revelam que ocorreu surpresa e desconforto por ocasião da decisão do STF de que as perícias criminais determinadas na instrução da Ação Penal 470 fossem levadas a efeito por peritos oficiais que não atuaram na fase de inquérito. Reconhecem, no entanto, que, havendo justa causa para a repetição de perícias na instrução processual, o procedimento venha ser realizado por peritos oficiais diversos daqueles que atuaram na primeira fase da persecução.

Além disso, invocando a prerrogativa legal de autonomia técnica, científica e funcional do perito criminal oficial, demonstra confiança quanto à inexistência de viés cognitivo na atividade de Criminalística, condição essa que, inclusive, contribuiria para correção de eventual tendência autoritária nas instituições que desempenham as funções de Polícia Judiciária.

6.4 CONFRONTO ORAL ENTRE AS PARTES E O PERITO CRIMINAL EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO

A discussão tem como ponto de partida dois pedidos formulados por um dos réus da Ação Penal 470 no sentido de que peritos criminais federais subscritores de dois laudos comparecessem à audiência de instrução para esclarecerem pontos por ele indicados como controvertidos.

De início, os pedidos foram indeferidos pelo relator, fazendo com que o interessado interpusesse recurso para o Plenário do STF.

Em juízo de retratação, o próprio relator decidiu deferir os pedidos, reconhecendo, afinal, que o réu conseguiu demonstrar os pontos controvertidos dos laudos que desejava ver esclarecidos pelos experts na audiência de instrução.

Contrariando a pretensão do MPF, além de ter finalmente determinado a intimação dos peritos para a audiência de instrução, o relator dispensou o réu do encargo de apresentar previamente os quesitos a serem esclarecidos, definindo que os experts seriam inqueridos exclusivamente sobre matéria definida nos respectivos laudos por eles subscritos, bem como estabelecendo que não era o caso de elaboração de laudo pericial complementar, já que uma eventual nova peça escrita poderia dar margem a outros questionamentos, *capazes de conduzir à necessidade de realização de múltiplos e sucessivos laudos complementares, revelando-se, dessa forma, um procedimento contraproducente.*

Datadas de 01/12/2009, 06/08/2010 e 18/10/2010, essas decisões encontram-se dispostas no **Anexo C**.

Acerca dessa questão relativa à possibilidade de confronto oral entre as partes e peritos criminais em audiência de instrução, em ordem decrescente de intensidade, a pesquisa revelou os conceitos indicados no quadro a seguir, destacado do mapa das entrevistas.

Tabela 11 – Códigos axiais relativos ao confronto oral entre as partes e o perito criminal na audiência de instrução.

1	É salutar e deve ser encarada com naturalidade a participação do profissional de Criminalística na audiência de instrução, interagindo com as partes e com o juiz da causa, apesar do procedimento dar ensejo a manobras protelatórias, em prejuízo do desenvolvimento de outros serviços de Criminalística.
2	Em geral, os peritos criminais se sentem desconfortáveis prestando depoimento oral, em regime contraditório.

Tabela 11 – Códigos axiais relativos ao confronto oral entre as partes e o perito criminal na audiência de instrução.

3	Os peritos criminais federais deveriam receber capacitação específica para participação em audiência de instrução.
4	No Brasil, a participação do perito criminal em audiência não é comum e, mesmo nas poucas ocasiões em que ela ocorre, os aspectos técnicos do fato não costumam ser objeto dos debates orais, mas apenas aspectos formais.
5	Tendo em vista que se trata de matéria técnico-científica, a manifestação pericial por escrito poderia substituir a manifestação oral em audiência, ficando a manifestação oral reservada para situações excepcionais de dúvida.
6	A participação de peritos criminais em audiência se constitui em manobra protelatória, tendo em vista que a forma de manifestação do perito é escrita.
7	Existe o risco da prova ser desacreditada diante de questionamento sobre matéria sensível, em relação a qual o perito depoente não detém pleno conhecimento ou sobre a qual existe divergência de entendimento entre peritos que assinaram o laudo.
8	É comum que peritos oficiais sejam intimados para participar da audiência como testemunha e não como peritos oficiais.
9	Como ainda é pequena a participação de peritos criminais em audiência, não justifica investimento em capacitação específica para essa atividade.
10	Existem determinadas manifestações periciais que só são viáveis por meio de análises laboratoriais, não havendo, nesses casos, a possibilidade de manifestação pericial sobre o mérito da questão sem os recursos de bancada.

Os entrevistados demonstram divergência de entendimento sobre a conveniência do confronto de peritos criminais com as partes em audiência de instrução, sendo, contudo, mais frequente a manifestação de opiniões favoráveis à participação do perito na audiência de instrução, a fim de garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como a formação de uma convicção judicial mais sólida quanto à prova constituída no processo.

Em geral, mesmo quando admitem a conveniência desse procedimento, apontam para a existência de significativo desconforto em relação à possibilidade de confronto oral direto com as partes. Reportam como situações desfavoráveis:

- a) Risco de desconstituição da prova por falta de habilidade de comunicação oral do perito ou pela evidenciação de falhas ou inconsistência técnico-científica;
- b) Risco de manobras protelatórias;
- c) Impacto negativo na produtividade pelo tempo consumido no procedimento;
- d) Tradição de discussões exclusivamente formais, que dizem respeito à condição pessoal do perito, sem debates sobre aspectos técnicos;

- e) Impossibilidade de manifestação oral em audiência sobre determinadas matérias que, por sua natureza, exigem procedimentos de bancada de laboratório;
- f) Inadequação da manifestação oral em relação à matéria técnico-científica.

Para a maioria dos entrevistados, a formação de peritos criminais deveria incluir capacitação específica para o procedimento, tendo, no entanto, havido uma manifestação contrária à realização dessa capacitação ao fundamento da ainda inexpressiva demanda por participação de peritos criminais em audiência.

Mais uma vez, as manifestações sugerem o forte valor atribuído ao aspecto material (técnico-científico) do trabalho pericial, minimizando-se a relevância de aspectos caracterizados como “apenas” formais, que, a rigor, dizem respeito à condição individual do perito criminal, principalmente, em relação a sua imparcialidade e capacidade técnica.

6.5 FORMAÇÃO/HABILITAÇÃO DO PERITO CRIMINAL

Essa discussão tem como ponto de partida, justamente, um questionamento feito aos peritos criminais na audiência de instrução referida na subseção anterior.

É que, em plena audiência de instrução, tendo sido questionados sobre a área de formação profissional superior (curso de graduação), três dos peritos ouvidos teriam se recusado a responder, alegando que essa não seria matéria controvertida sobre a qual deveriam se pronunciar.

Diante da sonegação da informação, um dos réus formulou pedido ao Relator no sentido de que o INC informasse qual a formação profissional daqueles peritos.

Sob a alegação de que o CPPB não exige formação superior específica dos peritos criminais e de que os peritos criminais foram à audiência de instrução exclusivamente para responderem sobre a matéria fática controvertida, o Relator indeferiu o pedido formulado.

Um dos réus, então, recorreu ao Plenário do STF que, majoritariamente, por imperativo da *fórmula constitucional da plenitude do direito de defesa*, garantiu-lhe o direito de conhecer o grau de formação profissional dos peritos criminais federais responsáveis pelo exame de fatos que lhe foram imputados.

Dos votos vencedores, destacam-se as seguintes passagens:

Ministro Celso de Mello

O réu tem o direito de saber a qualificação acadêmica, a formação profissional do perito, não obstante este integre os quadros do INC, uma vez que é possível que determinado perito, com formação superior em Faculdade de Medicina, p. ex., tenha sido designado, pelo INC, para proceder a um exame técnico-contábil. É evidente que, nesse caso, faltar-lhe-á a necessária aptidão profissional, o indispensável conhecimento científico à correta e adequada elaboração do laudo pericial.

Estranho que os peritos tenham se recusado a esclarecer, em juízo, a sua formação acadêmica.

O conhecimento dessa qualificação acadêmica é fundamental.

Tem todo sentido saber a formação profissional dos peritos criminais, pois as suas conclusões serão respeitadas e acatadas se tiverem eles formação profissional compatível com o objeto das respectivas perícias.

Não se cuida de saber se o perito criminal tem, ou não, pós-graduação, aqui ou no exterior. O que se mostra fundamental é determinar a qualificação acadêmica desse mesmo perito criminal, para que se possa avaliar, então, a sua competência profissional para elaborar o laudo pericial, cujo objeto, por óbvio, deverá guardar necessária relação de pertinência com o grau de formação profissional desse auxiliar do Poder Judiciário.

O pleito do acusado, ora agravante, nada tem de procrastinatório. O acolhimento de sua pretensão se impõe como forma de preservar, tornando-o efetivo, o direito à plenitude de defesa. Sem qualquer sentido, portanto, a recusa, que tenho por arbitrária, do Instituto Nacional de Criminalística ou dos peritos criminais designados.

Com tais informações, essa própria Corte, ao analisar os laudos periciais, terá condições para aferir a própria idoneidade técnica dos elemento e das conclusões constantes de referidas peças.

Ministro Marco Aurélio

O preceito do CPP pressupõe o domínio técnico da matéria a ser analisada, e a referência a curso superior, de forma genérica, não enseja a conclusão sobre esse domínio. Então, é preciso que o Instituto – e não estamos nem cogitando de esclarecimento pelos próprios peritos – que os indicou diga qual é a qualificação.

Se houver descompasso flagrante quanto ao necessário domínio da matéria, será glosado o laudo.

Ministro Luiz Fux

A finalidade é essa que o Ministro Celso de Mello se referiu. Quer dizer, por trás dessa diligência, não está apenas a curiosidade de saber a habilitação do perito. Há manifestação inequívoca de nulificar eventualmente o laudo por inabilitação do perito.

Datada de 26/05/2011, essa decisão do Plenário do STF encontra-se disposta no **Anexo D**.

Acerca dessa questão envolvendo a formação/habilitação do perito criminal, a pesquisa revelou os conceitos indicados no quadro a seguir, destacado do mapa das entrevistas.

Tabela 12 – Códigos axiais relativos à formação/habilitação do perito criminal.

1	O perito criminal precisa ser detentor de conhecimento especializados em suas áreas de atuação, devendo haver compatibilidade entre a área de formação acadêmica e a natureza do exame realizado, mas essa compatibilidade não deve ser condição insuperável para validade da prova pericial criminal.
2	É irrelevante a área de formação pericial, devendo ser acatada toda prova pericial produzida por perito criminal oficial. O que importa é que o laudo pericial esteja bem redigido, enfrentando as questões relevantes, sem fragilidades técnicas evidentes, independente da área de formação do perito criminal oficial.
3	Em grande parte dos casos, o objeto do exame pericial tem natureza técnica e não científica, relativizando-se, dessa forma, a necessidade de formação/habilitação profissional específica.
4	Se produzida por profissional sem formação específica, a prova pericial se fragiliza, podendo ser anulada ou repetida por outro perito.
5	O perito criminal deve recusar a designação para realização de exame cuja natureza seja incompatível com sua formação.
6	O perito criminal oficial pode realizar qualquer exame pericial, independente de sua área de formação, desde que se sinta confortável para fazê-lo, diante da qualificação que ele sabe possuir.
7	Os limites que definem o exercício de profissão regulamentada não se aplicam à perícia criminal oficial
8	A designação do perito adequadamente qualificado para o exame é de responsabilidade do órgão de Criminalística, devendo essa questão ser analisada com cuidado, havendo risco de não se encontrar especialista em todas as áreas para as quais há demanda.
9	Quem faz perícia criminal de natureza contábil deveria ter inscrição no Conselho de Contabilidade, mas o Conselho de Contabilidade não deve fazer controle externo da atividade de Criminalística.
10	Ainda que o perito oficial tenha sido selecionado por seu conhecimento em uma área específica do conhecimento, ele pode realizar perícia criminal envolvendo outra área do conhecimento para a qual tenha também buscado qualificar-se.

Os entrevistados entendem que o domínio de conhecimento em determinada matéria não se confunde com formação acadêmica em determinada área. Reconhecem no domínio do conhecimento um atributo indispensável para o exercício da atividade de Criminalística, relativizando as consequências de uma eventual incompatibilidade entre formação acadêmica e natureza do exame.

O entendimento manifestado pelos entrevistados revela-se discrepante daquele que prevaleceu no STF (conforme excertos acima, extraídos dos votos dos ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Luiz Fux).

Apesar de reconhecerem que a prova pode perder força como elemento de convicção (questão de valoração), acreditam que eventual incompatibilidade entre natureza do exame e formação acadêmica não deve ser motivo de nulidade da prova (questão de admissão).

Nesse sentido, consideram que:

- a) O cargo de perito criminal oficial confere a seu ocupante a prerrogativa de atuar em procedimentos criminais em que se sinta confortável, de acordo com o conhecimento que ele próprio vise possuir;
- b) A formação acadêmica não garante o nível de especialização hoje exigível de um perito criminal, sendo muito mais importante o ter o domínio do conhecimento que um título de formação;
- c) Grande parte dos exames periciais possui natureza técnica e não científica, não havendo razões materiais para exigência de habilitação profissional;
- d) A validade do laudo pericial deve ser avaliada de acordo com os fundamentos e os argumentos que servem de base à conclusão sobre o fato examinado;
- e) A perícia criminal não encontra definição em nenhuma outra profissão regulamentada, sendo regida por regras e por controles próprios, estabelecidos pela lei processual penal e pelos institutos de Criminalística.

Interessante notar que, mesmo tendo havido uma manifestação no sentido de que os peritos criminais responsáveis pela realização de exames contábeis deveriam ser registrados no Conselho de Contabilidade, nenhum dos entrevistados admite que esse órgão exerça qualquer controle sobre a atividade de Criminalística.

As manifestações evidenciam contradição, tendo em vista que, apesar da relativização da necessidade de compatibilidade entre área de formação e natureza dos exames periciais, os peritos criminais federais são selecionados por área de formação acadêmica. As perícias contábeis e financeiras, por exemplo, encontra-se dentre da divisão administrativa denominada de *Área 1*, integrada apenas por peritos com formação em Contabilidade e em Economia.

Aqui, além da relativização dos aspectos formais da atividade de Criminalística, nota-se também um posicionamento que dificulta o controle sobre a capacitação técnica do profissional de Criminalística, afinal, de acordo com o entendimento revelado, o reconhecimento de que o perito criminal oficial se encontra preparado para realização do exame dependeria apenas da sua própria consciência, ou seja, da condição de “conforto do perito” em relação à designação recebida.

6.6 ACEITAÇÃO DA COMUNIDADE TÉCNICO-CIENTÍFICA – ÓRGÃOS DE CONTROLE ADMINISTRATIVO

Trata-se aqui de avaliar uma circunstância identificada na pesquisa que potencializa reflexões acerca determinado critério de admissibilidade verificado em outros sistemas persecutórios, com o americano e o italiano, que consiste na aceitação pela comunidade científica da teoria, do método e da técnica que suporta a teoria.

Cumprе esclarecer que, apesar de internacionalmente reconhecido, esse requisito não se encontra instituído no Sistema de Persecução Penal Brasileiro, motivo pelo qual, ente nós, divergências de entendimento entre instâncias técnico-científicas não comportam solução por meio do instituto da admissibilidade, mas, apenas e tão somente, do instituto da valoração da prova.

A insegurança do modelo brasileiro está no fato de que, por ocasião da valoração, diante de uma divergência de entendimento técnico-científico, a autoridade judicial, mesmo sendo leiga na matéria objeto da divergência, terá que tomar decisões que pressupõem o acerto dos fatos, a toda prova, ainda controvertidos.

A despeito dessa observação, no Brasil, a persecução penal pode revelar circunstâncias capazes de induzir um controle de confiabilidade da prova técnico-científica baseado na aceitação, pela comunidade científica, da teoria, do método ou da técnica empregada num exame pericial criminal.

A primeira dessas circunstâncias encontra definição na produção e na regulação técnica dos órgãos de controle administrativo, a exemplo do Tribunal de Contas da União (TCU), Banco Central do Brasil (BCB), Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Receita Federal do Brasil (RFB) e Controladoria Geral da União (CGU), além do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), todos também titulares de funções e prerrogativas institucionais

relativas a fatos que podem ser objeto da persecução penal, potencializando, portanto, divergências de entendimento técnico-científico sobre matéria tipicamente examinada em perícia criminal contábil.

A segunda circunstância está contemplada na atuação dos assistentes técnicos das partes, que, direta e imediatamente, cumprem a função de controle de confiabilidade da prova pericial criminal produzida pelo operador da Criminalística.

Nesta subseção, ainda sob o pálio das controvérsias verificadas na Ação Penal 470 relativas ao procedimento probatório contábil-financeiro, trataremos a compatibilidade entre a compreensão técnico-científica do órgão de Criminalística e do órgão de controle administrativo.

A discussão tem como ponto de partida o pedido de um dos réus, formulado no sentido de que fosse repetida uma das perícias realizadas instrução processual por haver um *desacordo com acórdão do Tribunal de Contas da União, que, ao examinar a mesma matéria, chegou à conclusão diversa daquela exposta pelo INC.*

O pedido foi indeferido pelo Relator sob o argumento de que *a conclusão da prova pericial não tem que repetir o entendimento do TCU sobre a mesma matéria, assim como também não tem que espelhar ou reproduzir o conteúdo de qualquer outro elemento de convicção constante dos autos.*

O Relator aproveitou ainda a oportunidade para esclarecer que, no Sistema de Persecução Penal Brasileiro, eventuais contradições reveladas pelo conjunto probatório devem ser resolvidas por meio do livre convencimento judicial, *motivado a partir do cotejo de todos os elementos de convicção produzidos nos autos.*

Datada de 26/10/2010, essa decisão do Plenário do STF encontra-se disposta no **Anexo E**.

Também no **Anexo E**, ainda sobre a temática da divergência de entendimento entre a conclusão da perícia criminal e a conclusão do acórdão do TCU, segue uma notícia publicada no site do STF, na qual se destaca o posicionamento do Ministro Ayres Britto:

O ministro Ayres Britto fez considerações sobre as divergências entre o laudo do Instituto Nacional de Criminalística e acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU) a respeito da imputação de peculato decorrente do desvio dos chamados “bônus de volume” no contrato da DNA Propaganda e o Banco do Brasil. Para ele, o laudo prevalece sobre o acórdão do TCU. “No caso, o que me parece, é que a instância penal, validamente conduzida,

concluiu por modo diverso daquele veiculado por decisão do Tribunal de Contas da União. A minha conclusão é a de que, no caso, diante dessa divergência, desse confronto de apreciação sobre os mesmos fatos, o que deve ser levado em consideração pelo magistrado é o quadro factual devidamente provado pela instância penal”, observou.

Acerca dessa questão envolvendo a contradição entre conclusão pericial e conclusão do órgão de controle administrativo, em ordem decrescente de intensidade, a pesquisa revelou também os conceitos indicados no quadro a seguir, destacado do mapa das entrevistas.

Tabela 13 – Códigos axiais relativos à aceitação da comunidade técnico-científica - órgãos externos de controle administrativo.

1	Devido à especialização da instância criminal, as conclusões do órgão de Criminalísticas devem prevalecer sobre as conclusões técnicas dos órgãos externo de controle administrativo. No caso concreto, a divergência pode ser superada por meio de uma nova manifestação pericial, em que sejam explicitadas as razões da divergência, bem como pela repetição da perícia por outro perito criminal oficial.
2	Imunes a ingerências políticas, revestidas de autonomia técnica, científica e funcional, marcadas pela isenção e imparcialidade, as conclusões do serviço de Criminalística são mais confiáveis que as dos órgãos técnicos de controle administrativo.
3	Com base no princípio do livre convencimento motivado, havendo conflitos entre conclusões técnicas do órgão de Criminalística e do órgão de controle administrativo, o juiz pode decidir de acordo com na conclusão técnica que ele entender mais acertada.
4	Em matéria de crimes financeiros, aspectos técnicos e jurídicos são facilmente confundíveis, facilitando a ocorrência de conclusões conflitantes entre órgãos técnicos.
5	Deve haver um esforço interinstitucional no sentido de superar a divergência de entendimento.
6	A divergência entre o órgão de Criminalística e o órgão de controle administrativo deve ser solucionada em favor do réu, já que enseja uma dúvida razoável.

Intensamente, os entrevistados defendem a supremacia do seu entendimento técnico-científico sobre o dos órgãos externos de controle administrativo. Além da especialização da instância criminal, essa supremacia foi também justificada pela imunidade a ingerências políticas e pelas prerrogativas de autonomia técnica, científica e funcional, que encerrariam valores típicos dos órgãos de Criminalística.

Negando a supremacia do entendimento técnico-científico, com menor intensidade, surgiram também argumentos no sentido de:

- a) Transferir a divergência para o plano jurídico;
- b) Empreender esforço para produção de um consenso interinstitucional, ou
- c) Resolver a divergência em favor do réu.

Noutra quadra, os entrevistados também manifestam entendimento (semelhante do Relator da Ação Penal 470) no sentido de que cabe ao juiz valorar as manifestações técnicas conflitantes e decidir com base no livre convencimento motivado, adotando, assim, a conclusão técnica que entender mais acertada.

Sob o argumento da imunidade dos órgãos de Criminalística a ingerências políticas, invocando também a prerrogativa legal de autonomia técnica, científica e funcional do perito criminal oficial, majoritariamente, os entrevistados assumiram uma postura de autossuficiência em relação aos órgãos externos de controle administrativos. Com naturalidade, admitem, no entanto, que, por meio do livre convencimento motivado, o juiz exerça função validadora das conclusões técnicas por eles produzidas.

6.7 ASSISTENTES TÉCNICOS DAS PARTES

Diferentemente de todas as anteriores, essa discussão não tem como ponto de partida um pedido de réu da Ação Penal 470 e uma subsequente decisão do STF.

