

Da prova da materialidade nos crimes que deixam vestígio

Gian Miller Brandão – IPTAN

Mestre em Direito – Universidade Gama Filho/ RJ

E-mail: brandaogian@gmail.com

Fone: (32)3351-1519

Maurício Possa Lopes

Bacharel em Filosofia – UFSJ; em Direito – IPTAN

E-mail: mauricio.possa@bol.com.br

Marina Andrade de Sousa

Graduanda em Direito – IPTAN

E-mail: marinaandrade_2011@hotmail.com

Flaviane Canavez Alves

Graduanda em Direito – IPTAN

Data de recepção: 06/08/2015

Data de aprovação: 27/08/2015

Resumo: O presente artigo tem por objeto a análise dos arts. 158 e 167 do Código de Processo Penal, referentes aos crimes que deixam vestígio. O art. 158 dispõe que toda e qualquer infração que deixar vestígio, faz-se imprescindível o exame de corpo de delito a fim de comprovar a materialidade delitiva, não podendo ser ele suprido pela confissão do acusado. Por outro lado, o art. 167 possibilita o suprimento do exame de corpo de delito pela prova testemunhal, quando aquele for impossível. Ocorre que por não possuírem uma redação tão clara, há grande divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de ser a prova técnica suprida por todos os outros meios de prova, e não apenas pela testemunhal, haja vista a ausência de hierarquia entre as provas em nosso ordenamento jurídico. Além disso, essa divergência encontra-se, também, no termo “não possível” do art. 167, que alguns entendem estender-se à negligência estatal e outros entendem apenas seu sentido literal, como nunca tendo sido possível. Frente a tais questionamentos, o artigo desenvolveu por meio da análise da legislação penal, da doutrina e da jurisprudência pátria, melhorando o entendimento da vontade do legislador ao redigir os mencionados artigos.

Palavras-chave: Crimes – Vestígios – Exame de Corpo de Delito – Suprimento – Prova testemunhal

Introdução

A prova da materialidade delitiva é requisito imprescindível da sentença penal condenatória. Logo, sua ausência acarreta a absolvição do acusado, haja vista o Princípio do *Favor Rei* que norteia o Direito Penal pátrio.

Nos crimes que deixam vestígio, a materialidade delitiva é comprovada mediante o Auto de Corpo de Delito, conforme disposto no art. 158 do CPP, sendo que não pode ser ele suprido nem mesmo pela confissão do acusado. Dessa forma, todo e qualquer crime que deixa vestígio exige a realização do exame de corpo de delito, seja em sua forma direta ou indireta.

O art. 167 do CPP, por seu turno, preceitua que quando se restar impossível a realização do exame de corpo de delito, poderá ser ele suprido pela prova testemunhal.

Ocorre que a redação dos mencionados dispositivos acaba por não ser tão clara, o que dificulta sua aplicação eficaz no caso concreto. Logo, doutrina e jurisprudência possuem entendimentos divergentes acerca dos arts. 158 e 167 do CPP.

Faz-se necessário, portanto, um estudo mais aprofundado dos dispositivos em questão, haja vista a insegurança jurídica gerada por interpretações equivocadas realizadas por nossos Tribunais. Assim, o presente trabalho foi desenvolvido com o intuito de analisar e interpretar os arts. 158 e 167 do CPP, tendo em vista a segurança jurídica, o Princípio do *Favor Rei* e as garantias constitucionais asseguradas ao processo penal. Frente a tais questionamentos, o artigo desenvolveu por meio da análise da legislação penal, da doutrina e da jurisprudência pátria, melhorando o entendimento da vontade do legislador ao redigir os mencionados artigos.

1. Provas nos crimes que deixam vestígio

Podemos dizer que provas, no direito processual brasileiro, são os indícios diretos ou indiretos, trazidos ao processo pelas partes ou por terceiro, que buscam a comprovação da existência ou inexistência da materialidade de determinado fato imputado ao réu. No tocante à finalidade das provas, nas palavras de Capez (2012, p. 361), “destina-se à formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa”.