Trata-se de tema que acabou vindo à tona no curso das entrevistas, quando os respondentes foram provocados emitirem opiniões sobre aspectos controvertidos dos quais tivessem lembrança, eventualmente ocorridos no curso do Caso Mensalão.

A pesquisa documental, contudo, não identificou controvérsia sobre a atuação de assistentes técnicos no âmbito da Ação Penal 470. Aparentemente, houve uma recorrente confusão com outro caso ocorrido em período próximo, no qual restou estabelecida uma controvérsia.

De qualquer sorte, em função da dimensão que o tema tomou na pesquisa, decidiu-se por apresentar os dados obtidos, passando a tratá-lo como mais um aspecto controvertido do procedimento probatório técnico-científico.

Sobre essa questão, em ordem decrescente de intensidade, a pesquisa revelou os conceitos indicados no quadro a seguir, destacado do mapa das entrevistas.

Tabela 14 – Códigos axiais relativos aos assistentes técnicos das partes.

1	A atividade do assistente técnico favorece esclarecimento da verdade, devendo sua atuação ocorrer desde a fase pré-processual, de modo a evitar que eventuais erros periciais repercutam no processo penal.
2	O assistente técnico deve atuar somente após a emissão do laudo pelo perito oficial, não deve haver interação durante a realização dos exames.

Tabela 14 – Códigos axiais relativos aos assistentes técnicos das partes.

3	A atuação do assistente técnico possibilita o exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa na persecução penal, constituindo-se num relevante estímulo adicional à qualidade do trabalho pericial.
4	No âmbito da persecução penal, a atividade dos assistentes técnicos das partes carece de melhor regulamentação, levando-se em consideração, inclusive, as especificidades dos exames periciais.
5	Não houve atuação de assistentes técnicos no caso Mensalão
6	A atuação do assistente técnico compromete a isenção do perito
7	Certificação e acreditação de laboratórios relativizam a necessidade de atuação de assistentes técnicos
8	A interação com assistentes técnicos, seja da acusação ou da defesa, é mais sensível que a interação com os operadores do Direito (delegado ou procurador), pois esses não dominam os aspectos técnico-científicos, prejudicando qualquer tentativa de interferência na conclusão dos exames periciais. Dessa forma, a atuação concomitante de assistentes da acusação e da defesa reduz o risco de influência persuasiva na atividade do perito oficial.
9	Por se tratar de servidor público, a interação com o assistente técnico da acusação é mais fácil.
10	Não há uma estrutura administrativa adequada para atuação dos assistentes técnicos nos serviços de Criminalística.
11	A existência de um serviço oficial de Criminalística com fê-publica torna dispensável a atuação de assistentes técnicos.
12	Existe indisposição por parte dos peritos criminais em relação a atuação dos assistentes técnicos da defesa, pois, em geral, admite-se que, como representantes das partes, eles tentarão atrapalhar os trabalhos oficiais.

O entendimento sobre esse tema foi o que revelou a maior tendência dispersiva, gerando bastante dificuldade para a construção da codificação axial. Nenhum dos argumentos acima revelou aderência capaz de reunir 50% (cinquenta por cento) dos entrevistados. Em nove desses doze argumentos, verifica-se a adesão de apenas um ou dois dos entrevistados.

Apesar disso, sob o aspecto qualitativo, os códigos relacionados na tabela mostram-se suficientemente expressivos, motivo pelo qual se optou por sua manutenção e exploração.

Vale registrar que, dois dos entrevistados declararam que não houve atuação de assistentes técnicos no Caso Mensalão, circunstância essa que vai ao encontro do fato de não ter sido encontrado nas decisões judiciais nenhuma controvérsia a respeito dessa questão.

Por outro lado, o entendimento de maior intensidade define a atuação dos assistentes técnicos como garantia de contraditório e ampla defesa, por meio da qual se estimula a qualidade dos exames periciais, resultando na elevação de acertos (e correspondente redução de erros) nas conclusões periciais oficiais. Funcionaria, portanto, como uma espécie de controle de confiabilidade estabelecido por parte da comunidade científica.

Foi reportada também a necessidade de uma melhor regulamentação da atividade de assistência técnica, inclusive com desenvolvimento de estrutura física para acolhimento dos profissionais que atuam em proveito das partes, revelando-se também uma recorrente preocupação com os limites de sua atuação, principalmente no caso da defesa.

Em relação ao assistente técnico da defesa, revela-se uma resistência mais acentuada que em relação ao assistente técnico da acusação (Ministério Público), tendo em vista a condição e o compromisso de servidor público desse último.

Vale registrar o argumento de um dos entrevistados no sentido de que a interação do perito criminal oficial com delegado de polícia e/ou com membro do Ministério Público não implica em risco de interferência, tendo em vista a ausência de conhecimento técnico-científico desses atores. Ao contrário, seria elevado o risco de interferência no caso de interação com o assistente técnico, já que dele se espera o domínio do conhecimento pericial, sendo, portanto, recomendável que o perito criminal oficial se disponha a interagir de maneira equivalente tanto com o assistente técnico da acusação como o da defesa.

Outro argumento dá conta de que existe uma acentuada prevenção dos peritos criminais em relação ao assistente técnicos da defesa na medida em que se admita que, como representante das partes, eles atuam no sentido de atrapalhar os trabalhos oficiais.

Houve também quem se manifestasse relativizando a necessidade de assistentes técnicos em função do avanço do processo de acreditação e certificação dos laboratórios forenses, o que reforça a relação que foi aqui estabelecida entre assistente técnico e aceitação da comunidade científica.

Por fim, há de se ressaltar a manifestação do argumento de que, em relação à persecução penal, não se justifica a instituição da assistência técnica, tendo em vista que o perito criminal oficial integra um órgão técnico-científico oficial, detentor de fé-pública.

Apesar da definição de uma tendência de aceitação do instituto da assistência técnica, a pesquisa revela a manifestação de uma série de argumentos que lhe restringem o exercício das funções, principalmente por parte da defesa.

7 RELEVÂNCIA DA AÇÃO PENAL 470 PARA A CRIMINALÍSTICA FEDERAL

Neste Capítulo, a análise prossegue sobre dados que foram coletados já não mais com a intenção de discutir os aspectos controvertidos acerca da admissibilidade da prova pericial contábil-financeira, mas sim, com o objetivo identificar que tipo de relação os peritos criminais federais que atuaram no Caso Mensalão conseguem estabelecer entre a Ação Penal 470 e a atividade de Criminalística, ou seja, que importância, afinal, os entrevistados atribuem à Ação Penal 470.

Dessa forma, ainda com base na aplicação da TFD, foram identificados dados que resultaram na definição e na análise de outras três categorias conceituais:

1. Dimensão política da Ação Penal 470;
2. Impacto da Ação Penal 470 na atividade institucional de Criminalística na perspectiva técnico-científica e na perspectiva jurídico-processual;
3. Atividade de Criminalística e o ideal de Justiça na Ação Penal 470.

Realizado o esforço de teorização sobre admissibilidade da prova contábil-financeira na persecução penal brasileira, busca-se agora, por meio da análise dessas novas categorias, compreender como os peritos criminais entrevistados estruturam o pensamento a respeito da atividade desempenhada e da função exercida por eles próprios no Caso Mensalão. Ademais, busca-se também identificar referências que possibilitassem uma análise acerca da pertinência da própria pesquisa, em si considerada.

7.1 DIMENSÃO POLÍTICA DA AÇÃO PENAL 470

Acerca da relevância do caso em perspectiva política, em ordem decrescente de intensidade, a pesquisa revelou os aspectos indicados no quadro a seguir, destacado do mapa das entrevistas.

Tabela 15 – Códigos axiais relativos à dimensão política da Ação Penal 470.

1	Por meio de uma imensa cobertura midiática, promoveu uma grande valorização institucional da Criminalística Federal, da Polícia Federal e do Judiciário Brasileiro.
2	Favoreceu o desenvolvimento e uma compreensão mais abrangente da dinâmica da produção da prova pericial contábil-financeira.

Tabela 15 – Códigos axiais relativos à dimensão política da Ação Penal 470.

3	O caso propiciou uma quebra de paradigma pelo elevado nível de interação entre o Ministério Público e Polícia, principalmente por meio da atuação dos peritos criminais federais, que, com amparo nas decisões do Ministro Joaquim Babosa, conduziram a apuração dos fatos, tanto na investigação criminal como na instrução processual.
4	Foi um caso de grande importância histórica, no qual a Criminalística exerceu grande protagonismo, constituindo-se num marco para a atividade pericial contábil-financeira.
5	Foi o maior e o mais importante caso criminal investigado, processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal.
6	Apesar de não ter resolvido o problema sistêmico da corrupção no Brasil, contribuiu decisivamente para reunião das condições que possibilitaram a Operação Lava Jato.
7	Estimulou autoestima dos peritos criminais federais, dando-lhes a oportunidade de promoção de uma nova cultura institucional.
8	Em função do perfil dos investigados/réus e da estrutura de poder envolvida, houve um grande estímulo ao desenvolvimento da atividade de Criminalística.

De maneira geral, os entrevistados reconhecem que Caso Mensalão marcou a História Política Brasileira, sendo definido como o maior e mais importante caso criminal investigado, processado e julgado pelo STF.

Além da valorização institucional da Polícia Federal e do Poder Judiciário Brasileiro, admite-se também que a Ação Penal 470 foi importante para o desenvolvimento da atividade de Criminalística, promovendo a compreensão mais ampla da dinâmica de produção e admissibilidade da prova pericial contábil-financeira.

Reconhecem que, amparados em decisões do STF, de maneira inédita, os peritos criminais federais assumiram uma atuação protagonista na investigação criminal, promovendo uma exitosa articulação entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal.

Alegam que, conferindo aos peritos criminais federais a oportunidade de colaborar para a constituição de uma nova cultura institucional na Polícia Federal, o Caso Mensalão foi muito importante também para elevação da sua própria autoestima.

7.2 IMPACTO DA AÇÃO PENAL 470 NA ATIVIDADE INSTITUCIONAL DE CRIMINALÍSTICA

Buscou-se também apurar a compreensão dos entrevistados acerca do impacto do Caso na atividade institucional de Criminalística, tanto sob o aspecto técnico científico como no aspecto jurídico-processual.

7.2.1 Aspecto técnico-científico

Acerca da relevância da Ação Penal 470 para atividade técnico-científica de Criminalística, em ordem decrescente de intensidade, a pesquisa revelou os aspectos indicados no quadro a seguir, destacado do mapa das entrevistas.

Tabela 16 – Códigos axiais relativos ao impacto da ação penal 470 na atividade institucional de Criminalística - Aspecto técnico-científico.

1	O caso Mensalão propiciou o desenvolvimento da estrutura de Criminalística Federal, exigindo, como nunca antes, não apenas uma maior articulação entre peritos de lotação diferentes, como também maior integração sistêmica, maior rigor metodológico e maior cautela nos procedimentos técnico-científicos, principalmente, relativos à perícia contábil-financeira, além de estimular o trabalho de equipe, o investimento em capacitação de recursos humanos e aquisição e o desenvolvimento de recursos tecnológicos.
2	O Caso Mensalão estimulou uma maior regulamentação e padronização dos procedimentos periciais, apesar de ainda haver algumas matérias técnico-científicas carente de melhor regulamentação, a exemplo da participação em audiências de instrução e interação com assistentes técnicos.
3	Do ponto de vista individual, os peritos diretamente envolvidos acumularam uma importante experiência, cujas lições implicaram numa postura de maior cautela e rigor técnico-científico, com maior prevenção quanto à atividade da defesa.
4	O Caso Mensalão não produziu mudanças nos procedimentos adotados no serviço de Criminalística.
5	O Caso Mensalão revelou que, em matéria de crimes financeiros, é plenamente possível a produção de consistente prova material dos fatos, de modo a promover efetividade persecutória sem sacrifício das garantias constitucionais dos investigados/réus.

Com exceção de uma única manifestação em sentido contrário, os entrevistados indicam que a experiência vivenciada no Caso Mensalão proporcionou um significativo desenvolvimento técnico-científico na atividade institucional de Criminalística.

Além do desenvolvimento institucional e coletivo, reportam que, individualmente, os peritos criminais federais que atuaram tiveram a oportunidade de aprimorar a técnica e elevar o nível de conhecimento acerca das práticas criminosas que envolvem a corrupção e a lavagem de dinheiro.

Manifestou-se também o entendimento de que a persecução penal de crimes financeiros pode ocorrer com respeito às garantias individuais e com segurança e consistência na produção probatória técnico-científica.

7.2.2 Aspecto jurídico-processual

Acerca da relevância da Ação Penal 470 para atividade jurídico-processual de Criminalística, em ordem decrescente de intensidade, a pesquisa revelou os aspectos apontados no quadro a seguir, destacado do mapa das entrevistas.

Tabela 17 – Códigos axiais relativos ao impacto da ação penal 470 na atividade institucional de Criminalística - Aspecto jurídico-processual.

1	Não consigo avaliar a necessidade de reforma da Lei Processual Penal
2	O perito criminal deve ter asseguradas as prerrogativas de diligenciar, requisitar evidências e realizar entrevistas, de modo a oferecer uma conclusão técnica mais consistente e confiável, capaz de definir o rumo da investigação criminal.
3	Para garantia de uma investigação criminal fundada em critérios técnico-científicos, os peritos criminais devem ter assegurada a prerrogativa de diligenciar com autonomia, em busca dos vestígios resultantes das condutas em apuração.
4	Desempenhada com autonomia técnico-científica, a atividade de Criminalística foi fundamental e imprescindível para a comprovação material dos fatos julgados na AP 470.
5	A interação entre as atividades desempenhadas por peritos criminais, delegados e procuradores favorece a formação de uma investigação criminal baseada em critérios técnico-científicos.
6	Foi um erro a alteração da legislação no sentido de dispensar a assinatura de dois peritos no laudo pericial. O papel do perito revisor é importante para o controle do erro pericial.
7	A Administração da Polícia Federal reagiu negativamente ao protagonismo exercido pelos peritos criminais federais na AP 470.
8	Devido a sua importância na persecução penal, a atividade de Criminalística deve se submeter a efetivo controle interno e externo.
9	A legislação precisa evoluir no sentido de blindar a atividade de Criminalística de ingerências administrativas.
10	A regulamentação da atividade de Criminalística não deve ser minuciosa, pois a atividade é naturalmente dinâmica.

Com expressiva intensidade (oito dos doze entrevistados), declaram que não se sentem aptos para avaliar a adequação da Lei Processual Penal no que diz respeito à atividade de Criminalística. Apesar disso, houve sugestão no sentido de que a lei processual deveria voltar a exigir a atuação de dois peritos criminais oficiais na produção da prova técnico-científica, na perspectiva da revisão pelos pares, que serve de fundamento para a aceitação da teoria e da técnica pela comunidade científica.

A partir daí, manifestam compreensão de que o Caso Mensalão tornou evidente a necessidade de garantir autonomia técnico-científica aos peritos criminais federais, inclusive com blindagem contra interferências administrativas, além da institucionalização da

prerrogativa de diligenciar em busca dos vestígios resultantes dos fatos investigados, requisitar evidências, e fazer entrevistas, de modo que a conclusão técnica possa ser mais consistente e confiável e, assim, capaz de definir o rumo da investigação criminal.

Aponta-se para a necessidade de institucionalização de uma investigação criminal baseada em critérios técnico-científicos, havendo a sugestão de que, para tanto, deve haver maior interação entre peritos criminais, delegados de polícia e membros do Ministério Público.

Com menor intensidade, manifestam o entendimento no sentido de que:

- a) Devido a sua importância para a persecução penal, a atividade de Criminalística precisa submeter-se a controle interno e externo;
- b) A atividade de Criminalística dispensa regulamentação exaustiva, principalmente por ser bastante dinâmica, considerando que, fortemente, envolve inovação tecnológica;
- c) O protagonismo exercido pelos peritos criminais federais no Caso Mensalão incomodou a Administração da Polícia Federal, controlada majoritariamente por delegados de polícia.

Ainda que desconectada da Lei Processual Penal e, portanto, sem uma orientação legislativa clara, nota-se aqui o predomínio de uma compreensão ainda muito focada na defesa das prerrogativas e no desejo de assunção do protagonismo da investigação criminal, por meio do discurso de valorização da prova técnico-científica.

7.3 ATIVIDADE DE CRIMINALÍSTICA E O IDEAL DE JUSTIÇA NA AÇÃO PENAL 470

Acerca do sentimento de Justiça experimentado por meio da atuação no Caso Mensalão, em ordem decrescente de intensidade, a pesquisa revelou os aspectos indicados no quadro a seguir, destacado do mapa das entrevistas.

Tabela 18 – Códigos axiais relativos à atividade de Criminalística e o ideal de Justiça na Ação Penal 470.

1	As decisões judiciais de mérito, tanto condenatórias como absolutórias, estavam em sintonia com as conclusões técnico-científicas produzidas por meio da atividade de Criminalística.
2	A atividade de Criminalística promoveu a realização de Justiça Criminal no âmbito da Ação Penal 470.
3	As decisões judiciais de mérito foram fortemente influenciadas pela prova pericial criminal, que se mostrou imprescindível para a solução do caso.

Tabela 18 – Códigos axiais relativos à atividade de Criminalística e o ideal de Justiça na Ação Penal 470.

4	Políticos foram poupados de responsabilização pelos crimes que foram julgados na AP 470. Os poucos que formam condenados, receberam penas baixas, sendo que alguns deles já voltaram à prática das mesmas modalidades delitivas.
5	Não sei se o laudo foi aproveitado no julgamento, mas acho que seria útil se houvesse o monitoramento das decisões para avaliar a efetividade da atividade de Criminalística.
6	Faltou responsabilizar os bancos, que costumam ser condescendentes com relação à atividade criminosa financeira.
7	Houve discrepância entre a minha conclusão técnico-científica e decisões judiciais de mérito, resultando na injusta absolvição de um acusado, que, inclusive, já voltou a delinquir.
8	Fatos comprovados por laudos que eu fiz levaram a uma condenação que considero injusta.
9	A disposição do Judiciário, revelada principalmente pela obstinação do Ministro Joaquim Barbosa, foi determinante para realização da Justiça.

A compreensão mais frequente foi no sentido de ter havido uma sintonia entre as conclusões técnico-científicas e as decisões judiciais de mérito. Além disso, entendem que a atividade de Criminalística se mostrou imprescindível para solução do Caso, tendo influenciado fortemente na formação da convicção judicial sobre os fatos em julgamento.

Um dos entrevistados, no entanto, confessou não saber se seu laudo repercutiu de alguma forma no Julgamento, alertando para a necessidade de um controle institucional das decisões judiciais para avaliar a efetividade da atividade de Criminalística na Persecução Penal.

O sentimento revelado pelos entrevistados foi no sentido de que a atividade de Criminalística promoveu Justiça Criminal no âmbito da Ação Penal 470, mas houve também o registro do de que um dos laudos contribuiu para uma condenação considerada injusta pelo respondente, autor da peça.

Por outro lado, alegou-se também que houve uma absolvição injusta, contrariando as conclusões técnico-científicas relativas à responsabilidade de réu em particular, o qual, inclusive, já havia voltado a delinquir.

As penas impostas aos políticos condenados foram consideradas pequenas, razão pela qual na visão de alguns entrevistados, justificaria o fato de alguns desses políticos já terem sido flagrados e até condenados pela prática das mesmas modalidades delitivas.

Com menor intensidade, manifestam o entendimento no sentido de que:

- a) Deixou de haver a devida responsabilização das instituições financeiras;

- b) O posicionamento assertivo do Ministro Joaquim Barbosa foi decisivo para a conclusão do Caso Mensalão.

Em geral, entrevistados demonstraram um elevado grau de satisfação com os resultados dos trabalhos e com a solução do caso.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Investindo em aspectos controvertidos do procedimento pericial criminal, esse estudo revelou que a atividade de Criminalística merece atenção e reflexão crítica, principalmente, tendo em vista sua capacidade de promover tensão entre garantias individuais fundamentais e efetividade da aplicação da lei penal.

No âmbito do chamado Caso Mensalão, essa tensão foi levada ao extremo, de tal sorte que, além dos réus, a própria atividade de Criminalística se tornou objeto de julgamento em diversos momentos daquele caso.

Numa sequência de decisões, todas proferidas no curso da Ação Penal 470, foram solucionadas diversas controvérsias relativas ao procedimento pericial contábil-financeiro, constituindo um quadro jurisprudencial de grande relevância para constituição de uma teoria da admissibilidade da prova contábil-financeira na persecução penal brasileira.

Numa perspectiva essencialmente teórica, a partir de uma lógica compreensiva, importava considerar como peritos criminais federais que atuaram naquele caso avaliam tanto as controvérsias acerca do procedimento probatório contábil-financeiro, como as soluções que foram estabelecidas pelo STF e que acabaram por se constituir em verdadeiros requisitos de admissibilidade da prova pericial criminal.

Assim, com a finalidade de orientar o trabalho de campo, a questão de partida foi definida nos seguintes termos:

- Como os Peritos Criminais Federais que atuaram no Caso Mensalão avaliam as controvérsias estabelecidas no curso da Ação Penal 470, referentes à admissibilidade da prova pericial contábil-financeira?

Apesar da natureza objetiva dessa questão de partida, que aparenta sugerir uma vinculação específica e exclusiva como a temática da admissibilidade da prova pericial criminal, reconhecia-se, desde o início, a necessidade de uma compreensão mais profunda, de índole jurídico-criminológica, acerca da própria atividade de Criminalística, incluindo os fundamentos legitimadores, que, afinal, lhe garantem inserção (admissão, portanto) na persecução penal brasileira.

Em face do caráter inovador da proposta de pesquisa e da carência de referencial teórico sobre a temática investigada, restou caracterizada a necessidade (e a conveniência) de exercitar um método de investigação capaz de favorecer a geração de problemas e de

hipóteses teóricas não apenas sobre a admissibilidade da prova pericial criminal, mas também sobre a própria atividade de Criminalística desenvolvida no do Sistema Brasileiro de Persecução Penal.

Por meio de entrevistas semidiretivas e com base no método da Teoria Fundamentada nos Dados, foram, então, colhidas e analisadas as opiniões dos peritos criminais federais que atuaram no âmbito da Ação Penal 470 sobre os aspectos controvertidos dos procedimentos probatórios de natureza contábil-financeira daquele caso, gerando, assim, uma possibilidade de construção teórica, de caráter indutivo e base qualitativa, acerca atividade e da função institucional por eles próprios exercidas.

Para tanto, na perspectiva da Teoria Fundamentada nos Dados, esses diversos aspectos controvertidos foram convertidos em categorias conceituais, em torno das quais os dados empíricos fornecidos pelos entrevistados foram reunidos e articulados, dando origem a significados de maior abrangência, densidade e abstração.

Assim, de acordo com as análises empreendidas no Capítulo 6, no tocante aos critérios jurídico-processuais de admissibilidade da prova pericial criminal, restou caracterizado o predomínio de argumentos que, de um lado, restringem o exercício do contraditório e da ampla defesa, promovendo a efetividade persecutória (Seções 6.2, 6.4, e 6.7), e, de outro, promovem a ampliação das prerrogativas funcionais dos operadores de Criminalística (Seções 6.1 e 6.3).

Já no que diz respeito aos critérios técnico-científicos de admissibilidade da prova pericial criminal, restou caracterizado o predomínio de argumentos restritivos à instituição de controles externos de confiabilidade (como se verifica nas Seções 6.5 e 6.6).

Notou-se, ademais, uma crença muito consolidada na isenção, na objetividade e na imparcialidade da ciência, resultando na compreensão intensamente manifestada no sentido de que a prova pericial criminal seria naturalmente confiável.

Fundados nessa crença, tal qual se verifica desde o surgimento da atividade de Criminalística, admite-se que seus operadores devem acumular prerrogativas capazes de lhes projetar na disputa havida com outros atores (delegados de polícia e membros do Ministério Público) pelo protagonismo na dinâmica da persecução penal.

O caráter oficial da atividade de Criminalística e o domínio do conhecimento técnico-científico atribuído ao Perito Criminal servem de fundamento não apenas para a relativização das garantias do contraditório e da ampla defesa, mas também para o

reconhecimento de que o operador de Criminalística exerce autoridade persecutória, desempenhando sua função com objetividade, imparcialidade e isenção, imune a vieses cognitivos.

Com elevada intensidade, percebe-se uma demanda pela a ampliação das prerrogativas e das atribuições do cargo de perito criminal, sempre ao fundamento de que essa medida conduziria a uma maior segurança probatória, promovendo, além de efetividade, uma persecução penal eficiente, na qual o direito de punir possa ser exercido sem a necessidade de sacrifício das garantias individuais fundamentais, a exemplo do que teria ocorrido no caso da Ação Penal 470.

Em defesa da autonomia técnica, científica e funcional, e ao fundamento da necessidade de evitar ingerência política no exercício da atividade de Criminalística, houve acentuada resistência à ideia de controle externo por parte outra instituição estatal, ainda que, mesmo com menor intensidade, se reconheça conveniência na certificação e no credenciamento dos laboratórios forenses de Criminalística Federal.

Por outro lado, o requisito da *aceitação pela comunidade científica* (Seção 6.6) esteve associado à atuação dos assistentes técnicos das partes e, principalmente, à ideia de *revisão por pares*, então descrita como a prática (antes estabelecida na própria lei processual, e ainda recorrente na Criminalística Federal) de realização do exame técnico-científico por, ao menos, dois peritos criminais, sendo um deles o responsável pela execução do procedimento técnico-científico e outro, por sua revisão.

Apesar de se reconhecer a importância do instituto da assistência técnica, houve manifestação de uma atitude essencialmente defensiva em relação à possibilidade de interação do perito criminal com os assistentes técnicos, principalmente o da defesa, sob a alegação de que eles podem interferir no trabalho pericial, promovendo vieses cognitivos ou constringendo o operador de Criminalística no desempenho de suas atividades.

De acordo com as análises empreendidas no Capítulo 7, há uma compreensão no sentido de que, graças ao amplo acesso aos elementos de prova, que lhes foi concedido pelo próprio STF, com rigor técnico-científico, os peritos criminais federais exerceram destacado protagonismo no âmbito da Ação Penal 470, tendo contribuído efetivamente para a conclusão do Caso Mensalão, o que, inclusive, lhes proporcionou um significativo acréscimo de autoestima.

Nesse sentido, compreende-se que Ação Penal 470 define um *case* nacional de grande importância para compreensão institucional da atividade de Criminalística desenvolvida no Brasil, apesar de também se reconhecer que, em geral, não se nota uma preocupação em aferir a repercussão da prova pericial no julgamento dos casos em que, ordinariamente, ela é produzida.

Há um entendimento no sentido de que a atividade desempenhada pelos peritos criminais federais na Ação Penal 470 resultou em aprimoramento técnico-científico e administrativo da atividade de Criminalística Federal.

Restou, contudo, evidente um distanciamento das questões jurídico-processuais, tendo sido reportada apenas a necessidade de se ampliar as prerrogativas do perito criminal, de modo a possibilitar-lhe a realização de diligências que favoreçam um contato direto e imediato com os elementos de prova (tal qual ocorrido no Caso Mensalão), além do desejo de ver restabelecida a exigência de atuação de dois peritos criminais em cada procedimento técnico-científico.

Tendo como referencia a atividade de Criminalística exercida na Ação Penal 470, manifestou-se uma compreensão muito focada na defesa das prerrogativas persecutórias dos peritos criminais e no desejo de assunção do protagonismo da investigação criminal, por meio do discurso de valorização da prova técnico-científica.

E, a partir dessa narrativa fundamentada nos dados pesquisados, percebe-se que a questão da admissibilidade da prova técnico-científica na persecução penal comporta hipóteses teóricas com elevado grau de abrangência, densidade e abstração, acerca da própria atividade de Criminalística, em si considerada.

Por tudo que se viu e analisou, resta evidente que a perícia criminal ocupa posição institucional estratégica entre a efetividade da aplicação da lei penal e o respeito às garantias individuais fundamentais.

Dependendo do arranjo institucional em que estiver estabelecida, a atividade de Criminalística pode tanto voltar-se à promoção do exercício autoritário da pretensão punitiva estatal, como constituir-se numa garantia de equilíbrio entre a prerrogativa de punir e o direito à liberdade.

Dentro do Sistema Penal Brasileiro, na medida em que a atividade de Criminalística promova uma manifestação autoritária do poder punitivo estatal, a hipótese será de inadmissibilidade da prova pericial criminal.

Por outro lado, na medida em que a atividade de Criminalística se constitua em garantia do equilíbrio entre a prerrogativa de punir e o direito à liberdade, a hipótese será de admissibilidade da prova técnico científica na persecução penal.

Nesse sentido, mostram-se pertinentes as sugestões manifestadas no sentido de que a lei processual assegure a possibilidade do perito criminal diligenciar em busca de um contato direto e imediato com os elementos de prova (vestígios), bem como que a lei processual volte a exigir que as perícias criminais sejam realizadas por dois peritos oficiais.

Além disso, mostra-se altamente recomendável que, como ocorre no sistema italiano, o Processo Penal Brasileiro contemple a definição clara e precisa de um momento adequado dentro da sua dinâmica para que sejam apreciadas as questões acerca da admissibilidade da prova atípica, inclusive a técnico-científica, possibilitando ao juiz aferir-lhe não apenas a licitude (critério jurídico-processual), mas, também a pertinência, relevância e, sobretudo, a confiabilidade do princípio e do método científico ou da técnica empregada em cada exame pericial (critério técnico-científico).

Por fim, em face da emergência da temática espontaneamente suscitada pelos entrevistados, resta a sugestão de aprofundamento das pesquisas científicas acerca da atuação dos assistentes técnicos na produção da prova pericial de natureza criminal, principalmente no âmbito da Criminalística Federal.

REFERÊNCIAS

- AMORIM; José Viana. **A autonomia da Perícia Criminal Oficial no âmbito da Polícia Federal: percepções e reflexões dos profissionais do Sistema de Justiça Criminal**. Dissertação (mestrado) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa. Orientador: Ricardo Lopes Cardoso. Co-orientadora: Valdevez Ferreira Fraga. 2012.
- BALERA, José Eduardo Ribeiro; DINIZ, Nilza Maria. **A eticidade de pesquisas, bioantropológicas de delinquência no cenário científico contemporâneo**. Rev. Bioét, Brasília, v. 21, n. 3, p. 536-545, dez. 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000300018&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 13 de fevereiro de 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S1983-80422013000300018>.
- BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm.
- BRASIL. **Lei n.º 11.690, de 09/06/2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm.
- BRASIL. **Lei n.º 12.030, de 17/09/2009**. Dispõe sobre as perícias oficiais e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112030.htm.
- BRASIL. **Lei n.º 9.266, de 15/03/1996**. Reorganiza as classes da Carreira Policial Federal, fixa a remuneração dos cargos que as integram e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9266.htm.
- BUCHMÜLLER, Hélio. **O futuro das ciências forenses**. Revista Perícia Federal. Edição n.º 32, p. 14-17. Associação Nacional dos peritos Criminais Federais. Brasília: 2013. Disponível em http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/Revista_APCF_32_site.pdf. Acesso em 07/11/2017.
- CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. **Da prova no processo penal**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. – 23 ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- CAPPI, Ricardo. **A maioria penal nos debates parlamentares: motivos do controle e figuras do perigo**. Casa do Direito. Belo Horizonte: 2017.
- CAPPI, Ricardo. **Pensando Respostas estatais às condutas criminalizadas: um estudo empírico dos debates sobre a redução da maioria penal (1993 - 2010)**. Revista de Estudos Empíricos em Direito. Volume 1, n.º 1, jan 2014, p. 10-27.
- CARVALHO, J. L. de. **Fundamentos da Perícia Criminal**. 1ed. Campinas: Bookseler, 2006.
- CAVALCANTI, A. **Criminalística Básica**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 3ed., 1995.

CORBIN, Juliet M.; STRAUSS, Anselm L. **Pesquisa Qualitativa: Técnica e procedimentos para desenvolvimento da teoria fundada**, 2 ed. Artmed. Porto Alegre: 2008.

COSTA, Luis Alberto da. **Crimes de elite, uma nova categoria jurídico-penal?**. Jus Navegandi, Teresina, ano, 17, n.3437, 28 de novembro de 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23102/crimes-de-elite-uma-nova-categoria-juridico-penal>. Acesso em: 22/04/2017.

DUCLERC, Elmir. **Garantismo Penal Integral ou Defensivismo Diet?** Disponível em <http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2013/07/Garantismo-Penal-Integral-ou-Defensivismo-Diet.pdf>. Acesso em 17/10/2017.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. Tradução de Pietro Nasseti- Ed. Martin Claretto – São Paulo, p. 82-88, 2007.

DUTRA, L. H. A. **Pragmática da Investigação Científica**. São Paulo, Edições Loyola, 2008.

ENTREVISTA Deltan Dallagnol e Orlando Martello. **Lava Jato, de onde veio e para onde vamos**. Publicado em 30/10/2016. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2016/10/1827555-lava-jato-de-onde-veio-e-para-onde-vamos.shtml>. Consulta em 17/10/2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Relatório para as XX Jornadas Ibero-americanas de Direito processual Penal**. Málaga, Espanha, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais**. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 28, 24 mar. 2009. Disponível em https://bdjur.stj.br/jspui/bitstream/2011/60553/garantismo_penal_integral.pdf. Acesso em 17/10/2017.

FOUREZ, Gérard. **A Construção das Ciências: Uma introdução à filosofia e à ética das ciências**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

GARRIDO, R. G. **Criminalística: uma grande área de atuação biomédica**. Revista do Biomédico, n 50, Nov/Dez, p.22-23, 2002.

GIALAMAS, D. M. **Criminalistics**. In: SIEGEL, J.; KNUPFER, G.; SAUKKO, P. (eds). Encyclopedia of Forensic Sciences. p.471-477, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **Se a lei não for aplicada, não faz sentido aumentar a pena**, 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-ago-16/coluna-lfg-lei-nao-for-aplicada-nao-faz-sentido-aumentar-pena>. Publicado em 16/08/2012. Acesso em 17/10/2017.

KARL, Raymund Popper. **Conjecturas e Refutações**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

KONVALINA - SIMAS, Tânia. **Quis, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando?** Revista Liberdades. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 17 –

Setembro/Dezembro de 2014. Disponível em http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=213. Acesso em 13/10/2017.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 7.^a ed. São Paulo: Perspectiva, ISBN 85-273-0111-3, 2003.

LAUDAN, Larri. **O Progresso e seus problemas: rumo a uma teoria do crescimento científico**. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

LINDEMANN, Mary (1999). **Medicine and Society in Early Modern Europe**: Cambridge University Press. ISBN 9780521423540, 1999.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. – 11 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MADEA, BURKHARD. **Handbook of Forensic Medicine**. Wiley; ISBN 9781118570630, 2014.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MANZANO. Luís Fernando de Moraes. **Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. – 11 ed. – São Paulo: Atlas, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1997.

MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**, 5^a ed. Editora Sulina. 2015.

MORRISON, Geoffrey Stewart. **Distinguishing between forensic science and forensic pseudoscience: testing of validity and reliability, and approaches to forensic voice comparison**. Science and Justice, Volume 54, 3^aed., p. 245–256, maio 2014.

NEUFELD, Peter; SCHECK, Barry. **Making forensic science more scientific**. Nature, volume 464, p. 351, Mar 2010.

NORMAS SEM EFEITO - **Direito Penal ineficiente tornou Brasil um "país de ricos delinquentes"**, diz Barroso. CONJUR. Publicado em 17/03/2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mar-17/ineficiencia-penal-gerou-pais-ricos-delinquentes-barroso>. Acesso em 17/10/2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. – 20 ed. – Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. – 4^a ed. – DelRey, 2004.

PARK, Katharine; DASTON, Lorraine. **The Cambridge History of Science: Volume 3, Early Modern Science**. Cambridge University Press. ISBN 9780521572446, 2003.

PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. Revista BuscaLegis. Ano 16. Revista n.º 30, Jun/1995.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da Investigação Criminal: uma introdução jurídico-científica**. Brasília: Almedina, 2010.

POPPER, Karl Raymond. **Conjecturas e Refutações**. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2008.

RABELLO, E. **Curso de Criminalística**. Porto Alegre. Sagra-Luzzatto: 1996.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

RUQUOY, Danielle; et al. **Práticas e Métodos de Investigação em Ciências Sociais**. Editora Gradiva. Lisboa: 1997.

SAAD NETTO, Claudio. **Perícia Criminal: instrumento probatório de concretização do respeito à dignidade da pessoa humana**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Academia Nacional de Polícia como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Gestão de Políticas de Segurança. Brasília: 2010.

SAPORI, Luís Flávio. **Segurança pública no Brasil – desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4ª edição. São Paulo: Editora Regista dos Tribunais, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Como assim "prisão é só para quem precisa"?** CONJUR, Coluna Senso Incomum. 2012. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-nov-08/senso-incomum-assim-prisao-quem>. Acesso em 14/10/2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. – 15 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa: **Código de Processo Penal Comentado**: São Paulo: Saraiva, v. 1, 1996.

TRINDADE, André Karam. **Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli**. Publicado em <https://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli>. Acesso em 14/10/2017.

VOLEJNIK, Adriana Cristina Pino. **A prova pericial contábil na Ação Penal 470: o Caso Mensalão**. Dissertação apresentada à Fundação Escola de Comércio Álvares Penteado – FECAP, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Ciências Contábeis, 2017.

APÊNDICE A

Termo de Consentimento Livre e Esclarecido

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
PROGRAMA DE ESTUDOS, PESQUISAS E FORMAÇÃO EM POLÍTICAS E
GESTÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA - PROGESP
MESTRADO PROFISSIONAL EM SEGURANÇA PÚBLICA, JUSTIÇA E CIDADANIA

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Eu, _____ declaro estar ciente do que trata o projeto intitulado: **Criminalística em perspectiva auto-crítica: a avaliação dos peritos criminais federais sobre a produção da prova científica no âmbito da Ação Penal 470.**

Declaro, assim, que tenho interesse e me disponho a contribuir com o referido trabalho, aceitando ser entrevistado(a) pelo pesquisador **Adilson Carvalho Silva**.

Declaro também estar ciente de que minha contribuição será gravada, mas que será mantido anonimato das informações prestadas e das opiniões por mim emitidas.

Declaro ainda estar de acordo que as informações coletadas possam ser utilizadas para fins acadêmicos e de divulgação da pesquisa, sendo sempre mantido o sigilo da minha identidade.

Por fim, registro que em qualquer momento do desenvolvimento da pesquisa poderei voltar atrás deste consentimento, tornando-o sem valor.

Desta forma, assino este Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, em duas vias, uma das quais ficará sob minha posse e outra com o pesquisador.

, ____/____/____.

Entrevistado

Pesquisador

ANEXO A

Decisão do STF referente à realização de novas perícias e repetição de perícias realizadas durante a investigação criminal

DECISÃO: Trata-se de pleito formulado pelo Procurador-Geral da República, manifestando-se **contrariamente a requerimentos para realização de perícias técnicas e outras diligências**, formulados por alguns dos réus na defesa prévia.

Segundo o Procurador-Geral da República, *verbis*:

*"A realização de tais medidas no curso da persecução criminal, especialmente trabalhos de natureza pericial, deve ser **pertinente e útil para o esclarecimento dos fatos**, sob pena de caracterizar abuso de defesa, cujo objetivo é **tumultuar e atrasar o andamento do feito**.*

*Além desse aspecto, **a parte deve providenciar diretamente**, sempre que possível, **a obtenção e juntada do material de seu interesse**."*

Assim, o Procurador-Geral da República passou a impugnar cada pedido específico.

I - PRIMEIRA DILIGÊNCIA - SOLICITADA PELO RÉU MARCOS VALÉRIO

O réu MARCOS VALÉRIO solicitou a realização de Perícia contábil-econômica no contrato "Câmara dos Deputados/SMP&B Comunicação Ltda. n° 2003/204.0", de 31/12/2003 (e respectivos documentos fiscais, contábeis e de prestação de serviços e de contas), **referido no item III.1 da denúncia**, visando à demonstração:

(a) da efetiva prestação de **serviços de assessoria de comunicação pela IFT - Idéias, Fatos e Texto Ltda.** (do jornalista Luís Costa Pinto);

(b) da efetiva prestação dos **serviços terceirizados, seu efetivo percentual e remuneração da agência de propaganda contratada;**

(c) da efetiva prestação dos **serviços contratados e pagos.**

O Procurador-Geral da República assim se manifestou sobre o pedido (fls. 19763/19764, vol. 91):

"No que concerne ao item a (prestação de serviços de assessoria de comunicação pela IFT - Idéias, Fatos e Texto Ltda.), não há utilidade e até mesmo pertinência objetiva na perícia.

Inexiste utilidade diante da informação carreada aos autos, mediante declaração formal oriunda da Câmara dos Deputados, de que a empresa IFT não realizou os serviços contratados.

Também não há pertinência, pois o réu Marcos Valério não foi, sequer, denunciado por esse específico fato. Em outras palavras, o ponto por ele levantado não influenciará em sua esfera jurídica dentro da Ação Penal. (...)

Quanto aos demais pontos, a remuneração da SMP&B e o percentual de subcontratação do objeto podem ser determinados pela simples análise dos pagamentos, que individualizam referidos dados. Isso já consta na instrução da área técnica do Tribunal de Contas da União, que amparou a inicial.

Esclareço que a presente denúncia, com exceção da situação da empresa IFT, não imputa que as demais empresas subcontratadas não prestaram o serviço. Ela afirma que a SMP&B subcontratou quase que integralmente o objeto da avença e que tal fato caracteriza o crime de peculato."

Instado a se manifestar, o réu sustentou que "a defesa pretende provar exatamente que a mencionada declaração da Câmara dos Deputados não é suficiente para o esclarecimento dos fatos, que os serviços contratados foram efetivamente prestados, que houve terceirização dos serviços (o que é praxe do mercado publicitário), que a empresa IFT efetivamente prestou os serviços para os quais foi contratada e que a efetiva remuneração da SMP&B foi muito menor do que se especula". E concluiu: "deve-se levar em conta, por fim, a nova disciplina do art. 159 do CPP, onde se prevê a indicação de assistente técnico e a oportuna formulação de quesitos".

Decido.

Estabelece o Código de Processo Penal, verbis:

"Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade."

No caso em análise, a defesa justificou as razões pelas quais entende necessária a realização de perícia no contrato firmado entre a Câmara dos Deputados e a SMP&B Comunicação Ltda. Salientou que a perícia poderá demonstrar que a empresa IFT **prestou os serviços** para os quais foi contratada, diversamente do que afirma a denúncia. Sustentou, ainda, que poderá demonstrar que a efetiva remuneração da SMP&B no contrato com a Câmara não caracterizaria o crime de peculato, imputado pelo Ministério Público Federal.

Do exposto, defiro o pedido de perícia, devendo acusação e defesa, no prazo comum de 5 (cinco) dias, apresentar os quesitos a serem respondidos por perito oficial (art. 159 do Código de Processo Penal). De acordo com o §4º do art. 159, eventual assistente técnico somente atuará após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais.

Apresentados os quesitos ou decorrido, *in albis*, o prazo, **oficie-se ao Instituto Nacional de Criminalística**, determinando a realização de perícia contábil-econômica no contrato "Câmara dos Deputados/SMP&B Comunicação Ltda. n° 2003/204.0", de 31/12/2003 (e respectivos documentos fiscais, contábeis e de prestação de serviços e de contas), para que informe:

- 1) **se os serviços contratados foram efetivamente prestados,**
- 2) **se a terceirização dos serviços foi real ou fictícia,**
- 3) **se a empresa IFT efetivamente prestou os serviços para os quais foi contratada, e**
- 4) **qual foi a efetiva remuneração da SMP&B no contrato.**

Assinalo o prazo de 90 (noventa) dias para a realização da perícia, contados da data do recebimento do ofício pelo Instituto Nacional de Criminalística.