Nosso Código de Processo Penal não estabelece uma hierarquia entre os diversos tipos de provas presentes em nosso ordenamento jurídico – testemunhal, documental, pericial, confissão etc.–, todavia, há determinadas situações nas quais o legislador exigiu a realização de determinado tipo de prova, a fim de assegurar uma maior segurança jurídica. É o que ocorre nos crimes que deixam vestígio, que exigem a realização da prova pericial, qual seja, o exame de corpo de delito, para prova da materialidade.

Aduz o art. 158 do CPP que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

Como já mencionado, não há hierarquia entre as provas em nosso ordenamento jurídico, sendo a regra a liberdade probatória das partes. No entanto, o legislador, no dispositivo supramencionado, entendeu por bem a necessidade da realização do exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, tanto que não poderá ser este suprido nem mesmo pela confissão do acusado e, regra geral, por nenhum outro meio de prova, salvo ressalva do art. 167 do CPP, em determinados casos, como será pontuado em tópico mais adiante.

Nesse diapasão, assevera Nucci (2013, p. 386):

Há delitos que deixam sinais aparentes de sua prática, como ocorre com o homicídio, uma vez que se pode visualizar o cadáver. Outros delitos não os deixam, tal como ocorre com o crime de ameaça, quando feita oralmente. Preocupa-se a lei com os crimes que deixam rastros passíveis de constatação e registro, obrigando-se, no campo das provas, à realização do exame de corpo de delito. Trata-se de uma prova imposta por lei (prova tarifada), de modo que não obedece à regra da ampla liberdade na produção das provas no processo criminal. Assim, não se realizando o exame determinado, pode ocorrer nulidade, nos termos do disposto no art. 564, III, *b*, do Código de Processo Penal.

Adda Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2001, p. 150) ressaltam a importância do exame de corpo de delito, ao doutrinarem que, “mesmo que a materialidade seja evidenciada diretamente por elemento constante dos autos (ex.: o próprio documento falsificado), não é possível prescindir-se do exame de corpo de delito”.

Como bem pontua Baradó (2012, p. 302):

A necessidade de um exame de corpo de delito como meio apto à comprovação da materialidade delitiva é limite epistemológico para a busca da verdade, fundado na premissa de que, sendo possível a produção de uma prova com melhor idoneidade e potencial cognitivo, não se pode aceitar uma prova menos qualificada. Trata-se do que o sistema de *common law* denomina a *bestevidence*.

Faz-se necessário, pois, frente à previsão legal do art. 158 do CPP, a realização de prova técnica (exame de corpo de delito) nos crimes que deixam vestígio. Sua relevância é tão grande que, frente à sua ausência, não poderá ser suprida pelas demais, além de possibilitar a ocorrência de nulidade processual absoluta, conforme art. 564, III, *b*, do CPP.

2. Corpo de delito

Como já visto, é imprescindível a realização do exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio, sob pena de nulidade processual absoluta.

Os crimes que deixam vestígio, consequentemente, apresentam o corpo de delito que é composto pelos elementos materiais produzidos pela ação do autor. Merece destaque a conceituação feita por Baradó (2012, p. 302):

O corpo de delito é o conjunto dos elementos materiais deixados pelo crime. Do ponto de vista processual, o conceito de corpo de delito é tripartido em: (1) corpus criminis, que é a pessoa ou a coisa sobre a qual é praticado o crime; (2) corpus instrumentorum, que diz respeito à averiguação das coisas – objetos ou instrumentos – utilizadas pelo criminoso na prática delituosa; (3) corpus probatorium, concernente à constatação de todas as circunstâncias hábeis à reconstrução do crime investigado. Assim, por exemplo, no tocante ao corpo de delito, na espécie corpus criminis, tem-se no homicídio o cadáver; no crime de emissão de cheques sem fundo, o cheque; na lesão corporal, a ferida etc.

Assim, o corpo de delito possibilita a realização de perícia técnica especializada, denominada exame de corpo de delito, a fim de apurar os elementos essenciais à comprovação probatória da materialidade delituosa.

Ainda nas palavras do supramencionado doutrinador:

Já o exame de corpo de delito é um meio de prova pericial, destinado à apuração dos elementos físicos, materiais, da prática criminosa, mediante a sua constatação direta e documentação imediata (BADARÓ, 2012, p. 302).

O exame de corpo de delito deve ser realizado por “perito oficial, portador de diploma de curso superior”, conforme exigido pelo art. 159 do CPP. Não sendo possível a realização do exame de corpo de delito por perito oficial, poderá ser ele feito 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”, de acordo com o art. 159, § 1º, do CPP.

Chioyenda *apud* Baradó (2012, p. 301), explica que os peritos

são pessoas chamadas a expor ao juiz não só as observações de seus sentidos e suas impressões pessoais sobre os fatos observados, senão também as induções que se devem tirar objetivamente dos fatos observados ou que lhes deem por existentes.

Se o exame de corpo de delito for realizado por perito não oficial, deverá esse prestar compromisso de bem e fielmente cumprir o encargo que lhe foi conferido (art. 159, § 2º, CPP). Já se for realizado por perito oficial, esse não precisará prestar o aludido compromisso em cada perícia que realizar, haja vista que o presta quando assume o cargo.

Assim, o perito deverá elaborar um laudo pericial oficial, “onde descreverão minuciosamente o que examinarem” (art. 160, CPP), denominado Auto de Corpo de Delito.

É bom pontuar que o exame de corpo de delito deverá ser realizado o mais breve possível, a fim de se evitar o desaparecimento dos vestígios causados pelo crime. Tanto é que o art. 161 do CPP estabelece que “o exame de corpo de delito poderá ser feito em qualquer dia e a qualquer hora”.

Nesse diapasão, doutrina Mougenot (2010, p. 372)

Em face do perigo de desaparecerem os vestígios materiais do crime, o exame de corpo de delito deve ser realizado o quanto antes. Nesse sentido, a lei processual permite que o exame seja feito em qualquer dia e a qualquer hora (art. 161 do Código de Processo Penal).

Por fim, o exame de corpo de delito poderá ser feito em sua forma direta ou indireta, a depender de como se apresente o corpo de delito, conforme se verá em tópico adiante.

2.1. Corpo de delito direto e corpo de delito indireto

O exame de corpo de delito pode ser realizado em sua forma direta ou indireta. A regra é o exame de corpo de delito direto, que deve ser realizado no próprio objeto/corpo do crime (ex.: no homicídio, o cadáver; nas lesões corporais, as lesões). Não sendo possível, porém, a realização do exame de corpo de delito direto, deverá ser feito o indireto, que consiste no exame das considerações apontadas, indiretamente, referentes ao crime (ex.: laudo médico da vítima de lesões corporais, quando não for mais possível o exame direto pelos peritos), que também deve ser elaborado por perito.

Nas palavras do doutrinador Avena (2009, p. 444):

Considera-se *direto* quando realizado pelo *expert* diante do vestígio deixado pela infração penal, como, por exemplo, a necropsia no cadáver. Por outro lado, o exame *indireto* é aquele realizado com base em informações verossímeis fornecidas aos peritos quando não dispuserem estes do vestígio deixado pelo delito, inviabilizando-se, assim, a perícia direta.

Ao contrário do exame de corpo de delito direto, o exame de corpo de delito indireto não irá recair sobre o corpo de delito propriamente dito, haja vista sua ausência ou sua frustração pelo autor, mas sim sobre dados ou vestígios indiretos do crime. Assim, deverá o perito proceder à elaboração do Auto de Corpo de Delito, indispensável nos crimes que deixam vestígio, baseando-se em todos os meios indiretos possíveis deixados pelo crime, como, por exemplo, imagens de câmera, ficha clínica do paciente, manchas no ambiente do crime etc. É então o exame de corpo de delito indireto, uma análise realizada pelo perito dos fatores “secundários” envolvidos no crime, ou seja, que não recaíram diretamente no corpo de delito.