**II - SEGUNDA DILIGÊNCIA - SOLICITADA PELO RÉU
MARCOS VALÉRIO**

O réu MARCOS VALÉRIO solicitou, ainda, perícia contábil-econômica nos contratos de empréstimos bancários celebrados pelas empresas SMP&B Comunicação Ltda., GRAFFITI Participações Ltda. e Rogério Lanza Tolentino & Associados **com o Banco Rural e o Banco BMG**, firmados no período de 2003 a 2004, cujo valor total soma cerca de R\$ 55 milhões de reais.

O requerente alega que a perícia poderá demonstrar:

(a) que os **empréstimos são verdadeiros** (os valores, efetivamente, saíram de contas bancárias, tipo caixa, dos bancos referidos, para as contas bancárias das empresas tomadoras) e

(b) que os respectivos **recursos financeiros destes empréstimos constituem a única fonte dos recursos repassados aos Partidos da base aliada**, referidos no item VI da denúncia (PP, PL, PTB e PMDB), conforme as versões dos denunciados Delúbio Soares de Castro e Marcos Valério Fernandes de Souza".

O Procurador-Geral da República impugnou também o pleito, sustentando o seguinte:

"O tema **já é objeto de diversas análises técnicas que se encontram nos autos, podendo-se destacar, por exemplo: Laudo de Exame Contábil n° 1666/2007 (Banco Rural, Apenso n° 144, fls. 04/96), Laudo de Exame Contábil n° 1854/06 (Banco BMG, Apenso n° 126, fls. 06/175) e Laudo de Exame Financeiro n° 1450/2007 (Apenso n° 143, fls. 38/80).**

O réu **não apresentou qualquer impugnação justificada aos trabalhos produzidos, limitando-se a solicitar nova perícia.** Não há fundamento para a **repetição dos acalentados trabalhos técnicos já produzidos com extremo cuidado e rigor.**

A iniciativa, portanto, objetiva apenas **atrasar o andamento processual, protelando o desfecho da ação.**

Nessa linha, **manifesto-me de forma contrária ao pleito, pois o assunto já se encontra suficientemente esclarecido do ponto de vista técnico**".

O réu MARCOS VALÉRIO justifica o pedido em questão:

*"A defesa pretende a produção de prova **sob o crivo do contraditório** (vide novamente art. 155 do CPP), para que não reste dúvida de que os contratos de empréstimos bancários feitos junto ao Banco Rural S/A e ao Banco BMG S/A pelas empresas SMP&B Comunicação Ltda., GRAFFITI Participações Ltda. e Rogério Lanza Tolentino & Associados, firmados em 2003 e 2004, cujo valor total do principal soma cerca de R\$ 55 milhões de reais, são verdadeiros (os valores, efetivamente, saíram de contas bancárias, tipo caixa, dos bancos referidos, para as contas bancárias das empresas tomadoras) e que os respectivos recursos financeiros destes empréstimos (de origem privada) constituem a única fonte dos recursos repassados aos Partidos da base aliada."*

Decido.

O art. 155 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 11.690/2008, estabelece que "**o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas**".

No caso, a perícia realizada durante o inquérito não constitui prova cautelar, irrepetível nem antecipada, razão pela qual se faz **imperativo submetê-la ao contraditório judicial.**

Ademais, o réu justificou as razões pelas quais considera necessária a nova realização da perícia.

Do exposto, **defiro** o pedido do réu MARCOS VALÉRIO, devendo acusação e defesa, **no prazo comum de 5 (cinco) dias, apresentar os quesitos** a serem respondidos por perito oficial (art. 159 do Código de Processo Penal). De acordo com o §4º do art. 159, eventual assistente técnico somente atuará após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais.

Recebidos os quesitos ou decorrido, *in albis*, o prazo assinalado, **oficie-se ao Instituto Nacional de Criminalística**, determinando a realização de perícia contábil-econômica nos contratos de empréstimos bancários celebrados pelas empresas SMP&B Comunicação Ltda., GRAFFITI Participações Ltda. e Rogério Lanza Tolentino &

Associados com o **BANCO RURAL** e o **BANCO BMG**, firmados no período de 2003 a 2004, devendo responder:

(a) se os **empréstimos são verdadeiros** (os valores, efetivamente, saíram de contas bancárias, tipo caixa, dos bancos referidos, para as contas bancárias das empresas tomadoras) e

(b) a soma total dos **recursos financeiros efetivamente obtidos com estes empréstimos.**

Assinalo o prazo de **90 (noventa) dias** para a realização da perícia, contados da data do recebimento do ofício pelo Instituto Nacional de Criminalística.

III - TERCEIRA DILIGÊNCIA - SOLICITADA PELOS RÉUS MARCOS VALÉRIO E HENRIQUE PIZZOLATO

MARCOS VALÉRIO requereu, ainda, **Perícia contábil/econômica** relativa à **prestação de serviços pela DNA Propaganda Ltda., para a CBMP - Companhia Brasileira de Meios de Pagamento**, mediante recebimento de verbas do Fundo de Incentivo VISANET, nos anos de 2003 a 2004, **referidas no item III.3 da denúncia**, visando à demonstração **(a) da inexistência de desvio de recursos públicos e (b) da efetiva prestação dos serviços de publicidade e propaganda em favor do cartão VISA** pela agência de propaganda DNA.

Quanto ao mesmo tema, o réu HENRIQUE PIZZOLATO requereu a **realização de perícia/auditoria na Companhia Brasileira de Meios de Pagamento - CBMP junto ao Fundo Visanet.**

O Procurador-Geral da República **contrapôs-se ao pedido**, assinalando:

"O tema já é objeto do Laudo de Exame Contábil n° 2828/2006 (Apenso n° 142, fls. 77/119).

Além disso, também foi abordado no Laudo de Exame Contábil n° 3058/2005 (fls. 192/267).

O réu não apresentou qualquer impugnação justificada aos trabalhos produzidos, limitando-se a solicitar nova perícia. Não há fundamento para a repetição dos acalentados trabalhos técnicos já produzidos com extremo cuidado e rigor.

A iniciativa, portanto, objetiva apenas atrasar o andamento processual, protelando o desfecho da ação.

Nessa linha, **manifesto-me de forma contrária ao pleito**, pois o assunto já se encontra **suficientemente esclarecido do ponto de vista técnico**".

O réu MARCOS VALÉRIO assim justificou seu pedido:

"(...) há evidente divergência entre acusação e defesa quanto à **origem dos recursos repassados à DNA para fins de propaganda para a VISANET**. A acusação diz que os recursos são públicos e eram do Banco do Brasil. **A defesa diz que os recursos são privados, porque pertencentes à CBMP (VISANET) e nunca integraram o patrimônio ou contas do Banco do Brasil**. Ademais, enquanto a acusação sustenta que os serviços de propaganda não foram prestados pela DNA, a defesa, ao contrário, sustenta sua prestação. A prova pericial é, assim, indispensável.

É relevante frisar, ainda, que, nos termos da nova redação do artigo 155 do 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."

Por sua vez, o réu HENRIQUE PIZZOLATO alegou o seguinte:

"A perícia, a ser realizada na **Companhia Brasileira de Meios de Pagamento - CBMP junto ao fundo Visanet**, visa **demonstrar a inexistência de dinheiro público**, ou seja, de que **não houve dinheiro do Banco do Brasil S/A**. Em seu depoimento estes fatos foram devidamente relatados. Contudo, diante da denúncia ofertada, há a necessidade da realização da perícia, tendo em vista tratar-se de elementos eminentemente técnicos."

Decido.

Os réus apresentaram justificativas razoáveis para a realização da perícia solicitada.

De acordo com o art. 155 do Código de Processo Penal, recentemente alterado pela Lei nº 11.690/2008, "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".

No caso em análise, a perícia realizada durante o inquérito não constitui prova cautelar, irrepetível nem antecipada, razão pela qual se torna imperativo submetê-la ao contraditório judicial.

Do exposto, defiro os pedidos dos réus MARCOS VALÉRIO e HENRIQUE PIZZOLATO, devendo acusação e defesas, no prazo comum de 5 (cinco) dias, apresentar os quesitos a serem respondidos por perito oficial (art. 159 do Código de Processo Penal). De acordo com o §4º do art. 159, eventual assistente técnico somente atuará após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais.

Recebidos os quesitos ou decorrido, *in albis*, o prazo assinalado, oficie-se ao Instituto Nacional de Criminalística, para que realize perícia contábil/econômica relativa à prestação de serviços pela DNA Propaganda Ltda., para a CBMP - Companhia Brasileira de Meios de Pagamento, mediante remuneração pelo Fundo de Incentivo VISANET, nos anos de 2003 a 2004, respondendo às seguintes questões:

a) origem dos recursos repassados à DNA para fins de propaganda para a VISANET. A acusação diz que os recursos são públicos e eram do Banco do Brasil. A defesa diz que os recursos são privados, porque pertencentes à CBMP (VISANET) e nunca integraram o patrimônio ou contas do Banco do Brasil;

b) se houve efetiva prestação dos serviços de publicidade e propaganda em favor do cartão VISA pela agência de propaganda DNA.

Deve, ainda, constar do ofício determinação para que o Instituto Nacional de Criminalística realize perícia na Companhia Brasileira de Meios de Pagamento - CBMP/Fundo Visanet, com o fim de verificar se, no período de 2003 a 2005, a CBMP (Visanet) recebeu ou administrou recursos públicos, especialmente provenientes do Banco do Brasil.

Assinalo o prazo de 90 (noventa) dias para a realização da diligência, contados da data do recebimento do ofício pelo Instituto Nacional de Criminalística.

IV - QUARTA DILIGÊNCIA - SOLICITADA PELOS RÉUS MARCOS VALÉRIO E HENRIQUE PIZZOLATO

A defesa do réu MARCOS VALÉRIO requereu **Perícia contábil/econômica**, relativa aos **Contratos do Banco do Brasil S.A./DNA Propaganda Ltda.**, datados de 22/03/00 e 23/09/03 (e respectivos documentos fiscais, contábeis e de prestação de serviços e de contas), **referidos no item III.2 da denúncia**, visando à **demonstração da inexistência de desvio de recursos públicos**, quanto a: (a) valores concernentes a **descontos concedidos por fornecedores**; (b) **recebimento pela DNA de valores relativos a bonificação (ou bônus) de volume**, fruto da relação entre a agência de propaganda e os veículos de mídia; (c) **efetiva prestação dos serviços contratados e pagos**.

Sobre o mesmo tema, a defesa do réu HENRIQUE PIZZOLATO requereu a **Realização de perícia/auditoria nos contratos de propaganda e marketing sobre o Bônus de Volume do período de 2000 a 2005 (Henrique Pizzolato)**.

O Procurador-Geral da República sustentou:

"Não há qualquer utilidade para a elucidação dos fatos na realização da perícia em exame.

O item III.2 da denúncia refere-se a **valores recebidos pela DNA e não repassados**, conforme obrigação normativa, ao **Banco do Brasil**.

Os réus que respondem pelo crime imputado especificamente no item citado, inclusive os que requereram a perícia (Marcos Valério e Henrique Pizzolato), não negam o fato de que não repassaram ao Banco do Brasil os valores imputados na inicial penal.

Pelo contrário, afirmam expressamente que o não repasse foi absolutamente legal. Eles até citam decisão do Tribunal de Contas da União que considera regular a prática imputada (Marcos Valério, fl. 16364 e Henrique Pizzolato, fls. 15964/15965).

Ora, diante desse quadro, qual a utilidade na elaboração de perícia para atestar

ou não o repasse? Nenhuma, pois isso não é objeto de controvérsia."

Sobre o tema, o réu MARCOS VALÉRIO assim se manifestou:

"(...) a divergência entre acusação e defesa é patente pois o PGR afirma que houve **desvio de recursos públicos**, uma vez que os referidos valores teriam sido **'recebidos pela empresa DNA e não repassados, conforme obrigação normativa, ao Banco do Brasil'**. Já a defesa pretende provar que tais valores, por sua natureza - e aí entra a perícia, **para esclarecer as quantias relativas a descontos concedidos por fornecedores e à importância referente à bonificação ou bônus de volume, fruto da relação entre agência e veículos de comunicação -**, não deveriam ser repassados ao Banco do Brasil. A defesa **pretende, ainda, provar que os serviços contratados e pagos foram efetivamente prestados.**"

Por sua vez, o réu HENRIQUE PIZZOLATO alegou o seguinte:

"Quanto à perícia nos contratos de propaganda e marketing sobre o Bônus de volume do período de 2000 a 2005, este se faz necessário uma vez que **tal procedimento sempre fora adotado, mesmo antes de o ora réu ter assumido o cargo junto ao Banco do Brasil S/A.** Conforme afirmou em seu depoimento, não houve, ao assumir o cargo, **não houve qualquer alteração de procedimentos no tocante ao pagamento do bônus de volume.**

É necessária a perícia deste período, haja vista a **afirmação na denúncia de que este procedimento somente fora adotado na administração do ora réu.**"

Assim, os réus insistem na necessidade da realização das perícias requeridas.

Decido.

Estabelece o Código de Processo Penal, verbis:

"Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, **o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando**

não for necessária ao esclarecimento da verdade."

No caso em análise, as defesas justificaram as razões pelas quais entendem necessária a realização de perícia **nos contratos do Banco do Brasil S/A com a DNA, datados de 22/03/2000 e de 23/09/2003** (MARCOS VALÉRIO) e nos **contratos de propaganda e marketing sobre o Bônus de Volume de 2000 a 2005** (HENRIQUE PIZZOLATO). Salientaram que a perícia poderá comprovar a legalidade da atuação dos réus, afastando a imputação de peculato.

Do exposto, **defiro** os pedidos dos réus MARCOS VALÉRIO e HENRIQUE PIZZOLATO, devendo **acusação e defesas, no prazo comum de 5 (cinco) dias, apresentar os quesitos** a serem respondidos por perito oficial (art. 159 do Código de Processo Penal). De acordo com o §4º do art. 159, eventual assistente técnico somente atuará após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais.

Recebidos os quesitos ou decorrido, *in albis*, o prazo, **expeça-se ofício ao Instituto Nacional de Criminalística**, determinando a realização de **Perícia contábil/econômica nos Contratos do Banco do Brasil S.A./DNA Propaganda Ltda.**, datados de 22/03/00 e 23/09/03 (e respectivos documentos fiscais, contábeis e de prestação de serviços e de contas), devendo responder se **houve ou não desvio de dinheiro público** nas seguintes situações:

(a) **descontos concedidos por fornecedores;**

(b) **recebimento pela DNA de valores relativos a bonificação (ou bônus) de volume**, fruto da relação entre a agência de propaganda e os veículos de mídia;

(c) **prestação dos serviços contratados e pagos**, devendo esclarecer se houve a efetiva prestação destes serviços.

Determine-se, ainda, a realização de **perícia nos contratos de propaganda e marketing sobre o Bônus de Volume de 2000 a 2005** firmados pelo Banco do Brasil, devendo o Instituto Nacional de Criminalística esclarecer se houve, neste período, alguma alteração de procedimento no pagamento de bônus de volume.

Assinalo o prazo de 90 (noventa) dias para a realização da diligência, a contar da data do recebimento do ofício pelo Instituto Nacional de Criminalística.

V - QUINTA DILIGÊNCIA - SOLICITADA PELO RÉU HENRIQUE PIZZOLATO

O réu HENRIQUE PIZZOLATO solicitou que esta Corte expedisse ofícios requisitando vários documentos ao Banco do Brasil e ao representante legal da Companhia Brasileira de Meios de Pagamento - CBMP (Visanet).

O Procurador-Geral da República sustentou que cabe ao próprio acusado obter estes documentos junto ao Banco do Brasil e à Visanet, e providenciar a sua juntada.

O réu alega o seguinte:

"Os documentos requeridos são documentos internos das referidas instituições e, se fosse de fácil acesso ou de liberação a qualquer pedido, não estaria sendo efetuado nos autos, posto que o réu já os teria em mãos.

Por outro lado, a seguir a orientação do Ministério Público, terá uma demora em demasia (...). Por outro lado, com um simples despacho nestes autos, poderão ser obtidos, de forma célere, estes documentos. (...)

Os documentos requeridos são fundamentais para o direito de defesa do réu. Os documentos do Banco do Brasil irão demonstrar cabalmente que a denúncia do Ministério Público é totalmente vazia, uma vez que corroborarão o depoimento do réu.

Da mesma forma, os documentos da Companhia Brasileira de Meios de Pagamento. (...)

(...)

Ante todo o exposto, reitera-se os requerimentos de perícia/auditoria formulados em defesa prévia, bem como que seja oficiado ao Banco do Brasil S/A e a Companhia Brasileira de Meios de Pagamento - CBMP que juntem aos autos os documentos listados às fls. 15.997/15.999, uma vez que tais procedimentos garantirão ao réu o seu amplo direito de defesa."

Decido.

Eis os requerimentos formulados pelo réu em sua defesa prévia (fls. 15.997/15.999, vol. 74):

"6. Para que o réu possa exercer plenamente o direito de defesa constitucionalmente garantido como direito fundamental do cidadão, há necessidade de que seja juntado aos autos documentos imprescindíveis [sic] para o deslinde de toda a matéria em debate. Ocorre que estes documentos estão em mãos de terceiro, no caso, o Banco do Brasil S/A.

6.1. Desta feita, **requer a V. Exa. seja determinado ao Banco do Brasil S/A, através de seu Diretor Presidente, sob pena de, caso aja [sic] recusa, caracterizar crime por obstrução da justiça, os documentos ora arrolados:**

- a) **Organograma** do Banco do Brasil;
- b) **Competência, atribuições/funções, normas e alçadas das Diretorias;**
- c) **Normas e procedimentos dos processos de licitação e contratação;**
- d) **A juntada das Notas Técnicas e Notas Fiscais do período de 17 de fevereiro de 2003 a 14 de julho de 2005 da Diretoria de Marketing e publicidade referente à Visanet;**
- e) **Decisão do Conselho Diretor que aprova a reestruturação dos negócios do banco em pilares negociais do segundo semestre de 2002;**
- f) **Decisão do Conselho Diretor, em 2002, que aprova o Plano de Comunicação e Marketing do ano de 2003, com os seus respectivos anexos;**
- g) **Decisão do Conselho Diretor, em fevereiro de 2003, que aprova a prorrogação dos contratos das Agências de Propaganda, até setembro de 2003, e seus respectivos anexos;**
- h) **Decisão da Vice-Presidência de tecnologia e infra-estrutura e do Conselho Diretor que aprovam a Licitação para o Contrato do Serviço de Publicidade a partir de 22 de setembro de 2003, concorrência 01/2003;**

i) **Ata principal e complementar do Conselho Diretor, com os seus respectivos anexos, da reunião ordinária realizada no dia 3 de fevereiro de 2004;**

j) **Ata do Conselho Diretor da apresentação, pela Diretoria de Marketing e Comunicação, da campanha de publicidade de lançamento do Banco Popular e seus respectivos anexos;**

k) **Da auditoria interna realizada pelo Banco do Brasil S/A sobre a Visanet em 22 de junho de 2004;**

l) **Normas sobre publicidade e patrocínio do BB;**

m) **Pareceres jurídicos do Banco do Brasil S/A sobre o Fundo Visanet;**

n) **Pareceres contábeis do Banco do Brasil S/A sobre o Fundo Visanet;**

o) **Pareceres Jurídicos do Banco do Brasil S/A sobre o BV - Bônus de Volume;**

6.2. No mesmo sentido, para se garantir o amplo direito de defesa do réu, requer a V. Exa. **seja determinado ao representante legal da Companhia Brasileira de Meios de Pagamento - CBMP (Visanet) - sob pena de, caso aja [sic] recusa, caracterizar crime por obstrução da justiça, os documentos ora arrolados:**

a) **Normas e regulamentos da CBMP e do Fundo Emissor Visanet;**

b) **Correspondências entre o Banco do Brasil, Banco do Brasil Investimentos, Visanet e Fundo Emissor Visanet, do período de 17 de fevereiro de 2003 a 14 de julho de 2005;**

c) **Estatuto e Regulamentos da Visanet;**

d) **Atas de reunião de Diretoria dos anos de 2002, 2003, 2004 e 2005;**

e) **Designação dos representantes do Banco do Brasil S/A [junto] à Visanet e ao Fundo Visanet;**

f) **Designação/indicação dos gestores do Banco do Brasil S/A [junto] à Visanet e ao Fundo Visanet;**

g) **Designação dos Conselheiros do Banco do Brasil S/A [junto] à Visa e à Visanet;**

h) **Composição da Diretoria da Visanet;**

i) **Auditoria interna da Visanet;**

j) **Solicitações de liberação de recursos do Banco do Brasil S/A e Banco do Brasil Investimentos na Visanet;**

k) **Pagamentos efetuados pela Visanet à DNA;"**

Embora o réu pudesse, efetivamente, obter tais documentos pessoalmente junto ao Banco do Brasil S/A e à CBMP, como afirmou o Procurador-Geral da República, não vislumbro razões para indeferir integralmente o pleito. **Apenas em relação a alguns documentos**, entendo **necessários maiores esclarecimentos da defesa:**

1 - "**Normas e Regulamentos da CBMP e do Fundo Emissor Visanet**" (item **a** do requerimento à CBMP): a defesa deve esclarecer **quais normas e quais regulamentos** são de interesse do réu, **no prazo de 5 (cinco) dias**, sob pena de **indeferimento**, dada a **generalidade do pedido**, que torna inviável verificar a pertinência ao feito;

2 - "**Auditoria interna da Visanet**" (item **i** do requerimento à CBMP): a defesa deve esclarecer **a data da auditoria interna** de seu interesse ou, caso não seja possível, ao menos a **época de realização** que interessa à defesa, **no prazo de 5 (cinco) dias**, sob pena de **indeferimento**, diante da generalidade do pedido, que torna impossível analisar sua pertinência ao feito;

3 - "**Solicitações de liberação de recursos do Banco do Brasil S/A e Banco do Brasil Investimentos na Visanet**" (item **j** do requerimento à CBMP): a defesa deve esclarecer as **datas ou período das solicitações de liberação de recursos** de interesse do réu, **no prazo de 5 (cinco) dias**, sob **pena de indeferimento**, dada a **generalidade do pedido**, que torna inviável verificar sua pertinência ao feito;

4 - "**Pagamentos efetuados pela Visanet à DNA**" (item **k** do requerimento à CBMP): a defesa deve esclarecer as **datas ou período de efetuação dos pagamentos** que são de interesse do réu, **no prazo de 5 (cinco) dias**, sob **pena de indeferimento**, dada a **generalidade do pedido**, que torna inviável analisar se o pedido é pertinente;

Quanto ao mais, expeçam-se **ofícios, inclusive via fax**, ao **Diretor Presidente do Banco do Brasil S/A** e ao **representante legal da Companhia Brasileira de Meios de Pagamento - CBMP (Visanet)**, solicitando o envio, no prazo de **15 (quinze dias)**, dos documentos acima referidos, exceto os quatro itens destacados.

VI - SEXTA DILIGÊNCIA - SOLICITADA PELO RÉU ROGÉRIO LANZA TOLENTINO

O réu **ROGÉRIO LANZA TOLENTINO** solicitou **perícia contábil** no contrato de empréstimo celebrado pela empresa do suplicante denominada "**ROGÉRIO LANZA TOLENTINO E ASSOCIADOS**", CNPJ n° 04.397.086/0001-99, com o Banco BMG, com sede na cidade de Belo Horizonte, sob o número **14.03.00538**. A finalidade da perícia seria a verificação da **autenticidade do contrato**, sua correta escrituração e fiscalização, se o mesmo estava ou não acobertado por garantias seguras e próprias e, ainda, se o mesmo foi quitado.

Eis a manifestação do Procurador-Geral da República sobre o pleito:

"O tema já é objeto do Laudo de Exame Contábil n° 1854//06 (Banco BMG, Apenso n° 126, fls. 06/175).

Além disso, também **foi abordado no Laudo de Exame Contábil n° 2828/2006** (Apenso n° 142, fls. 77/119).

O réu não apresentou qualquer impugnação justificada aos trabalhos produzidos, limitando-se a solicitar nova perícia. Não há

fundamento para a repetição dos acalentados trabalhos técnicos já produzidos com extremo cuidado e rigor.

A iniciativa, portanto, objetiva apenas atrasar o andamento processual, protelando o desfecho da ação.

Nessa linha, manifesto-me de forma contrária ao pleito, pois o assunto já se encontra suficientemente esclarecido do ponto de vista técnico."

Decido.

Como já salientei anteriormente nesta decisão, o art. 155 do Código de Processo Penal, recentemente alterado pela Lei nº 11.690/2008, estabelece que: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas".

No caso em análise, a perícia realizada durante o inquérito não constitui prova cautelar, irrepetível nem antecipada, razão pela qual se torna **imperativo submetê-la ao contraditório judicial.**

Do exposto, defiro o pedido do réu ROGÉRIO LANZA TOLENTINO, devendo acusação e defesa apresentar os quesitos a serem respondidos por perito oficial (art. 159 do Código de Processo Penal), no prazo comum de 5 (cinco) dias.

Apresentados os quesitos ou decorrido, *in albis*, o prazo assinalado, expeça-se ofício ao Instituto Nacional de Criminalística, **determinando a realização de perícia contábil no contrato número 14.03.00538 entre a ROGÉRIO LANZA TOLENTINO e ASSOCIADOS e o BANCO BMG, para verificar:**

- 1) a autenticidade do contrato,
- 2) sua correta escrituração e fiscalização,
- 3) se o mesmo estava ou não acobertado por garantias seguras e apropriadas e
- 4) se o mesmo foi quitado.

Assinalo o prazo de 90 (noventa) dias para a realização da diligência pelo Instituto Nacional de Criminalística, contados da data do recebimento do ofício.

**VII - SÉTIMA DILIGÊNCIA - SOLICITADA PELO RÉU
ROGÉRIO LANZA TOLENTINO**

O mesmo réu, ROGÉRIO LANZA TOLENTINO, solicitou **perícia na conta bancária** de sua empresa, a "**ROGÉRIO LANZA TOLENTINO E ASSOCIADOS**", CNPJ nº 04.397.086/0001-99, conta nº 25.687-0, da Agência nº 643-2, do Banco do Brasil, localizada na cidade de Belo Horizonte. O motivo para a solicitação da perícia seria esclarecer quando a conta bancária foi aberta e sua movimentação durante os meses de abril e maio do ano de 2004.

O Procurador-Geral da República assim impugnou o pedido, *verbis*:

"Não há qualquer necessidade de perícia técnica para alcançar os objetivos do réu.

Com efeito, basta que ele junte aos autos o documento que comprova a data de abertura da conta mencionada, bem como providencie a juntada dos extratos dos meses de seu interesse. No ponto, ressalto que a conta é de titularidade de sua empresa, razão pela qual ele próprio poderá obter os documentos diretamente, sem intervenção judicial".

Decido.

Apesar da manifestação contrária do Procurador-Geral da República, **defiro** o pedido, pois considero que a diligência poderá colaborar para o esclarecimento da verdade e para a completa instrução do feito.

Assinalo o **prazo comum de 5 (cinco) dias para acusação e defesa apresentarem quesitos**.

Recebidos os quesitos ou decorrido, *in albis*, o prazo, **expeça-se ofício ao Instituto Nacional de Criminalística**, determinando a realização de perícia na conta bancária da empresa, a "**ROGÉRIO LANZA TOLENTINO E ASSOCIADOS**", CNPJ nº 04.397.086/0001-99, conta nº 25.687-0, da Agência nº 643-2, do Banco do Brasil, localizada na cidade de Belo Horizonte, podendo expedir ofícios ao Banco do Brasil para obter os documentos necessários ao

cumprimento da diligência. O laudo deve fornecer os seguintes dados:

a) a data de abertura da conta bancária;

b) análise da sua movimentação nos meses de abril e maio de 2004.

Assinalo o prazo de 90 (noventa) dias para a realização da diligência, contados da data do recebimento do ofício pelo Instituto Nacional de Criminalística.

VIII - OITAVA DILIGÊNCIA - SOLICITADA PELO RÉU ROGÉRIO LANZA TOLENTINO

O réu ROGÉRIO LANZA TOLENTINO solicitou, ainda, perícia nos cheques n.ºs. 850006, 85002 e 85001, emitidos pela empresa "ROGÉRIO LANZA TOLENTINO E ASSOCIADOS", sacados na agência n.º 643-2, conta n.º 25.687-0, do Banco do Brasil, em Belo Horizonte, para se estabelecer quem foi o autor do preenchimento dos mesmos, já que o requerente indicou, como autora dos preenchimentos, a co-denunciada Simone Reis Lobo Vasconcelos.

O Procurador-Geral da República sustentou, *verbis*:

"Não há necessidade da perícia em exame.

Os dois réus diretamente vinculados ao preenchimento dos cheques afirmam que foi Simone Vasconcelos que os preencheu (fl. 16467 - Simone Vasconcelos; e 16496 - Rogério Tolentino). (...) Do ponto de vista probatório, portanto, desnecessária a perícia".

Decido.

Embora SIMONE REIS LOBO VASCONCELOS tenha afirmado, em seu interrogatório judicial, que "preencheu cheques assinados por Rogério Tolentino" (fls. 16.467), a acusada não informou **quais** cheques seriam esses e disse que não sabia se os cheques eram da pessoa física ou da pessoa jurídica. Assim, há possibilidade de a ré negar o preenchimento dos referidos cheques futuramente.

Por esta razão, para melhor esclarecimento da verdade, defiro o pedido de perícia grafotécnica nos cheques indicados pelo réu ROGÉRIO LANZA TOLENTINO.

Querendo, acusação e defesa poderão apresentar quesitos, no prazo comum de 5 (cinco) dias.

Apresentados os quesitos ou decorrido, *in albis*, o prazo assinalado, oficie-se ao Instituto Nacional de Criminalística, com cópia dos **cheques n.ºs. 850006, 85002 e 85001**, emitidos pela **empresa "ROGÉRIO LANZA TOLENTINO E ASSOCIADOS"**, sacados na agência n.º 643-2, conta n.º 25.687-0, do Banco do Brasil, em Belo Horizonte, **determinando a realização de perícia grafotécnica**, de modo a **esclarecer se os cheques foram preenchidos por SIMONE REIS LOBO VASCONCELOS ou por ROGÉRIO LANZA TOLENTINO.**

Assinalo o prazo de 90 (noventa) dias para a realização da diligência, contados da data do recebimento do ofício pelo Instituto Nacional de Criminalística.

IX - NONA DILIGÊNCIA - SOLICITADA PELOS RÉUS LUIZ CARLOS DA SILVA E PAULO ROBERTO GALVÃO DA ROCHA

Outro pedido de perícia foi formulado pelos réus **LUIZ CARLOS DA SILVA** (Professor Luizinho) e **PAULO ROBERTO GALVÃO DA ROCHA**. Os acusados solicitaram "**perícia contábil nas contas apontadas em interrogatório, enquanto destinatárias dos valores repassados, contas estas e valores estes individualizados e referendados na prova testemunhal, bem assim, na documentação juntada pelo réu em sua defesa preliminar**" (fls. 16.769, vol. 77 - Professor Luizinho; e fls. 15.496, vol. 71 - Paulo Rocha).

O Procurador-Geral da República assim se pronunciou, a respeito do pedido do réu **LUIZ CARLOS DA SILVA** (idêntico ao pedido de **PAULO ROCHA**):

"A perícia foi solicitada de forma **genérica, inviabilizando a própria análise de sua pertinência e necessidade.**

Com efeito, só para ficar na primeira sustentação do pleito, **relendo o interrogatório não vi a indicação de qualquer conta do réu. Da forma como articulado, trata-se de requerimento inviável**".

Decido.

Considero que o pedido poderá colaborar para o melhor esclarecimento dos fatos imputados aos réus na denúncia.

Contudo, **as defesas devem informar, no prazo de 5 (cinco) dias, quais as contas de titularidade dos réus que pretendem sejam objeto da perícia contábil solicitada, sob pena de indeferimento,** dada a generalidade do pedido, que impede sua correta compreensão e atendimento.

No mesmo prazo de 5 (cinco) dias, comum para acusação e defesa, devem ser apresentados os quesitos a serem respondidos por perito oficial.

X - DÉCIMA DILIGÊNCIA - SOLICITADA PELOS RÉUS JACINTO LAMAS E ANTONIO LAMAS

Cuida-se de requerimentos dos réus ANTONIO LAMAS e JACINTO LAMAS, no sentido da expedição de **ofício à Receita Federal**, para que **informe** se os réus responderam a **alguma ação fiscal** relativa aos seus patrimônios, **a partir do ano de 2002, e, em caso positivo, envie o resultado final**.

Para o Procurador-Geral da República, também neste caso **cabe aos réus** em questão **a obtenção direta dos referidos documentos, bem como a sua juntada aos autos**.

Decido.

Apesar da manifestação contrária da Procuradoria-Geral da República, considero não haver razões para indeferir a diligência, que poderá contribuir para o completo esclarecimento dos fatos objeto desta ação penal.

Do exposto, **defiro o pedido de JACINTO LAMAS e ANTONIO LAMAS e determino a expedição de ofício, inclusive via fax, à Receita Federal**, para que informe, no prazo de **10 (dez) dias**, se **JACINTO LAMAS e/ou ANTONIO LAMAS** responderam a alguma ação fiscal a partir do ano de **2002** e, em caso positivo, que envie o resultado final.

XI - DÉCIMA PRIMEIRA DILIGÊNCIA - SOLICITADA PELO RÉU JACINTO LAMAS

Cuida-se de pedido do réu JACINTO LAMAS, no sentido da expedição de ofício ao Tribunal de Contas da União e Secretaria de Controle Interno da Câmara dos Deputados para que informem se o réu "**já sofreu algum tipo de investigação em tais órgãos com referência ao seu patrimônio, bem como o resultado dos procedimentos, se é que existiram**" (fls. 15.591, vol. 71).

O Procurador-Geral da República manifestou-se **contrário** à realização da diligência, sustentando, também nesta caso, que "**O réu deve tentar obter diretamente os documentos que interessam para sua defesa. Caso encontre obstáculo, deve pedir intervenção judicial, justificando a motivação dos dados almejados**" (fls. 19.774, vol. 91).

O réu insistiu na produção da prova requerida (Petição 28087/2009).

Decido.

Apesar da manifestação contrária do órgão ministerial, não vislumbro razões para indeferir o pleito, tendo em vista a maior celeridade que a requisição judicial direta conferirá à produção da prova.

Do exposto, **defiro** o pedido. **Oficie-se ao Tribunal de Contas da União e à Secretaria de Controle Interno da Câmara dos Deputados**, para que informem, **no prazo de 10 (dez) dias**, se o réu **JACINTO DE SOUZA LAMAS** já sofreu algum tipo de investigação em tais órgãos, com referência ao seu patrimônio, bem como o resultado dos eventuais procedimentos contra ele instaurados.

XII - DÉCIMA SEGUNDA DILIGÊNCIA - SOLICITADA PELO RÉU JACINTO LAMAS

JACINTO LAMAS pediu, ainda, a expedição de ofício ao **Tribunal Superior Eleitoral**, para que informe se o réu é, ou foi, e em que período, delegado do antigo PL, atual PR, junto àquele órgão, e que atribuições cabem a tal delegado.

O Procurador-Geral da República, também considerando caber ao réu obter referidos documentos, manifestou-se pelo **indeferimento** do pleito.

Decido.

Apesar da manifestação contrária do órgão ministerial, não vislumbro razões para indeferir o pleito, tendo em vista a maior celeridade que a requisição judicial conferirá à produção da prova.

Do exposto, **defiro** o pedido. **Oficie-se ao Tribunal Superior Eleitoral**, solicitando que informe, **no prazo de 10 (dez) dias**, se o peticionário é ou foi, e em que período, Delegado do antigo PL, atual PR, junto ao Tribunal Superior Eleitoral, e que atribuições cabem a um Delegado.

XIII - DÉCIMA TERCEIRA DILIGÊNCIA - SOLICITADA PELO RÉU JACINTO LAMAS

Ainda o réu JACINTO LAMAS solicitou que a Corte expedisse **ofício às Redes de Televisão e Rádio**, para que informem se o réu é, ou foi, e em que período, **credenciado pelo antigo PL, atual PR, para tratar de propaganda partidária** do referido partido.

Pelas mesmas razões, o Procurador-Geral da República se manifestou **contrário ao atendimento do pedido**.

O réu alegou que "tais tipos de empresas não fornecem as informações requeridas na defesa prévia pelos acusados a qualquer pessoa, salvo por ordem judicial". Destacou, ainda, que tais informações são cruciais para provar que o acusado era mero funcionário do Partido Liberal, então presidido pelo Deputado Valdemar da Costa Neto, "bem como, em especial, que o acusado Jacinto Lamas era a pessoa responsável por toda a parte de propaganda do referido partido, em todo o país, e por isso viajava muito para resolver problemas a isso relacionados, e não, como quer fazer parecer a acusação, para receber valores ilícitos".

Decido.

Apesar da manifestação contrária do órgão ministerial, não vislumbro razões para indeferir o pleito, tendo em vista a maior celeridade que a requisição judicial conferirá à produção da prova.

Do exposto, **defiro** o pedido. **Oficie-se às Redes de Televisão e Rádio relacionadas às fls. 15.579/15.580** (vol. 72), solicitando que informem, no prazo de **15 (quinze) dias**, se o réu **JACINTO DE SOUZA LAMAS** é ou foi, e em que período, credenciado pelo **antigo PL**, atual PR, para **tratar de propaganda partidária junto aos respectivos órgãos de divulgação**.

XIV - DÉCIMA QUARTA DILIGÊNCIA - SOLICITADA PELO RÉU JACINTO LAMAS

O réu JACINTO LAMAS solicitou, ainda, à Corte a expedição de **ofício às companhias aéreas**, para que informem todas as viagens feitas pelo réu a partir de 2000, ou, caso não seja possível, que justifique a impossibilidade.

O Procurador-Geral da República se manifestou pelo **indeferimento**, pelas razões já aludidas, e o réu, também sob os mesmos fundamentos anteriormente mencionados, insistiu na realização da diligência.

Decido.

Apesar da manifestação contrária do órgão ministerial, não vislumbro razões para indeferir o pleito, tendo em vista a maior celeridade que a requisição judicial conferirá à produção da prova.

Do exposto, **defiro** o pedido. **Oficie-se às companhias aéreas relacionadas às fls. 15.580/15.581** (vol. 72), para que informem, **no prazo de 15 (quinze) dias**, todas as viagens feitas pelo peticionário a partir do ano 2000, ou, caso não seja possível a informação relativa a todo o período, que justifique a impossibilidade.

XV - DÉCIMA QUINTA DILIGÊNCIA - SOLICITADA PELO RÉU DELÚBIO SOARES

O réu DELÚBIO SOARES solicitou a **expedição de ofício à Câmara dos Deputados** para que remeta todas as proposições legislativas entre janeiro de 2003 e abril de 2005, com as respectivas atas de votações, pedindo que conste o autor da proposição e o voto de cada parlamentar.

Para o Procurador-Geral da República, o réu deve primeiro tentar obter diretamente a referida informação. Caso encontre algum obstáculo, aí sim, a intervenção judicial poderia ser solicitada.

Decido.

Apesar da manifestação contrária do órgão ministerial, não vislumbro razões para indeferir o pleito, tendo em vista a maior celeridade que a requisição judicial conferirá à produção da prova.

Do exposto, **defiro** o pedido. **Oficie-se à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, requisitando as proposições votadas (Emendas Constitucionais, Leis Complementares e Projetos de Lei), no período compreendido entre janeiro de 2003 e abril de 2005, com as respectivas atas de votações, devendo constar o autor da proposição e o voto de cada parlamentar.** Assinalo o prazo de **15 (quinze) dias para resposta.**

DO PERITO OFICIAL

Nos termos do art. 159 do Código de Processo Penal, "**O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial**". Como esclarece GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *verbis*:

*"(...) 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.**"*

Assim, deixo de nomear um dos peritos do IBRACOM para a realização das perícias, como solicitava o réu MARCOS VALÉRIO. Ademais, não vislumbro o mencionado 'viés acusatório' no trabalho realizado pelos peritos do Instituto Nacional de Criminalística. Não se pode acolher a alegação genérica, sem provas e sem qualquer impugnação

específica, de que os peritos do INC poderiam ser tendenciosos em sua análise técnica. Por fim, o réu, se quiser, poderá nomear um assistente técnico pertencente ao órgão por ele mencionado, que atuará na forma prevista no art. 159, §4º do CPP.

Publique-se. Intime-se. Oficie-se, solicitando **máximo empenho e urgência no cumprimento das diligências requeridas.**

Brasília, 14 de abril de 2009. Publicada em 24/04/2009.