Prefere-se, pois, o exame de corpo de delito direto, haja vista que tende a uma aproximação e conclusão do fato de maneira mais correta, uma vez que recai no próprio corpo de delito. Todavia, não sendo possível sua realização, poderá valer-se o perito do exame de corpo de delito indireto.

A necessidade de ser elaborado o Auto de Corpo de Delito, seja direto ou indireto, nos crimes que deixam vestígio, advém do disposto no art. 158 do CPP, que exige a perícia técnica. Logo, não é possível o suprimento dessa pelos demais tipos de provas presentes em nosso ordenamento jurídico, haja vista a imposição do legislador, salvo a ressalva do art. 167 do mesmo diploma.

Nesse ponto, em relação ao art. 167 do CPP, faz-se necessária atenção em relação à prova testemunhal e ao exame de corpo de delito indireto, bastante controversa na doutrina. Esta subdivide-se nos entendimentos de que a prova testemunhal é uma forma de exame de corpo de delito indireto, e de que prova testemunhal e exame de corpo de delito indireto são coisas distintas.

Não podemos confundir prova testemunhal com exame de corpo de delito indireto. Neste, como já mencionado, o que temos é um laudo técnico, denominado Auto de Corpo de Delito, elaborado por perito “com base em informações verossímeis fornecidas” (AVENA, 2009, p. 444). Já a prova testemunhal é aquela realizada durante o trâmite processual na presença do juiz, não havendo a presença do Auto de Corpo de Delito.

Nesse diapasão, assevera Avena (2009, p. 444):

No exame indireto há um laudo, firmado por peritos. Diferente é a situação de suprimento da perícia com base em testemunhas que vierem a prestar depoimento em juízo a respeito do vestígio do crime que tenham presenciado, caso em que estará não diante de uma prova pericial indireta, mas sim de uma prova testemunhal.

Como bem exemplifica, ainda, o mencionado autor, no caso de comparecer uma testemunha perante o perito, a fim de narrar sua percepção do crime de lesões corporais que presenciou, auxiliando-o com sua narração na elaboração do Auto de Corpo de Delito, e frente ao quadro apresentado pela vítima, tem-se uma hipótese de exame de corpo de delito indireto.

Por outro lado, comparecendo essa mesma testemunha frente ao magistrado, no decorrer do

trâmite processual, a fim de narrar sua percepção do mesmo crime, estaremos diante da hipótese de prova testemunhal, como fundamento para comprovação da materialidade.

Por fim, Tornaghi *apud* Avena (2009, p. 445), mencionado por Tourinho Filho, ensina que “o exame indireto não é propriamente exame, e sim o raciocínio e mesmo as experiências dos peritos baseados no que dizem as testemunhas (e acrescentamos: ou qualquer outro elemento de prova)”. Mas, ainda assim, é uma prova pericial.

3. Impossibilidade do exame de corpo de delito

Como pontuado até agora, para prova da materialidade, todo e qualquer crime que deixa vestígio faz-se necessária a realização do exame de corpo de delito, direto ou indireto, a fim de comprovar sua materialidade. O problema ocorre quando não é possível a realização da referente prova técnica.

O art. 167 do CPP, aduz que “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”. Assim, permite-se o suprimento da prova técnica pela prova testemunhal apenas, e somente, se for impossível a realização da primeira. É o que fora defendido por um dos autores do presente artigo, em trabalho passado:

Ao depararmos com o termo *impossível*, ao menos a princípio, deve ser ele entendido como possível a prova da materialidade pela prova testemunhal apenas quando não há possibilidade de se realizar o exame pericial. Ou seja, ainda que haja prova testemunhal, caso seja possível ao Estado a realização da prova técnica, esta será indispensável (BRANDÃO, 2013, p. 12).