Ministro **JOAQUIM BARBOSA**
Relator

ANEXO B

Decisão do STF referente à repetição de perícias por peritos criminais federais diversos daqueles que haviam funcionado na investigação criminal

Supremo Tribunal Federal

1

Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
DJe nº 186 Divulgação 01/10/2009 Publicação 02/10/2009
Ementário nº 2376 - 1

10/06/2009

TRIBUNAL PLENO

OITAVO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470-1 MINAS GERAIS

RELATOR	: MIN. JOAQUIM BARBOSA
AGRAVANTE(S)	: MARCOS VALÉRIO FERNANDES DE SOUZA
ADVOGADO(A/S)	: MARCELO LEONARDO E OUTRO(A/S)
AGRAVADO(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU(É)(S)	: JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA
ADVOGADO(A/S)	: JOSÉ LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO(A/S)
RÉU(É)(S)	: JOSÉ GENOÍNO NETO
ADVOGADO(A/S)	: SANDRA MARIA GONÇALVES PIRES E OUTRO(A/S)
RÉU(É)(S)	: DELÚBIO SOARES DE CASTRO
ADVOGADO(A/S)	: CELSO SANCHEZ VILARDI E OUTRO(A/S)
RÉU(É)(S)	: SÍLVIO JOSÉ PEREIRA
ADVOGADO(A/S)	: GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ E OUTRO(A/S)
RÉU(É)(S)	: RAMON HOLLERBACH CARDOSO
ADVOGADO(A/S)	: HERMES VILCHEZ GUERRERO E OUTRO(A/S)
RÉU(É)(S)	: CRISTIANO DE MELLO PAZ
ADVOGADO(A/S)	: CASTELLAR MODESTO GUIMARÃES FILHO E OUTRO(A/S)
RÉU(É)(S)	: ROGÉRIO LANZA TOLENTINO
ADVOGADO(A/S)	: PAULO SÉRGIO ABREU E SILVA
RÉU(É)(S)	: SIMONE REIS LOBO DE VASCONCELOS
ADVOGADO(A/S)	: LEONARDO ISAAC YAROCHEWSKY E OUTRO(A/S)
ADVOGADO(A/S)	: DANIELA VILLANI BONACCORSI
RÉU(É)(S)	: GEIZA DIAS DOS SANTOS
ADVOGADO(A/S)	: PAULO SÉRGIO ABREU E SILVA
RÉU(É)(S)	: KÁTIA RABELLO
ADVOGADO(A/S)	: THEODOMIRO DIAS NETO E OUTRO(A/S)
RÉU(É)(S)	: JOSE ROBERTO SALGADO
ADVOGADO(A/S)	: RODRIGO OTÁVIO SOARES PACHECO E OUTRO(A/S)
RÉU(É)(S)	: VINÍCIUS SAMARANE
ADVOGADO(A/S)	: JOSÉ CARLOS DIAS E OUTRO(A/S)
RÉU(É)(S)	: AYANNA TENÓRIO TÓRRES DE JESUS
ADVOGADO(A/S)	: ANTÔNIO CLÁUDIO MARIZ DE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
RÉU(É)(S)	: JOÃO PAULO CUNHA
ADVOGADO(A/S)	: ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(A/S)
RÉU(É)(S)	: LUIZ GUSHIKEN
ADVOGADO(A/S)	: JOSÉ ROBERTO LEAL DE CARVALHO E

LFD



Supremo Tribunal Federal **3**

AP 470-AgR-oitavo / MG

	OUTRO(A/S)
RÉU(É) (S)	: PAULO ROBERTO GALVÃO DA ROCHA
ADVOGADO(A/S)	: MÁRCIO LUIZ DA SILVA E OUTRO(A/S)
ADVOGADO(A/S)	: JOÃO DOS SANTOS GOMES FILHO
RÉU(É) (S)	: ANITA LEOCÁDIA PEREIRA DA COSTA
ADVOGADO(A/S)	: LUÍS MAXIMILIANO LEAL TELES CA MOTA
RÉU(É) (S)	: LUIZ CARLOS DA SILVA (PROFESSOR LUIZINHO)
ADVOGADO(A/S)	: MÁRCIO LUIZ DA SILVA E OUTRO(A/S)
RÉU(É) (S)	: JOÃO MAGNO DE MOURA
ADVOGADO(A/S)	: OLINTO CAMPOS VIEIRA E OUTRO(A/S)
RÉU(É) (S)	: ANDERSON ADAUTO PEREIRA
ADVOGADO(A/S)	: ROBERTO GARCIA LOPES PAGLIUSO E OUTRO(A/S)
RÉU(É) (S)	: JOSÉ LUIZ ALVES
ADVOGADO(A/S)	: ROBERTO GARCIA LOPES PAGLIUSO E OUTRO(A/S)
RÉU(É) (S)	: JOSÉ EDUARDO CAVALCANTI DE MENDONÇA (DUDA MENDONÇA)
ADVOGADO(A/S)	: TALES CASTELO BRANCO E OUTRO(A/S)
RÉU(É) (S)	: ZILMAR FERNANDES SILVEIRA
ADVOGADO(A/S)	: TALES CASTELO BRANCO E OUTRO(A/S)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. REPETIÇÃO DE PERÍCIA. REALIZAÇÃO POR PERITO PARTICULAR. INDEFERIMENTO.

A realização de perícia por peritos particulares somente se justifica quando não houver, no local, perito oficial; havendo, deve a prova técnica ser realizada por ele (perito oficial).

Por conseguinte, o fato de alguns peritos oficiais estarem impedidos, apenas leva à conclusão de que a perícia deve ser efetuada por outros peritos oficiais (não impedidos), e não por peritos particulares.

Agravo regimental parcialmente provido, apenas para que as perícias a serem repetidas pelo Instituto Nacional de Criminalística sejam levadas a efeito por peritos que não tenham funcionado nas perícias anteriormente realizadas sobre os mesmos fatos.

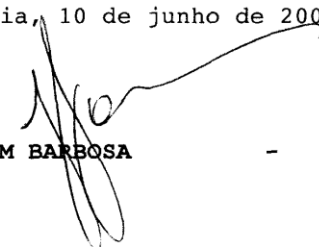
Supremo Tribunal Federal **4**

AP 470-AgR-oitavo / MG

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator.

Brasília, 10 de junho de 2009.


JOAQUIM BARBOSA

-

Relator

Supremo Tribunal Federal

7

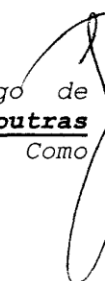
AP 470-AgR-oitavo / MG

	OUTRO(A/S)
RÉU(É) (S)	: PAULO ROBERTO GALVÃO DA ROCHA
ADVOGADO(A/S)	: MÁRCIO LUIZ DA SILVA E OUTRO(A/S)
ADVOGADO(A/S)	: JOÃO DOS SANTOS GOMES FILHO
RÉU(É) (S)	: ANITA LEOCÁDIA PEREIRA DA COSTA
ADVOGADO(A/S)	: LUÍS MAXIMILIANO LEAL TELES CA MOTA
RÉU(É) (S)	: LUIZ CARLOS DA SILVA (PROFESSOR LUIZINHO)
ADVOGADO(A/S)	: MÁRCIO LUIZ DA SILVA E OUTRO(A/S)
RÉU(É) (S)	: JOÃO MAGNO DE MOURA
ADVOGADO(A/S)	: OLINTO CAMPOS VIEIRA E OUTRO(A/S)
RÉU(É) (S)	: ANDERSON ADAUTO PEREIRA
ADVOGADO(A/S)	: ROBERTO GARCIA LOPES PAGLIUSO E OUTRO(A/S)
RÉU(É) (S)	: JOSÉ LUIZ ALVES
ADVOGADO(A/S)	: ROBERTO GARCIA LOPES PAGLIUSO E OUTRO(A/S)
RÉU(É) (S)	: JOSÉ EDUARDO CAVALCANTI DE MENDONÇA (DUDA MENDONÇA)
ADVOGADO(A/S)	: TALES CASTELO BRANCO E OUTRO(A/S)
RÉU(É) (S)	: ZILMAR FERNANDES SILVEIRA
ADVOGADO(A/S)	: TALES CASTELO BRANCO E OUTRO(A/S)

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto pelo co-réu Marcos Valério Fernandes de Souza, no qual ataca a parte final de decisão (datada de 14.4.2009 e publicada em 24.4.2009) que proferi na AP 470, nos seguintes termos:

"Nos termos do art. 159 do Código de Processo Penal, 'O exame de corpo de delito **e outras perícias serão realizados por perito oficial**'. Como esclarece GUILHERME DE SOUZA NUCCI, verbis:



*Supremo Tribunal Federal***8**

AP 470-AgR-oitavo / MG

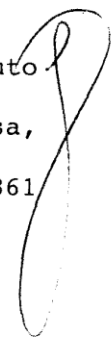
'(...) perito é o especialista em determinado assunto. Considera-se-o oficial quando é investido na função por lei, e não pela nomeação feita pelo juiz. Normalmente, são pessoas que exercem a atividade por profissão e pertencem a órgão especial do Estado, destinado exclusivamente a produzir perícias.'

Assim, deixo de nomear um dos peritos do IBRACOM para a realização das perícias, como solicitava o réu MARCOS VALÉRIO. Ademais, não vislumbro o mencionado 'viés acusatório' no trabalho realizado pelos peritos do Instituto Nacional de Criminalística. Não se pode acolher a alegação genérica, sem provas e sem qualquer impugnação específica, de que os peritos do INC poderiam ser tendenciosos em sua análise técnica. Por fim, o réu, se quiser, poderá nomear um assistente técnico pertencente ao órgão por ele mencionado, que atuará na forma prevista no art. 159, §4º do CPP."

Alega o agravante, em síntese, que os "peritos contadores do INC da Polícia Federal (...) são os subscritores de vários laudos periciais elaborados na fase do inquérito, os quais serviram para a formação da *opinio delicti* do PGR e oferecimento da denúncia".

Ainda segundo o recorrente, é "óbvio que o que a defesa deseja não é 'mais do mesmo'", mas sim "a realização de perícias por peritos que não estejam comprometidos, por opiniões anteriormente manifestadas, com o objeto das perícias."

Na visão do agravante, a realização, pelo Instituto Nacional de Criminalística, das perícias requeridas pela defesa, ofenderia o disposto no art. 279, II, do CPP, além da Súmula 361



*Supremo Tribunal Federal***9****AP 470-AgR-oitavo / MG**

desta Corte, uma vez que todos os peritos "que já subscreveram laudos periciais do INC/Polícia Federal, anteriormente juntados aos autos desta ação penal, estão impedidos".

Na seqüência, pede que o recurso seja recebido com efeito suspensivo, "para que não se determine a realização das perícias por peritos do INC/Polícia Federal, enquanto não julgado, pelo Plenário (...), o presente agravo regimental".

Ao final, requer a reforma da decisão agravada, a fim de que sejam declarados "impedidos de fazer as perícias, nesta fase judicial da ação penal, os senhores peritos contadores do INC/Polícia Federal (...), nomeando-se para as perícias contábeis e econômicas requeridas pela defesa (...) profissionais de auditoria independente", dentre aqueles "filiados ao IBRACON - Instituto dos Auditores Independentes do Brasil".

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke extending to the right.

*Supremo Tribunal Federal***10**

10/06/2009

TRIBUNAL PLENO

OITAVO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470-1 MINAS GERAISV O T O

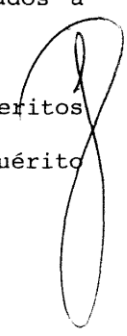
O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator): Não apenas por um imperativo lógico, mas sobretudo em razão de expressa determinação legal, o "exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial". Esse é o comando do art. 159 do Código de Processo Penal.

De acordo com os §§ 1º e 2º desse dispositivo legal, somente na "falta de perito oficial" é que "o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame", as quais deverão prestar "compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo".

Não obstante a clareza de tais preceitos legais, o agravante pretende que as perícias sejam realizadas não por peritos oficiais, mas sim por peritos particulares, filiados a um instituto igualmente privado.

Para tanto, alega, em suma, que alguns dos peritos oficiais do INC subscreveram alguns laudos juntados ao inquérito

LFD



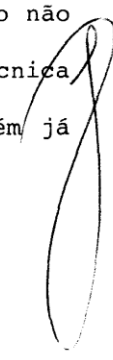
Supremo Tribunal Federal **11****AP 470-AgR-oitavo / MG**

que deu origem a esta ação penal, o que os tornaria impedidos, pois o art. 279, II, do CPP, diz que não poderão ser peritos "os que tiverem prestado depoimento no processo ou opinado anteriormente sobre o objeto da perícia". Por outro lado, também seria impeditivo da participação dos peritos oficiais o fato de a Súmula 361 do STF estabelecer que "no processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão".

Eu entendo que a questão se resolve apenas com a determinação de que as perícias sejam realizadas por outros peritos oficiais, diversos daqueles que subscreveram os laudos anteriores, relativos aos mesmos fatos.

Como o INC é composto de diversos peritos, nada impede que as diligências em questão sejam levadas a efeito por aquele instituto, com a ressalva de que os peritos que já funcionaram nas perícias anteriores não atuem nessa nova fase processual.

Noutras palavras, segundo o já citado § 1º do art. 159 do CPP, a realização de perícia por peritos não oficiais ou particulares, como quer o agravante, somente ocorrerá quando não houver, no local, perito oficial; havendo, deve a prova técnica ser efetuada por ele (perito oficial), nos termos do também já citado art. 159 do Código de Processo Penal.

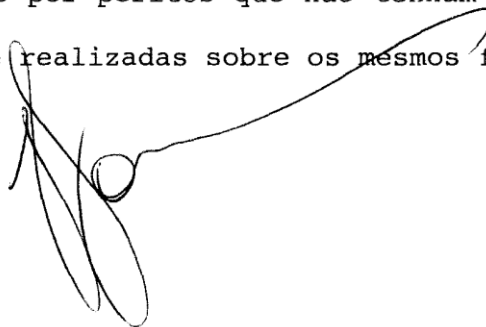


*Supremo Tribunal Federal***12****AP 470-AgR-oitavo / MG**

De mais a mais, se o agravante deseja tanto a atuação dos peritos particulares do IBRACON, nada impede que ele os indique como assistentes técnicos.

Do exposto, voto pelo **provimento parcial do agravo regimental**, apenas para que as perícias a serem repetidas pelo INC sejam levadas a efeito por peritos que não tenham funcionado nas perícias anteriormente realizadas sobre os mesmos fatos.

É como voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke extending to the right.

ANEXO C

Decisões do STF referente à oitiva de peritos em audiência de instrução

Decisão 1/3

DECISÃO (referente à petição n° 139051/2009): Junte-se.

O denunciado Marcos Valério Fernandes de Souza, por meio da petição acima, requereu a designação de audiência para a oitiva dos peritos que subscreveram o laudo 1870/2009, apresentado pelo INC (fls. 34.843-34.858), sob o argumento genérico de que os *experts* teriam feito "uma verdadeira confusão entre os conceitos de 'descontos', 'bonificações' e 'bônus de volume', que comprometeu a clareza necessária à perícia e a análise dos contratos".

Nos termos do art. 159, § 5º, I, do CPP, durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia, "requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar".

Sucedo que o réu não esclareceu em que consistiria a alegada confusão que os peritos teriam feito, assim como também não especificou qualquer questão que estaria a merecer maiores esclarecimentos. Aliado a isso, não verifico qualquer ponto no laudo pericial que teria comprometido a "clareza necessária à perícia", como sustenta o acusado. Por fim, anoto que, nos termos do § 1º do art. 400 do CPP, cabe ao juiz, antes de deferir as provas que se pretende produzir, "indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias." Daí por que indefiro o pedido sob enfoque.

Na mesma petição, o denunciado Marcos Valério pede, ainda, "vista do laudo e dos documentos que serviram de base ao mesmo (...) aos senhores assistentes técnicos", sugerindo, ao final, a fixação de "um prazo mínimo de 30 (trinta) dias para que os assistentes técnicos possam ter vista de todos os laudos e documentos, após a conclusão de todas as perícias", a fim de "racionalizar os trabalhos" da defesa.

Tendo em vista o disposto nos §§ 4º e 6º do art. 159 do CPP, defiro parcialmente o pedido, a fim de que seja requisitado ao INC que disponibilize aos assistentes técnicos do acusado, "no ambiente do órgão oficial" (INC) e "na presença de perito oficial", todo o "material probatório que serviu de base à perícia".

Levando em conta o disposto no inciso II do § 5º do art. 159 do CPP (segundo o qual incumbe ao juiz fixar um prazo

para apresentação do parecer do assistente técnico), bem como o fato de que o assistente técnico atua após a realização da perícia propriamente dita, já tendo os peritos oficiais elaborado o laudo pericial, fixo o prazo de quinze dias para que os assistentes técnicos apresentem parecer sobre a perícia.

Finalizando, observo que o § 4º do mesmo dispositivo legal (art. 159 do CPP) estabelece que o assistente técnico atuará "após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais". Dessa forma, considerando que o laudo pericial de que se cuida já foi elaborado e apresentado pelo INC, indefiro o pedido de atuação dos assistentes técnicos do réu apenas "após a conclusão de todas as perícias".

Publique-se.

Brasília, 1º de dezembro de 2009.

Ministro JOAQUIM BARBOSA

Relator

Decisão 2/3

DECISÃO (referente ao ofício protocolizado nesta Corte sob o nº 41900/2010 e às petições nº 143141/2009, nº 143829/2009, nº 7047/2010, nº 8024/2010 e nº 42497/2010):

Considerando que, das peças acima, apenas foram juntadas aos autos as petições nº 7047/2010 e nº 8024/2010 (fls. 38.571-38.572 e 38.575-38.576, respectivamente), juntem-se as petições nº 143141/2009, nº 143829/2009 e nº 42497/2010, bem como o ofício protocolizado sob o nº 41900/2010.

O réu **Marcos Valério Fernandes de Souza**, por meio das **petições nº 143141/2009** (fax) e **nº 143829/2009** (original), interpôs agravo regimental da decisão de fls. 37.048-37.049, na qual indeferi pedido de designação de audiência para a oitiva dos peritos oficiais que subscreveram o laudo nº 1870/2009 (fls. 34.843-34.858).

Na **petição nº 42497/2010**, o mesmo denunciado pede que tal agravo regimental seja submetido a julgamento, "antes do término da fase de instrução".

Já nas **petições nº 7047/2010** (fax - fls. 38.571-38.572) e **nº 8024/2010** (original - fls. 38.575-38.576), o acusado pediu a oitiva dos peritos subscretores do laudo nº 2046/2009 (fls. 37.533-37.545).

Em juízo de retratação, revogo a decisão de fls. 37.048-37.049, na parte em que indeferi a oitiva dos peritos que subscreveram o laudo nº 1870/2009 (fls. 34.843-34.858), ficando, por conseguinte, **prejudicado o agravo regimental**

interposto por meio das petições n° 143141/2009 e n° 143829/2009, bem como a petição n° 42497/2010.

Também **defiro** a oitiva dos peritos subscritores do laudo n° 2046/2009 (fls. 37.533-37.545).

Expeça-se, **com urgência, carta de ordem** para o Juízo Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, com prazo de onze dias (contados a partir do recebimento), a fim de que sejam ouvidos os seguintes peritos criminais federais, que deverão ser intimados com dez dias de antecedência da audiência:

(1) **Joaquim Eduardo A. Santoro** (matrícula n° 9.400) e **Donaldson Resende Soares** (matrícula n° 10.954), especificamente sobre o laudo pericial n° 1870/2009 (fls. 34.843-34.858), os quais podem ser encontrados no Instituto Nacional de Criminalística, nesta Capital; e

(2) **Raphael Borges Mendes** (matrícula n° 13.796) e **Joacir C de Mesquita Júnior** (matrícula n° 13.623), especificamente sobre o laudo pericial n° 2046/2009 (fls. 37.533-37.545), os quais também podem ser encontrados no Instituto Nacional de Criminalística.

Por outro lado, observo que o INC, no **ofício** protocolizado nesta Corte sob o n° **41900/2010**, informou que todas as perícias requisitadas já foram concluídas, estando "o material probatório utilizado para a elaboração dos laudos periciais (...) a disposição dos assistentes técnicos" (original com destaques).

Sendo assim, **intimem-se as partes para, querendo, no prazo de trinta dias, apresentarem os pareceres dos seus respectivos assistentes técnicos**, sobre todas as perícias sobre as quais queiram se manifestar, ficando desde logo esclarecido que o material probatório que serviu de base às perícias está disponível, para exame de todos os assistentes técnicos, no Instituto Nacional de Criminalística, em Brasília (CPP, art. 159, § 5º, II, e § 6º), tudo conforme estabelecido na decisão de fls. 37.695-37.696.

Intimem-se as partes, ainda, para, querendo, no prazo de cinco dias (contados do término do prazo de trinta dias acima assinalado e **independentemente de outro despacho ou decisão**), **manifestarem-se acerca das perícias** realizadas, inclusive sobre os pareceres de seus assistentes técnicos, consoante determinado na citada decisão de fls. 37.695-37.696.

Publique-se.

Brasília, 6 de agosto de 2010.

Ministro **JOAQUIM BARBOSA**
Relator

Decisão 3/3

DECISÃO (referente à petição nº 58560/2010): O Procurador-Geral da República, por meio da petição acima, pede a notificação do Juízo Federal da 10ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Distrito Federal para que:

(1) suspenda a audiência designada para o dia 20.10.2010, para a oitiva dos peritos criminais federais Joaquim Eduardo A. Santoro, Donaldson Resende Soares, Raphael Borges Mendes e Joacir C de Mesquita Júnior;

(2) intime os réus para a “apresentação de quesitos ou das questões a serem esclarecidas, caso a dúvida estabelecida refira-se à própria prova”;

(3) intime os peritos a serem ouvidos, com antecedência mínima de dez dias, “sobre os pontos controvertidos, mediante o envio dos quesitos ou questões apresentadas pelas defesas, facultando-se a apresentação das respostas em laudo complementar.

Para tanto, argumenta, em síntese, que, como “os peritos não são testemunhas”, o legislador, sobretudo no art. 159, § 5º, I e II, do CPP, “teve o cuidado de garantir que [os peritos] apenas compareçam para oitiva e esclarecimentos do laudo, após fixados os pontos controvertidos e garantido tempo suficiente para que os *experts* estudem a matéria e se preparem para esses esclarecimentos.”

É o relatório.

Decido.

O denunciado Marcos Valério Fernandes de Souza, na petição de fls. 37.051-37.052, pediu a oitiva dos peritos Joaquim Eduardo A. Santoro e Donaldson Resende Soares, a fim de que esclarecessem o laudo 1870/2009 (fls. 34.843-34.858). Para tanto, alegou que os peritos

“fizeram uma verdadeira confusão entre os conceitos de ‘descontos’ e ‘bônus de volume’, que comprometeu a clareza necessária à perícia e a análise dos contratos”.

Tal pleito foi indeferido na decisão de fls. 37.048-37.049, o que motivou o agravo regimental de fls. 39.695-39.696, no qual se sustentou que os peritos “misturaram os conceitos de ‘descontos’ e ‘bônus de volume’, como se pode ver no item 22 e nas respostas aos quesitos nos itens 32, 34, 36, 48, 49 e 53.” Afirmou-se, ainda, que o réu está sendo “acusado de desvio de recursos no

contrato do Banco do Brasil e a DNA Propaganda Ltda., exatamente em razão confusão entre os conceitos de ‘descontos’, ‘bonificações’ e ‘bônus de volume’.”

Já na petição de fls. 38.575-38.576, o acusado Marcos Valério pediu a oitiva dos peritos criminais federais Raphael Borges Mendes e Joacir C de Mesquita Júnior, a fim de que esclarecessem o laudo 2046/2009 (fls. 37.533-37.545). Para tanto, disse que,

“em face da resposta nº 29 de fls. 37.540, a defesa requer sejam os Senhores Peritos (...) convocados a comparecer em audiência, a fim de esclarecer quais seriam ‘os documentos constantes dos autos do processo’ que lhes permitiram concluir que ‘a VISANET recebeu recursos tendo como origem o Banco do Brasil’, bem como para esclarecer quais os valores e as datas dos mesmos recursos.”