É relevante a observação de que apenas a prova testemunhal poderá vir a suprir a prova técnica, quando for esta impossível, de acordo com o art. 167 do CPP. Corroborando ainda com a exclusividade da prova testemunhal para o suprimento da prova técnica, o art. 158, do mesmo diploma, dispõe que não poderá a confissão do acusado suprir a prova pericial.

Nesse diapasão, ensina Baradó (2012, p. 304):

O CPP estabelece uma ordem de sucessão quanto aos meios de prova da materialidade delitiva e uma regra de exclusão. Em regra, realiza-se o exame de corpo de delito direto. Não sendo este possível, por ter desaparecido o corpo de delito, mas havendo outros dados que possam ser analisados pelos peritos, realiza-se o exame de corpo de delito indireto. Por último, não sendo possível o exame de corpo de delito direto, nem o exame de corpo de delito indireto, a prova testemunhal poderá comprovar a materialidade delitiva. De outro lado, em nenhuma hipótese, a prova da materialidade delitiva poderá ser feita por meio da confissão.

Reforçando de forma categórica o estudo e análise dos mencionados artigos, ainda deve ser observado o seguinte:

Assevere-se, ainda, que a lei foi categórica ao afirmar que somente a prova testemunhal será capaz de substituir a pericial, não sendo admitida nenhuma outra espécie de prova para comprovação da materialidade. Se assim não fosse, temos certeza de que o legislador teria colocado qualquer tipo de prova e não apenas a testemunhal. E ainda há de ser lembrado que nem mesmo a confissão do acusado pode ser utilizada como prova da materialidade do delito, demonstrando, ainda mais, que somente a prova testemunhal é capaz de substituir o Auto de Corpo de Delito (BRANDÃO, 2013, p. 12).

É bom observarmos que o dispositivo em questão se refere à impossibilidade da realização da prova técnica. Ou seja, será admitida outra prova que não a técnica quando o corpo de delito é destruído, seja por evento natural ou mesmo pelo autor, o que acarreta a impossibilidade de se realizar o Auto de Corpo de Delito, essencial nos crimes que deixam vestígio.

Por outro lado, não há que se falar em impossibilidade quando há o corpo de delito e este torna-se ineficaz para a elaboração do Auto de Corpo de Delito, devido à negligência ou burocracia do Estado.

Avena (2009, p. 448), doutrina que,

Em termos legais, não há, no Código de Processo Penal, exceções. Doutrinariamente e em nível de jurisprudência, contudo, estabelecem-se algumas situações nas quais não seria possível o suprimento da perícia. Um primeiro exemplo de impossibilidade de suprimento ocorre quando o desaparecimento do vestígio tenha ocorrido por *culpa* (“*lato sensu*”) atribuída ao Estado, *v.g.*, o desaparecimento da droga apreendida por agentes policiais, inviabilizando-se a constatação da natureza entorpecente.

Ainda nesse sentido:

Por isso, caso não tenha sido realizada a prova pericial por qualquer motivo que não a impossibilidade efetiva, impossível será comprovar a materialidade do delito. Assim, se as lesões provocadas em alguém desaparecerem em virtude do longo tempo entre a prática das lesões e o exame pericial, não se admitirá a prova testemunhal como prova da existência de tais lesões (BRANDÃO, 2013, p. 12).

Infere-se, portanto, que o legislador, ao permitir o suprimento da prova técnica pela prova testemunhal, no caso de ser impossível a primeira, visou a possibilidade de o acusado possuir um julgamento dentro dos parâmetros legais, evitando o cometimento de equívocos por parte do Estado-juiz.

Dessa forma, não poderia ser mais equívocado o entendimento de que a impossibilidade trazida pelo art. 167 do CPP seja sinônimo de desídia do Estado, ou até mesmo burocracia. Se assim fosse, estaríamos diante de enorme injustiça, haja vista o acusado se ver em uma situação agravada por incompetência estatal.

Por fim, nesse diapasão, ainda nas palavras do coautor supramencionado:

Para nós, a interpretação da referida norma deve ser feita de maneira teleológica, para que se evitem julgamentos injustos. Ora, onde o art. 167 do CPP diz *impossível*, entendemos que o exame pericial e o auto não podem ser realizados de forma alguma, sendo certo que se a causa da impossibilidade se der por desídia do Estado, claro que não estamos falando de impossibilidade, e sim em negligência estatal, que nunca poderá ser considerada contra o réu (BRANDÃO, 2013, p. 12).

Observa-se então que o termo “impossível” do art. 167 do CPP, não se confunde com desídia estatal, haja vista a grande injustiça que se veria o acusado ao ser julgado.

4. A sentença e a falta de ACD nos crimes que deixam vestígios

Nas palavras de Capez (2012, p. 529), sentença, em sentido estrito, “é a decisão definitiva que o juiz profere solucionando a causa. Melhor dizendo, é o ato pelo qual o juiz encerra o processo no primeiro grau de jurisdição, bem como seu respectivo ofício”. É, portanto, o ato pelo qual o Juiz profere sua decisão acerca daquele determinado conflito, podendo ser condenatória ou absolutória.

É elemento indispensável na sentença penal condenatória a prova da materialidade do crime, e, por sua vez, na sentença penal absolutória, sua ausência. Dessa forma, tanto em uma sentença quanto na outra, necessária é a análise pelos magistrados da chamada “materialidade delitiva”, vez que sua presença pesa para a condenação do acusado e sua ausência acarreta a absolvição deste.

Como já abordado no presente trabalho, no caso dos crimes que deixam vestígio, é por meio do ACD, e apenas deste, que se prova a materialidade do crime. Assim, a impossibilidade de ser realizada a prova técnica leva à ausência da materialidade delitiva e, conseqüentemente, à absolvição do acusado, claro, ressalvada a exceção do art. 167 do CPP.

Conforme já discorrido, é possível o suprimento da prova técnica pela prova testemunhal, única e exclusivamente, no caso de ser impossível a realização da primeira. Logo, podemos inferir que é possível uma sentença penal condenatória sem o ACD, no caso de crime que deixa vestígios, apenas neste caso.

Importante ressaltar que essa possibilidade de haver uma sentença penal condenatória sem o ACD, é apenas nos casos de impossibilidade de se realizar a prova técnica. Assim, não sendo possível a realização da prova técnica devido à desídia estatal – negligência – não há que se falar

em sentença penal condenatória, caso em que deverá ser o réu absolvido, haja vista que, como já vimos, nesse caso não é possível o suprimento da prova técnica pela testemunhal, uma vez que a impossibilidade de se atestar a materialidade delitiva se deu por culpa exclusiva do Estado.

Nesse diapasão, assim já fora escrito:

Assim sendo, o que se conclui é que quando possível a realização do ACD no objeto do delito, ainda que em sua forma indireta, esta é a única prova possível para comprovar a existência do delito. E somente quando impossível a realização de tal autor é que poder-se-á utilizar a prova testemunhal em substituição, para a prova da materialidade, já que o art. 167 do CPP é claro em dizer que somente a prova testemunhal substituirá a prova técnica na impossibilidade de esta se realizar, não se admitindo outra prova que não essa para prova da materialidade do delito. Assevere-se, ainda, que a *impossibilidade* de realização do exame pericial não pode ser confundida com o atraso ou a desídia do Estado em realizar os exames necessários [...] (BRANDÃO, 2013, p. 12).

Infelizmente, entretanto, a jurisprudência de nossos Tribunais está em sentido oposto à lei, à doutrina e, principalmente, ao Princípio do *Favor Rei*, que consiste na predominância do direito de liberdade do acusado, frente ao direito de punir do Estado.