Pois bem, na decisão de fls. 39.692-39.693, deferi a oitiva dos quatro peritos (Joaquim Eduardo A. Santoro, Donaldson Resende Soares, Raphael Borges Mendes e Joacir C de Mesquita Júnior), conforme requerido pelo réu Marcos Valério, o que resultou na prejudicialidade do agravo regimental de fls. 39.695-39.696.

Nessa mesma decisão (de fls. 39.692-39.693), determinei que os peritos fossem “intimados com dez dias de antecedência da audiência”. Levando em conta os alegados pontos controvertidos (mencionados pelo réu Marcos Valério na petição de fls. 37.051-37.052, no agravo regimental de fls. 39.695-39.696 e na petição de fls. 38.575-38.576), determinei, ainda, que

(1) a oitiva de Joaquim Eduardo A. Santoro e Donaldson Resende Soares deveria ocorrer “especificamente sobre o laudo pericial nº 1870/2009”;

(2) a oitiva de Raphael Borges Mendes e Joacir C de Mesquita Júnior deveria se dar “especificamente sobre o laudo pericial nº 2046/2009”.

Noutras palavras, tanto o pedido relativo à explicitação das questões a serem esclarecidas em audiência, quanto o pleito de que a intimação dos peritos ocorra com a antecedência mínima de dez dias (ambos formulados pelo procurador-geral da República) já se encontram satisfeitos na decisão de fls. 39.692-39.693, que se reporta às petições nas quais o réu Marcos Valério apresentou os pontos que julga controvertidos.

Não obstante, entendo necessário esclarecer tais fatos ao juízo ordenado.

Sendo assim, **oficie-se ao Juízo Federal** encarregado da oitiva dos peritos, **com a máxima urgência, inclusive via fax**, explicitando o seguinte:

(1) a oitiva dos peritos **Joaquim Eduardo A. Santoro e Donaldson Resende Soares** tem como única finalidade esclarecer as questões tidas como controversas na **petição de fls. 37.051-37.052** e no **agravo regimental de fls. 39.695-39.696**, todas relativas ao **laudo pericial nº 1870/2009** (fls. 34.843-34.858);

(2) a oitiva dos peritos **Raphael Borges Mendes e Joacir C de Mesquita Júnior** tem como única finalidade esclarecer as questões tidas como controversas na **petição de fls. 38.575-38.576**, todas relativas ao **laudo pericial nº 2046/2009** (fls. 37.533-37.545);

(3) os quatro peritos acima devem ser intimados com **antecedência mínima de dez dias** da audiência, constando do respectivo mandado o objetivo das oitivas, bem como **cópia** da petição de **fls. 37.051-37.052**, do agravo regimental de **fls. 39.695-39.696**, do laudo nº 1870/2009 (**fls. 34.843-34.858**), da petição de **fls. 38.575-38.576**, do laudo nº 2046/2009 (**fls. 37.533-37.545**), da decisão de **fls. 39.692-39.693** e da **presente decisão**.

(4) todos os denunciados poderão comparecer à audiência e formular **perguntas**, as quais, todavia, devem, **necessariamente**, estar **relacionadas às questões tidas como controversas** na petição de fls. 37.051-37.052, no agravo regimental de fls. 39.695-39.696 e na petição de fls. 38.575-38.576;

(5) **caso as providências acima não tenham sido observadas**, deve a **audiência** para a oitiva dos quatro peritos em questão ser **redesignada com urgência**, para a **data mais próxima possível**.

Deve a secretaria, ao expedir o ofício determinado, enviar cópia de todas as peças mencionadas no item 3 acima, **tudo com a maior urgência possível**.

Por outro lado, entendo que dar aos peritos a faculdade de prestar os esclarecimentos pretendidos por meio de laudo complementar, como quer o PGR, pode dar margem a outros questionamentos, conduzindo à necessidade de realização de sucessivos laudos complementares, o que se revelaria contraproducente.

Entendo, também, não ser o caso de intimação dos réus para a “apresentação de quesitos ou das questões a serem esclarecidas”, como postula o PGR. Primeiro, porque a oitiva dos peritos em discussão foi requerida apenas pelo réu Marcos Valério, que apontou os pontos que julga controvertidos. Dito de outro modo, caso os demais acusados tivessem a

intenção de ouvir os mesmos peritos, deveriam ter peticionado nesse sentido, apresentando os respectivos motivos. Segundo, porque todos os denunciados poderão comparecer à audiência designada pelo juízo ordenado e formular perguntas, as quais, todavia, devem, necessariamente, estar relacionadas às questões tidas como controversas na petição de fls. 37.051-37.052, no agravo regimental de fls. 39.695-39.696 e na petição de fls. 38.575-38.576.

Publique-se. Publicada em 03/11/2010

Brasília, 18 de outubro de 2010.

Ministro **JOAQUIM BARBOSA**

Relator

ANEXO D

Decisão do STF referente formação/habilitação do perito criminal

*Supremo Tribunal Federal***3**

AP 470 AgR-décimo quarto / MG

REU (É) (S) : JOÃO MAGNO DE MOURA
 ADV. (A/S) : OLINTO CAMPOS VIEIRA
 REU (É) (S) : ANDERSON ADAUTO PEREIRA
 ADV. (A/S) : ROBERTO GARCIA LOPES PAGLIUSO
 REU (É) (S) : JOSÉ LUIZ ALVES
 ADV. (A/S) : ROBERTO GARCIA LOPES PAGLIUSO
 REU (É) (S) : JOSÉ EDUARDO CAVALCANTI DE MENDONÇA (DUDA
 MENDONÇA)
 ADV. (A/S) : TALES CASTELO BRANCO
 REU (É) (S) : ZILMAR FERNANDES SILVEIRA
 ADV. (A/S) : TALES CASTELO BRANCO

**E M E N T A: PERITO CRIMINAL - QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL -
 FORMAÇÃO ACADÊMICA - DIREITO DO RÉU EM CONHECER O GRAU DE FORMAÇÃO
 PROFISSIONAL DESSE AGENTE AUXILIAR DO PODER JUDICIÁRIO -
 PRERROGATIVA QUE SE COMPREENDE NA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DA
 PLENITUDE DO DIREITO DE DEFESA - ACOLHIMENTO DO PLEITO RECURSAL
 DEDUZIDO PELO ACUSADO - RECURSO DE AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.**

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Sessão Plenária**, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por maioria** de votos, **em dar provimento parcial** ao recurso, apenas para requisitar informação sobre a formação superior profissional dos peritos, sem suspensão do processo, contra os votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa (Relator), Luiz Fux, Ellen Gracie, Ricardo Lewandowski e Ayres Britto. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Celso de Mello. Reajustou o voto a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie, com voto proferido em assentada anterior.

Brasília, 26 de maio de 2011.

CELSO DE MELLO - REDATOR P/ O ACÓRDÃO

6

Supremo Tribunal Federal

AP 470 AgR-DÉCIMO QUARTO / MG

Adv.(A/s)	: ITAPUÁ PRESTES DE MESSIAS
Adv.(A/s)	: HENRIQUE DE SOUZA VIEIRA
REU(É)(S)	: ROMEU FERREIRA QUEIROZ
Adv.(A/s)	: JOSÉ ANTERO MONTEIRO FILHO
REU(É)(S)	: JOSÉ RODRIGUES BORBA
Adv.(A/s)	: INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO
REU(É)(S)	: PAULO ROBERTO GALVÃO DA ROCHA
Adv.(A/s)	: MÁRCIO LUIZ DA SILVA
Adv.(A/s)	: DESIRÉE LOBO MUNIZ SANTOS GOMES
Adv.(A/s)	: JOÃO DOS SANTOS GOMES FILHO
REU(É)(S)	: ANITA LEOCÁDIA PEREIRA DA COSTA
Adv.(A/s)	: LUÍS MAXIMILIANO LEAL TELES MOTA
REU(É)(S)	: LUIZ CARLOS DA SILVA (PROFESSOR LUIZINHO)
Adv.(A/s)	: MÁRCIO LUIZ DA SILVA
REU(É)(S)	: JOÃO MAGNO DE MOURA
Adv.(A/s)	: OLINTO CAMPOS VIEIRA
REU(É)(S)	: ANDERSON ADAUTO PEREIRA
Adv.(A/s)	: ROBERTO GARCIA LOPES PAGLIUSO
REU(É)(S)	: JOSÉ LUIZ ALVES
Adv.(A/s)	: ROBERTO GARCIA LOPES PAGLIUSO
REU(É)(S)	: JOSÉ EDUARDO CAVALCANTI DE MENDONÇA (DUDA MENDONÇA)
Adv.(A/s)	: TALES CASTELO BRANCO
REU(É)(S)	: ZILMAR FERNANDES SILVEIRA
Adv.(A/s)	: TALES CASTELO BRANCO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto pelo co-réu **Marcos Valério Fernandes de Souza** (petição nº 11102/2011), por meio do qual ataca decisão que proferi na AP 470 (fls. 41.053-41.074), a qual, na parte em que interessa, tem o seguinte teor:

/

Supremo Tribunal Federal

AP 470 AgR-DÉCIMO QUARTO / MG

“Marcos Valério pede, também, que seja **oficiado ao INC, para que informe ‘há quanto tempo exercem o cargo de perito criminal federal e qual a formação superior profissional (curso de graduação) dos Senhores Peritos Joaquim Eduardo Abranches Santoro, Raphael Borges Mendes e Joacir Carneiro de Mesquita Júnior’**. Acrescenta que esses peritos se recusaram a responder tais perguntas quando da suas oitivas na Seção Judiciária do Distrito Federal.

Indefiro o pedido, uma vez que a determinação desta Corte foi para que as perícias fossem realizadas por peritos do INC, não sendo exigida formação superior específica. Ademais, a oitiva de quatro peritos criminais federais foi deferida apenas para que fossem respondidas perguntas previamente formuladas pelo réu, não havendo sentido a indagação de questões relativas à formação acadêmica e profissional dos peritos.”

Alega o agravante, em síntese, que “tem todo sentido saber a formação profissional dos senhores peritos criminais, pois suas conclusões serão mais ou menos respeitadas e acatadas”, se eles tiverem formação profissional “compatível com os objetos das respectivas perícias que elaboraram.”

Sustenta, também, que “o único perito que respondeu ao questionamento da defesa informou que era ‘engenheiro e pós-graduado em engenharia’ e fez um laudo com ‘interpretação jurídica’ sobre expressão contida em cláusula contratual”.

Argumenta, ainda, que a sua pretensão encontra respaldo, também, no art. 159, § 1º, do Código de Processo Penal.

Ao final, pede o provimento do recurso, “para o fim de determinar-se a diligência requerida”.

É o relatório.

8

Supremo Tribunal Federal

28/04/2011

PLENÁRIO

DÉCIMO QUARTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator): De saída, observo que a afirmação do agravante de que “o único perito que respondeu ao questionamento da defesa informou que era ‘engenheiro e pós-graduado em engenharia’” não é exata.

Na verdade, o que o perito Donaldson Resende Soares disse em audiência foi que ele é “perito criminal desde 2003” e que sua “formação é em engenharia e contabilidade, com pós-graduação na área de engenharia” (sem destaques no original). Disse, também, que é “funcionário público há cerca de vinte e quatro a vinte e cinco anos” e que tem “trabalhado na área de licitações também” (fls. 40.999).

Feita essa observação inicial, reitero os fundamentos expostos na decisão agravada, na qual consignei que

“a determinação desta Corte foi para que as perícias fossem realizadas por peritos do INC, não sendo exigida formação superior específica. Ademais, a oitiva de quatro peritos criminais federais foi deferida apenas para que fossem respondidas perguntas previamente formuladas pelo réu, não havendo sentido a indagação de questões relativas à formação acadêmica e profissional dos peritos.”

Além disso, destaco que os peritos em questão são oficiais. Em relação a eles, aplica-se o *caput* (e não o § 1º) do art. 159 do CPP, que se limita a prescrever que o “exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior”.

AP 470 AgR-DÉCIMO QUARTO / MG

O § 1º desse dispositivo legal, invocado pelo agravante, além de referir-se a perito não oficial, não estabelece uma obrigatoriedade, mas apenas uma preferência no sentido de que as duas pessoas idôneas designadas para a realização da perícia (na falta de perito oficial) sejam “portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame” (sem destaques no original).

Por essas razões, voto pelo **não provimento** do recurso.

28/04/2011

TRIBUNAL PLENO

DÉCIMO QUARTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

DEBATE

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O réu tem o direito de saber a qualificação acadêmica, a formação profissional do perito, não obstante integre este os quadros do INC, uma vez que é possível que determinado perito, com formação superior em Faculdade de Medicina, p. ex., tenha sido designado, pelo INC, para proceder a um exame técnico-contábil. É evidente que, nesse caso, faltar-lhe-á a necessária aptidão profissional, o indispensável conhecimento científico essencial à correta e adequada elaboração do laudo pericial.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Mas, no caso, sabe-se que é engenheiro, não é?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Engenheiro pós-graduado, ainda por cima.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Estranho que os peritos tenham se recusado a esclarecer, em juízo, a sua formação acadêmica.

AP 470 AgR-décimo quarto / MG

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Porque as perguntas foram previamente formuladas, Ministro. Ele inovou.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sim, mas são as perguntas ou a qualificação? Revelação da qualificação?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O conhecimento dessa qualificação acadêmica é fundamental...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas seria apenas a revelação da qualificação, não esclarecimentos quanto a quesitos.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Tem todo sentido saber a formação profissional dos peritos criminais, pois as suas conclusões serão respeitadas e acatadas se tiverem eles formação profissional compatível com o objeto das respectivas perícias. É só isso, e nada mais, o que a parte ora agravante pretende saber.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Então, se chegarmos ao provimento, será apenas para o perito especificar a formação profissional.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Já está especificado.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - São engenheiros. Além disso, Ministro Celso, se Vossa Excelência me permite, eu creio que esses peritos funcionam sob a supervisão

do juízo. É o juízo quem tem que saber se eles são habilitados para fazer a perícia contábil, a perícia médica ou a perícia de engenharia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Juízo não atestou a qualificação apropriada para a feitura do laudo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O magistrado acolheu a indicação do INC - Instituto Nacional de Criminalística. Não se questiona a aptidão profissional dos peritos criminais. Não é essa a questão. O que se objetiva é propiciar, ao réu, ora agravante, a possibilidade de conhecer a formação profissional do perito, para efeito de proceder, em momento oportuno, ao exame crítico do laudo pericial...

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Eu acho que é permitir ao réu utilizar filigranas processuais para retardar o processamento.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Discordo dessa afirmação, pois se trata de garantir ao réu o exercício pleno do direito de defesa. Não se cuida, portanto, de mero preciosismo processual. Trata-se, *isso sim*, do exercício de prerrogativa essencial que compõe o próprio *estatuto constitucional do direito de defesa*, cuja integridade - *insista-se* - há de ser preservada por esta Suprema Corte.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Eu discordo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Nós estamos no campo penal, onde prevalece o princípio da legalidade.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Não há essa exigência na lei.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Joaquim, só uma observação. Aqui, a *causa petendi* dessa irresignação é o artigo 159, § 1º. Só que, na hipótese, o que se aplica é o *caput* do artigo 159:

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

§ 1º Na falta de perito oficial..."

Aqui, não há falta de perito oficial. Foi realizada a perícia por perito oficial.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Eu sei, mas perceberia, numa interpretação integrativa e também teleológica, que essa referência a nível superior não é exaustiva, que a defesa tem direito a explicitação quanto ao nível superior detido, em que curso.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Tem o réu, ora agravante, o direito de conhecer a específica formação profissional do perito criminal.

AP 470 AgR-décimo quarto / MG

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Isso é uma diligência tão insignificante que valeria a pena, até, o perito ter respondido logo isso, com officio, para evitar um agravo regimental.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É verdade! Vossa Excelência, Ministro LUIZ FUX, tem toda razão!

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Acho que Vossa Excelência tem razão. Mas eu faria uma ponderação.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu acolheria, em parte, o agravo, porque na verdade ele está pedindo duas coisas. Há quanto tempo exerce? Isso é irrelevante. Tomou posse no cargo, acabou. Não interessa se tem um dia, dois dias ou dez anos de serviço! Isso, aí, não. Essa pergunta é impertinente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O que ele está pedindo, Presidente?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Essa pergunta antecedente já mostra o objetivo da pergunta final.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O que ele está pedindo, Presidente?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Agora, quanto à segunda, a formação superior, tudo bem, estou de acordo também.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Não, ele preenche o requisito legal. Qual é o requisito legal? Ser formado em curso superior. Ele é mais do que isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O que ele está pedindo além disso?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Há quanto tempo exerce o cargo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não, não. Aí, não.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - No dia seguinte, ele pode fazer perícia. Não interessa.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Ele é formado, é pós-graduado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Aí, realmente, não dá para acolher o pedido.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Não dá. Sugestão, Ministro Celso? Provimento parcial.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Provimento parcial...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Não, a sugestão seria determinar que o provimento do agravo, aqui, resultaria na determinação para que o Instituto Nacional de Criminalística informe a formação de todos os peritos que atuaram aqui.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Dos quatro peritos. Só isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Está bem. É isso.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Desde que isso se faça sem a paralisação do processo criminal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sem a paralisação do processo.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Paralisar, aí, talvez um...

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Porque os peritos ainda terão que realizar o seu trabalho, e enquanto isso o réu fica sabendo quem são, como são, quantos são, quantos cursos de pós-graduação tem, e poderá criticar.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Quarenta dias, só.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A adoção dessa providência não impedirá o regular prosseguimento da presente ação penal. Ou seja, não terá qualquer impacto sobre o andamento deste processo penal de conhecimento.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - É coisa rápida. Isso é coisa rápida.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A informação pelo Instituto é imediata.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Imediata se eu telefonar para lá. Eu não vou fazer isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quarenta e oito horas após o recebimento do postado.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Vamos até dar prazo de quarenta e oito horas para informar. O Ministro Relator está de acordo?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Fixa quarenta e oito horas. Não é preciso mais do que isso.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Qual? De acordo com quê, Senhor Presidente?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Expedir ofício para o Instituto a fim de que informe, em quarenta e oito horas, qual é a formação profissional dos três peritos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Após ciência.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - A partir de quando?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Senhor Presidente, admito que as quarenta e oito horas se transformarão em pelo menos vinte e cinco dias.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E sem prejuízo da tramitação do processo.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Porque vamos ter que lavrar esse acórdão, há que se dar prazo de recurso etc.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Claro. Vamos lavrar o acórdão, sair um ofício daqui...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Nós podemos expedir um ofício.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Independentemente da própria lavratura do acórdão consubstanciador deste julgamento.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Expede-se ofício independente do acórdão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Independentemente da lavratura de acórdão.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Está de acordo?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: De acordo!

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Claro.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ficaria bom, já, o Plenário estabelecer quarenta e oito horas, porque é uma manifestação inequívoca de que não é para sobrestar.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Queremos rápido.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Mantenho, como o Relator, o indeferimento. Acompanho Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Eu mantenho. Fico vencido porque acho que essa exigência não está na lei.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Não, os peritos estão suficientemente qualificados.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Não existe essa exigência, isso é chicana. Não faz sentido.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - É claro.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - O perito é oficial, o perito trabalha no órgão oficial de perícia. Para que isso?

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Está qualificado para o tipo de perícia.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Não faz sentido.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Acompanho Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Alguém mais, além de Vossa Excelência, acompanha o Relator?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Também peço vênias, mas acompanho o Relator.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O meu voto originário era para acompanhar o Relator.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Mas e agora?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, o meu voto originário era para acompanhar o Relator.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Mais ainda porque se considera que é um processo que tem reiteradamente sido objeto de chicana.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas o Relator, mantendo o ponto de vista dele, vou acompanhá-lo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Quatro a quatro.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Peço vênias para acompanhar o voto do Ministro.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O Ministro-Presidente acompanha o meu voto no sentido de que se dê provimento parcial.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Provimento parcial. Acompanho o Ministro Celso dando provimento parcial.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu também.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ministro Marco Aurélio?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Também, Presidente. Quatro a quatro?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Então, deram provimento parcial ao recurso...

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Como assim, se há quatro votos?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ah, perdão, pensei que eram três. Realmente, quatro votos. Temos que aguardar.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - É. Aguardamos.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Teria sido melhor não chamar.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A expedição de um simples ofício, por iniciativa do eminente Relator, revelar-se-á suficiente para alcançar o objetivo em questão, sem que haja qualquer efeito procrastinatório no curso regular deste processo penal de conhecimento.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Evita qualquer pretexto.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Que pretexto poderá haver se os requisitos legais já foram cumpridos?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Alegar amanhã ou depois que o perito não tinha formação.

A Senhora Ministra Ellen Gracie – CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Não, não, é sobre a matéria.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não se cuida de saber se o perito criminal tem, ou não, pós-graduação, aqui ou no exterior. O que se mostra fundamental é determinar a qualificação acadêmica desse mesmo perito criminal, para que se possa avaliar, então, a sua competência profissional para elaborar o laudo pericial, cujo objeto, por óbvio, deverá guardar necessária relação de pertinência com o grau de formação profissional desse auxiliar do Poder Judiciário.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu, sinceramente, não me recordo, na minha experiência nem de Ministério Público, nem de juiz criminal, que tenha um pedido, uma diligência dessa natureza.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Mas este processo...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, não. Estou dizendo que me recordo no sentido... Talvez Vossa Excelência não esteja entendendo. Eu nunca vi essa diligência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministro, o preceito do Código de Processo Penal pressupõe o domínio técnico da matéria a ser analisada, e a referência a curso superior, de forma genérica, não enseja a conclusão sobre esse domínio. Então, é preciso que o Instituto - e não estamos nem cogitando de esclarecimento pelos próprios peritos - que os indicou diga qual é a qualificação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Marco Aurélio, eu só faria uma ponderação: é que essa prova vai ser valorada. Se foi mal feita, se foi feita por quem não poderia fazer...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Então, se houver descompasso flagrante quanto ao necessário domínio da matéria, será glosado o laudo.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Presidente, Vossa Excelência não acha melhor suspender esse pregão?