O entendimento dos Tribunais é no sentido de que pode haver o suprimento da prova técnica por qualquer outro meio de prova previsto em nosso ordenamento jurídico. Além disso, entendem que é possível o suprimento da mencionada prova, ainda que esta tenha sido frustrada pelo Estado. Vejamos:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL – TENTATIVA DE HOMICÍDIO – PROVA DE MATERIALIDADE – INEXISTÊNCIA DA FALTA DO EXAME DE CORPO DE DELITO – POSSIBILIDADE. A inexistência de laudo de exame de corpo de delito, não é causa de anulabilidade do processo quando não mais subsiste o sistema da prova legal e vigente o princípio do livre convencimento. Restando suficientemente provada a autoria, por confissão expressa e exuberante prova testemunhal, e a materialidade seguramente positivada pelas informações hospitalares, a falta ou defeito no uso do auto, não dá lugar à anulabilidade do processo, eis que o magistrado, *in casu*, teve condições outras de declarar provado o crime. Recurso especial não conhecido” (RHC 20405/RJ, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, DJ de 10.5.1993, p. 8643 - STJ).

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL. ART. 129 DO CP. PROVA DA MATERIALIDADE. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DELITO. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. ISENÇÃO DE CUSTAS. – Ainda que ausente o exame de corpo de delito, é possível a comprovação da materialidade por outros meios de provas, especialmente pela ficha de atendimento médico da vítima e pela prova oral produzida. – Comprovada a autoria e a materialidade, a condenação

é medida que se impõe. - Isenta-se o réu do pagamento das custas e despesas processuais, com base no art. 10 da Lei Estadual no 14.939/03.

(TJ-MG – APR: 10338120016419001 MG, Relator: Catta Preta, Data de Julgamento: 04/09/2014, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 15/09/2014).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – EXCESSO DE FUNDAMENTAÇÃO – INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DELITO – PRESCINDIBILIDADE – DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL – INADMISSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO. – 1. Constatado que a decisão de pronúncia não padece de excesso de fundamentação, tão pouco contém linguagem inadequada, capaz de, futuramente, influenciar os Jurados, não há que se falar em violação ao art. 413 do CPP. 2. A materialidade do crime de homicídio tentado pode ser comprovada por outros meios de prova, que não seja o exame pericial de corpo delito, como na espécie. 3. Presentes a prova da materialidade do delito e contundentes indícios de sua autoria, não restando comprovada, por outro lado, a ausência de animus necandi na conduta, imperiosa a manutenção da pronúncia, para que a causa seja submetida ao Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida, por força de mandamento constitucional.

(TJ-MG – Recém Sentido Estrito: 10582080082453001 MG, Relator: Eduardo Machado, Data de Julgamento: 06/05/2014, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 12/05/2014).

Observa-se, pois, que os argumentos dos Tribunais se baseiam única e exclusivamente no Princípio do Livre Convencimento do Juiz. Ignora o Estado-juiz a interpretação conjunta de todos os dispositivos e regras legais, quais sejam, no presente caso, os arts. 158, 167 e 564, III, *b*, do CPP, e o Princípio do *Favor Rei*.

Essas interpretações, a nosso ver, equivocadas, realizadas pelos Tribunais, trazem enorme insegurança jurídica ao jurisdicionado, vez que não são respeitados os Princípios do Estado de Inocência e do *Favor Rei*. Além disso, ao acusado são assegurados direitos e garantias constitucionais a fim de se alcançar um julgamento justo, porém, ao interpretar a lei penal além de seu sentido, o Estado-juiz os desconsideram.

Nesse sentido, leciona Brandão (2013, p. 12):

Ao se admitir que em qualquer caso pode ser utilizada a prova testemunhal para a prova do alegado, está-se, na verdade, falando que o Auto de Corpo de Delito não é indispensável como previsto no artigo acima citado. O que se tem visto, pois, é

que a jurisprudência tem relativizado mandamento legal em total prejuízo ao réu, dando interpretação à norma processual contrária ao réu, mesmo, a nosso sentir, não havendo dúvida da interpretação, jogando por terro o princípio processual do *favor rei*.