A Senhora Ministra Ellen Gracie - CANCELADO.

AP 470 AgR-décimo quarto / MG

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Quer retirar de pauta? Vamos deixar consignados os votos e colhemos os votos faltantes.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Suspende. Semana que vem, retomamos.

ADV. (A/S) : TALES CASTELO BRANCO

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa (Relator), Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ellen Gracie, que negavam provimento ao recurso de agravo, e os votos dos Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Cezar Peluso (Presidente), que lhe davam parcial provimento, foi o julgamento suspenso para colher os votos dos Senhores Ministros Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, ausentes ocasionalmente. Plenário, 28.04.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário

26/05/2011

PLENÁRIO

DÉCIMO QUARTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Senhor Presidente, gostaria de fazer um esclarecimento, que eu não fiz naquele dia, pois eu não tinha os dados em mãos.

Ministro Marco Aurélio, é aquela questão da qualificação dos peritos.

Houve uma falta de informação da minha parte. Eu não tinha o dado à época. Essa questão não surgiu no momento da realização da perícia. Não se trata disso aqui. Vou dar as datas.

Eu determinei a realização da perícia em abril de 2009. Começaram as perícias, elas se concluíram em julho de 2010, e não houve qualquer impugnação quanto à classificação dos peritos durante a realização das perícias.

Posteriormente, passada essa fase, um dos réus pediu que fossem ouvidos em juízo os peritos que realizaram a perícia. Eu deferi. Por ocasião da oitiva desses peritos em juízo, um dos réus questionou perante a juíza, delegada, a qualificação. Indagou sobre a qualificação, e um deles - acho - se omitiu. Recorreu-se a mim, Relator. Eu dei aquela decisão que está sendo impugnada, dizendo que a lei não exige qualificação específica; basta que o perito tenha curso superior, como determina o Código de Processo Penal.

26/05/2011

TRIBUNAL PLENO

DÉCIMO QUARTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Proponho que se acolha a pretensão deduzida pelo réu, ora agravante, que postula, unicamente, seja informado da qualificação profissional do perito criminal, especialmente em face do que prescreve o art. 2º da Lei nº 11.690/2008, que assim dispõe:

"Art. 2º Aqueles peritos que ingressaram sem exigência do diploma de curso superior até a data de entrada em vigor desta Lei continuarão a atuar exclusivamente nas respectivas áreas para as quais se habilitaram, ressalvados os peritos médicos."

A proposta que ora faço tem por finalidade garantir, ao réu, o exercício do direito de defesa, em ordem a afastar possível causa de nulidade processual, em face da recusa manifestada pelo eminente Relator.

Entendo que o réu tem o direito de conhecer a formação profissional dos peritos criminais, para que possa, assim, conduzir a sua própria defesa técnica e criticar, de maneira consistente, o resultado dos trabalhos periciais.

AP 470 AgR-décimo quarto / MG

O pleito do acusado, ora agravante, nada tem de procrastinatório. O acolhimento de sua pretensão se impõe como forma de preservar, tornando-o efetivo, o direito à plenitude de defesa.

Sem qualquer sentido, portanto, a recusa, que tenho por arbitrária, do Instituto Nacional de Criminalística ou dos peritos criminais designados.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR)- Não, o Instituto não se recusou a esclarecer. Ele nem foi solicitado.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Cabe, então, a este Tribunal, se a recusa partiu dos próprios peritos criminais, determinar, ao INC, o esclarecimento pretendido pelo réu, ora agravante, em respeito à garantia fundamental da plenitude do direito de defesa.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Ministro Celso, a minha objeção é a seguinte: que eles o fizessem no momento oportuno, ou seja, eles tiveram oportunidade de fazê-lo logo em seguida à realização da perícia, quando os seus assistentes técnicos falaram sobre a perícia. Por que não o fizeram?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Havia assistente técnicos presentes que se pronunciaram formalmente sobre a perícia?

AP 470 AgR-décimo quarto / MG

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR)- Claro, claro.

Eles tinham assistentes técnicos. Os assistentes técnicos combateram a perícia no momento propício. Por que agora, já agora, na fase final suscitar essa questão?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Por uma razão muito simples: o réu, certamente, necessita desse dado informativo para utilizá-lo em suas alegações finais ou em críticas, de ordem técnica, que possa eventualmente fazer ao laudo pericial.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A dúvida quanto à qualificação surgiu, segundo o relator, na audiência em que ouvido o perito.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Eu acho que não há problema nenhum também. Não haveria qualquer problema, desde que não se interrompa o andamento da ação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É isso que acho fundamental.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O réu, ora agravante, fez essa indagação, concernente à formação profissional do perito, na própria audiência em que ouvido esse auxiliar do juízo. Pediu essa informação, portanto, em momento adequado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Informação.

AP 470 AgR-décimo quarto / MG

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É uma mera informação. Acho que não tem que suspender o andamento das investigações.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: (Cancelado)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sem suspensão. Apenas esclarecimento.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: (Cancelado)

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR)- Ministro Toffoli, se eu não trazer ao Plenário, nós vamos ficar naquela ciranda: o relator decide; agravo regimental. É melhor trazer aqui. De qualquer maneira virá para cá mesmo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: (Cancelado)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Cancelado.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: (Cancelado)

A minha sugestão de voto seria, sem suspender a tramitação da ação, fazer um ofício pedindo a informação ao órgão público ao qual está vinculado esse perito.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O atendimento do pleito formulado pelo réu, ora agravante, não impõe a suspensão da tramitação processual. Bastará, para tanto, a expedição de ofício dirigido ao INC. Só isso e nada mais...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Preste as informações.

AP 470 AgR-décimo quarto / MG

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Sem interromper o andamento da ação.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Suficiente, portanto, que se determine ao INC que preste a informação concernente à qualificação profissional dos peritos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Que preste as informações sobre a qualificação dos peritos. É somente isso.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Com tais informações, esta própria Corte, ao analisar os laudos periciais, terá condições para aferir a própria idoneidade técnica dos elementos e das conclusões constantes de referidas peças.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Os que não tiverem curso superior. E o Relator não tem condições de informar de logo se os peritos tinham nível superior?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI- Ministro Joaquim, pergunto a Vossa Excelência: a nomeação dos peritos se deu antes da edição da Lei 11.690, de 2008?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É só indicar a qualificação.

AP 470 AgR-décimo quarto / MG

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Porque o processo, a legislação processual aplica-se imediatamente.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Ministro, os peritos são servidores efetivos do quadro da Polícia Federal.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sim.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Esqueço o nome. São da carreira de... Não interessa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Instituto de Criminalística, não é?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas a questão é saber a data da perícia.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - A perícia - como eu disse - foi determinada em 2009, já na vigência da lei.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A questão não é a data da perícia, mas, sim, a data em que os peritos ingressaram no INC, considerando, para tanto, o que dispõe o art. 2º da Lei nº 11.690/2008.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sob a vigência da lei.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Veja-se o que dispõe o preceito legal em questão: "Art. 2º Aqueles peritos que

AP 470 AgR-décimo quarto / MG

ingressaram sem exigência do diploma de curso superior até a data de entrada em vigor desta Lei continuarão a atuar exclusivamente nas respectivas áreas para as quais se habilitaram, ressalvados os peritos médicos".

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Quer dizer que nós vamos provavelmente ter uma lei casuística, uma lei, provavelmente, votada no Congresso com destino certo?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas se a perícia foi feita em 2009, eles ingressaram antes.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Exatamente isso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Os peritos são do quadro efetivo da Polícia Federal. Portanto, ingressaram mediante concurso público, seguramente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, e tem curso superior.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É preciso saber se os peritos em questão ingressaram **sem** exigência de diploma de curso superior.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Eu não posso afirmar isso.

AP 470 AgR-décimo quarto / MG

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Porque são do quadro efetivo. Se são do quadro efetivo..

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Com os meus mais de trinta anos de serviço público, eu não diria isso, porque a Administração Pública Federal tem muitas situações pendentes, de épocas anteriores à Constituição de 1988, em que as pessoas ingressaram sem concurso público e estão ainda aí.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não se cuida de ingresso, no DPF, sem concurso público. Trata-se de saber se houve ingresso, desses peritos, sem exigência de diploma de nível superior. Legítima, pois, a postulação deduzida pelo réu, ora agravante.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Agora, o que acho absurdo é isso, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - O problema maior é este: se tem o diploma ou se não tem.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - O problema é este: a perícia foi realizada, foi determinada há dois anos. Por que eles não impugnaram no momento em que o resultado dessa perícia, o laudo, foi apresentado? Por que não suscitaram essa questão ali, naquele momento? Por que agora, quando já caminhamos para as alegações finais?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, só para organizar. O pedido não é apenas para que se preste a informação sobre a qualificação

AP 470 AgR-décimo quarto / MG

do perito?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A única finalidade do pleito formulado pelo ora agravante **consiste em saber** a qualificação profissional dos peritos. **Apenas isso.**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Parece-me que, então, é encaminhar no sentido de determinar que se preste a informação sobre a qualificação do perito.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - É. Eu havia feito uma restrição, porque o agravante quer duas coisas, sendo uma delas absolutamente sem propósito: depois que o perito tomou posse, já não interessa há quanto tempo está no cargo.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Não interessa.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Só sobre a qualificação. Só sobre isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É sobre a qualificação do perito, tão somente isso.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - É. Se perito é sociólogo, não interessa; ele integra o quadro de peritos do Instituto Nacional de Criminalística.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas seria um *bill* de indenidade!

AP 470 AgR-décimo quarto / MG

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, aí me parece que é delicado. Eu, por exemplo, já tive oportunidade, na AGU, de discutir essas questões. Por exemplo, quando se mandava engenheiro fazer laudo antropológico. E mesmo no Ministério Público Federal. Então, saber a qualificação acho que faz parte do contraditório e da ampla defesa.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Eu acho que réu tem todo o direito de saber, mas desde que faça...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Não. Vou esclarecer aos três Ministros que não votaram. Na verdade, o pedido é duplo. Ele quer saber há quanto tempo os peritos exercem a função. Isso não interessa juridicamente.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Não interessa.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Não interessa. Pode ser no dia anterior que haja tomado posse. Se exerce há um dia, há um ano ou dois anos, isso não tem relevância. Agora, o segundo, sim: qual a formação superior dos profissionais, qual é o curso, etc. Eu estaria votando para esse fim.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A finalidade é essa a que o Ministro Celso de Mello se referiu. Quer dizer, por trás dessa diligência, não está apenas a curiosidade de saber a habilitação do perito. Há manifestação inequívoca de nulificar eventualmente o laudo por inabilitação do perito.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Exatamente isso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Agora, isso deveria ter sido

AP 470 AgR-décimo quarto / MG

questionado na primeira oportunidade processual, e o fato é que não foi.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Não foi.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - O questionamento não se fez na primeira oportunidade.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Na primeira oportunidade.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - E sem falar que o laudo não vincula o julgador.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É certo que o laudo pericial não vincula o julgador. Mas isso nada tem a ver com a injusta frustração do direito de defesa, eis que o réu não pode ser privado, como até agora está sendo, de informações que já poderiam ter sido produzidas nestes autos, sem qualquer procrastinação da presente causa penal.

Supremo Tribunal Federal

40

26/05/2011

PLENÁRIO

DÉCIMO QUARTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, encontro-me apto a proferir voto.

Voto, pedindo vênua ao eminente Relator e aos que o acompanharam, para prover parcialmente o agravo, no sentido de, exclusivamente, se requerer ao instituto referido a informação quanto à qualificação do perito, sem que, com isso, se suspenda o andamento da ação.

26/05/2011

PLENÁRIO

DÉCIMO QUARTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

DEBATE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu tenho a impressão de que o Ministro-Relator já concordou com essa hipótese também.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Não. Não vou concordar, não, Ministro. É questão de princípio. Eu acho que não faz sentido isso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Vossa Excelência dá pela preclusão, não é isso? A parte processual, na primeira oportunidade que teve para falar nos autos, não impugnou a qualificação do perito.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Eu me proporia até mesmo a verificar a idoneidade dessa lei, que veio a interferir neste momento, nesta questão.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não me parece que referida lei tenha sido editada com o intuito de interferir na presente causa penal.

O diploma legislativo em questão, Ministro JOAQUIM BARBOSA, foi editado em 09/06/2008 e publicado no Diário Oficial da União em 10/06/2008. Esse diploma legislativo foi submetido a um período de "vacatio legis" de 60 (sessenta) dias, passando a ter plena eficácia, considerada a norma inscrita no art. 8º, § 1º, da Lei Complementar nº 95/98, na redação dada pela Lei

AP 470 AGR-DÉCIMO QUARTO / MG

Complementar n° 107/2001, a partir de 09/08/2008, inclusive.

Trata-se da Lei n° 11.690, de 09/06/2008, cujo art. 2° assim dispõe: "Aqueles peritos que ingressaram sem exigência do diploma de curso superior até a data de entrada em vigor desta Lei continuarão a atuar exclusivamente nas respectivas áreas para as quais se habilitaram, ressalvados os peritos médicos".

26/05/2011

PLENÁRIO

DÉCIMO QUARTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Eu mantenho o meu voto. Eu nego provimento ao agravo regimental.

26/05/2011

PLENÁRIO

DÉCIMO QUARTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

RETIFICAÇÃO DE VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, eu queria reajustar, mas, na parte da informação, eu vou acompanhar.

Eu reajusto nos termos exatos do voto do Ministro Dias Toffoli, ou seja, só para este ponto.

26/05/2011

PLENÁRIO

DÉCIMO QUARTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, em face das discussões que se travaram, eu vou pedir vênia para acompanhar o Relator e entender que a matéria está preclusa. O momento oportuno para ter impugnado os peritos foi o de sua nomeação.

26/05/2011

PLENÁRIO

DÉCIMO QUARTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, na mesma linha. Assento também a preclusão. O direito de defesa há de ser feito de modo compatível com o instituto da preclusão, inclusive em matéria penal, logicamente.

Supremo Tribunal Federal

49

REU(É)(S) : ZILMAR FERNANDES SILVEIRA

ADV.(A/S) : TALES CASTELO BRANCO

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa (Relator), Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ellen Gracie, que negavam provimento ao recurso de agravo, e os votos dos Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Cezar Peluso (Presidente), que lhe davam parcial provimento, foi o julgamento suspenso para colher os votos dos Senhores Ministros Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, ausentes ocasionalmente. Plenário, 28.04.2011.

Decisão: O Tribunal, por maioria, deu provimento parcial ao recurso, apenas para requisitar informação sobre a formação superior profissional dos peritos, sem suspensão do processo, contra os votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa (Relator), Luiz Fux, Ellen Gracie, Ricardo Lewandowski e Ayres Britto. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Celso de Mello. Reajustou o voto a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 26.05.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário

ANEXO E

Decisão do STF sobre divergência entre a conclusão da perícia criminal e conclusão de acórdão do TCU sobre a mesma matéria

Decisão monocrática do Ministro Joaquim Barbosa

DECISÃO: O denunciado **João Paulo Cunha**, por meio das petições de fls. 40.335-40.338 e 40.341-40.344, reporta-se ao laudo pericial nº 1974/2009 e pede “a determinação da realização de nova perícia”.

Para tanto, alega, em síntese, que o laudo sob enfoque, apresentado pelo Instituto Nacional de Criminalística, está em desacordo com acórdão do Tribunal de Contas da União, que, ao examinar a mesma matéria, chegou à conclusão diversa daquela exposta pelo INC.

Diz, ainda, que “tudo quanto havia para demonstrar a efetiva prestação de serviços pela empresa IFT – Idéias, Fatos e Texto Ltda., como reconhecido pelo Plenário do TCU, foi rigorosamente ignorado pelos peritos na elaboração do laudo”.

É o relatório.

Decido.

A alegada divergência entre o laudo pericial sob enfoque e o citado acórdão do TCU não significa que a perícia deve ser refeita, especialmente se se levar em conta o fato de que, conforme informa o próprio acusado, os peritos chegaram a considerar o resultado do julgamento do TCU, tendo o INC, todavia, concluído de forma diversa.

Como é elementar, a conclusão da prova pericial não tem que repetir o entendimento do TCU sobre a mesma matéria, assim como também não tem que espelhar ou reproduzir o conteúdo de qualquer outro elemento de convicção constante dos autos.

Aliás, é até bastante comum a existência de contradições não só entre a prova pericial e algum documento, como também entre aquela e os testemunhos colhidos ou, ainda, entre os próprios depoimentos.

Justamente por isso é que o magistrado deve formar o seu livre convencimento, motivado a partir do cotejo de todos os elementos de convicção produzidos nos autos, os quais, como dito, podem, até mesmo, apontar para sentidos opostos.

Quanto à alegação de que o laudo em questão teria desconsiderado “tudo quanto havia para demonstrar a efetiva prestação de serviços pela empresa IFT”, observo tratar-se de mero juízo de valor acerca da perícia, a qual, obviamente, não deve ser repetida apenas porque um dos réus não concorda com a sua conclusão.

Por essas razões, **indefiro** o pedido sob exame.

Junte-se a petição nº 58617/2010.

Publique-se.

Brasília, 26 de outubro de 2010. Publicada em 05/11/2011.

Ministro **JOAQUIM BARBOSA**

Relator

Notícia do site do STF acerca de voto do Ministro Ayres Britto sobre a mesma matéria

25/09/2017

Matérias Reconhecidas :: STF - Supremo Tribunal Federal



Brasília, 25 de setembro de 2017 - 20:26 Imprimir

Notícias STF

Quinta-feira, 30 de agosto de 2012

AP 470 – Voto do presidente do STF conclui julgamento do item III da denúncia

Último a votar acerca do desvio de dinheiro nos contratos firmados pelas agências de publicidade de Marcos Valério e seus sócios (SMP&B e DNA) com a Câmara dos Deputados e com o Banco do Brasil, o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Ayres Britto, acompanhou integralmente o voto do ministro-relator, Joaquim Barbosa, e votou pela condenação dos réus João Paulo Cunha e Henrique Pizzolato (por corrupção passiva, peculato e lavagem de dinheiro) e Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach (por corrupção ativa e peculato).

Quanto a esse item, o ministro ressaltou que "a leitura atenta dos mais de 200 volumes e apensos permite ao magistrado concluir pela comprovação dos delitos contra a Administração Pública cometidos pelos denunciados Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach, Henrique Pizzolato e João Paulo Cunha. Mais que isso: ficam comprovadas a materialidade e a autoria do delito de lavagem de dinheiro por parte dos réus Henrique Pizzolato e João Paulo Cunha. Em síntese que procuro apertar, anoto que a ambiência factual retratada pelas provas periciais, testemunhais e de uma maneira geral, documentais, permite ainda a individualização das condutas protagonizadas pelos denunciados ou réus que, comprovadamente, materializaram os delitos listados neste capítulo da inicial acusatória", afirmou.

O presidente rejeitou o argumento das defesas dos sócios de Marcos Valério de que teriam sido denunciados apenas por conta do vínculo societário. O ministro Ayres Britto lembrou que o fato de as pessoas se reunirem numa sociedade comercial, com o objetivo de praticar atos empresariais lícitos, não configura formação de quadrilha ou bando em caso de prática de crimes contra a Administração Pública e o Sistema Financeiro Nacional. Mas salientou que também há aqueles que se associam com fins empresariais lícitos e, paralelamente, cometem crimes, como no caso em questão. "De tudo que neste processo se contém, não tenho margem para dúvida quanto às ações de Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach para consumação dos desvios de recursos públicos da Câmara dos Deputados e do Banco do Brasil", asseverou.

Para o presidente do STF, as provas constantes nos autos não deixam dúvida quanto aos papéis desempenhados pelo então presidente da Câmara dos Deputados, João Paulo Cunha, e pelo então diretor de Marketing do Banco do Brasil, Henrique Pizzolato. "As posições funcionais ocupadas por João Paulo Cunha e Henrique Pizzolato na Câmara dos Deputados e no Banco do Brasil, respectivamente, foram decisivamente utilizadas para beneficiar ilicitamente as empresas do grupo de Marcos Valério", afirmou. "Penso que se deu, no caso, mercancia de função pública", disse o ministro, acrescentando que Cunha e Pizzolato detinham "a disponibilidade jurídica dos valores ilicitamente desviados da Câmara dos Deputados e do Banco do Brasil".

O ministro Ayres Britto fez considerações sobre as divergências entre o laudo do Instituto Nacional de Criminalística e acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU) a respeito da imputação de peculato decorrente do desvio dos chamados "bônus de volume" no contrato da DNA Propaganda e o Banco do Brasil. Para ele, o laudo prevalece sobre o acórdão do TCU. "No caso, o que me parece, é que a instância penal, validamente conduzida, concluiu por modo diverso daquele veiculado por decisão do Tribunal de Contas da União. A minha conclusão é a de que, no caso, diante dessa divergência, desse confronto de apreciação sobre os mesmos fatos, o que deve ser levado em consideração pelo magistrado é o quadro factual devidamente provado pela instância penal", observou.

Quanto ao mesmo tema, o ministro fez ainda considerações sobre a Lei 12.232/2010, que dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda. A norma foi invocada em defesa dos réus Marcos Valério e seus sócios, que afirmam que os chamados "bônus de volume" pertencem às agências, e não ao contratante. O presidente do STF observou que o anteprojeto de lei, de autoria do então deputado José Eduardo Cardozo (atual ministro da Justiça), não previa qualquer efeito retroativo à norma.

Uma emenda inseriu no anteprojeto o artigo que estendeu os efeitos da lei "às empresas que possuem regulamento próprio de contratação, às licitações já abertas, aos contratos em fase de execução e aos efeitos pendentes dos contratos já encerrados na data de sua publicação". O presidente do STF qualificou o dispositivo como "um atentado veemente, desabrido e escancarado" ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, segundo o qual "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

VP/AD