É possível, pois, uma sentença penal condenatória sem o ACD apenas no caso de ser este impossível, desde que não obstado pelo Estado, e no caso de ser suprido pela prova testemunhal, apenas. Não sendo esse o caso, não há que se falar em condenação do acusado, haja vista a ausência de previsão legal e o Princípio do *Favor Rei*.

Considerações finais

Como destacado no decorrer do trabalho, o legislador foi claro ao permitir o suprimento da prova técnica apenas pela prova testemunhal, haja vista a redação clara do art. 167 do CPP. O que é corroborado pela redação do art. 158 do mesmo diploma, que veda, de maneira categórica, o suprimento da prova pericial pela confissão. Extraí-se, então, que se o legislador entendesse que o suprimento poderia se dar por qualquer outro meio de prova, teria destacado de maneira nítida e expressa, tal como a possibilidade do suprimento pela prova testemunhal.

Dessa forma, ainda que não haja no ordenamento penal brasileiro hierarquia entre as provas, o legislador entendeu por bem, a fim de assegurar uma maior segurança jurídica, a produção de determinado tipo de prova mais adequado àquela determinada situação. É o que ocorre com os crimes que deixam vestígio, os quais o legislador entendeu que a prova técnica é o meio mais eficaz a fim de comprovar a materialidade delitiva.

Ainda, o legislador previu esse suprimento apenas quando fosse impossível a realização do Auto de Corpo de Delito. Logo, o termo impossível deve ser interpretado em seu sentido estrito, como nunca tendo sido possível a produção da prova técnica devido à ausência do corpo de delito. Assim, se em qualquer momento houve a possibilidade de ser elaborado o Auto de Corpo de Delito e o Estado não o fez, por qualquer motivo que seja, não há que se falar em impossibilidade, mas sim em negligência estatal. Trata-se, pois, de uma questão de segurança jurídica tanto para o sistema penal brasileiro, quanto para a figura do acusado.

Infelizmente, em sentido contrário à vontade do legislador em firmar uma segurança jurídica durante o trâmite processual, a jurisprudência de nossos Tribunais vem trazendo interpretações de mandamentos legais equivocadas e prejudiciais ao acusado. Isso acarreta ao Poder Judiciário um “novo” poder de mudar as leis de acordo com sua conveniência, o que viola, de maneira categórica, os Princípios do *Favor Rei* e da Separação dos Poderes, haja vista a invasão do Judiciário no âmbito do Legislativo.

Dessa forma, deve o Judiciário proceder à interpretação dos arts. 167, 158 e 564, III, *b*, todos

do CPP, tendo por base o Princípio do *Favor Rei*, bem como o direito fundamental do acusado de ter um julgamento justo e legal, conforme disposto em nossa Constituição Federal. Por fim, além disso, deverão os magistrados se aterem à verdadeira intenção do legislador ao escrever os mencionados artigos, a fim de dar eficácia a eles em seu real sentido, e não de maneira deturpada como vem sendo visto.

Referências

- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal: esquematizado*. São Paulo: Método, 2009.
- BARADÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.
- BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRANDÃO, Gian Miller. *Da Invalidez da prova testemunhal para comprovação de materialidade em crime que deixa vestígio quando possível a realização de perícia*. Boletim IBCCRIM, v. 1, p. 12, 2013.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *As Nulidades no Processo Penal*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito processual penal esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 12. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

The Evidence of Materiality in Crimes with Clues Left with the Victim

Abstract: The present paper aims at analysing the Articles 158 and 167 of the Criminal Procedure Code in crimes with clues left with the victim. According to the Article 158, it is necessary to have the forensic medical examination in order to prove the criminal materiality. It must be clear that it cannot be supplied by the confession of the culprit. On the other hand, the Article 167 enables the supply of the forensic medical examination by testimonial evidence, in case of any impossibility for the executor to perform the exam. It occurs that, due to the fact that the wording is not sufficiently clear on its own, there is a great doctrine, jurisprudential divergence with respect to the possibility for the technical evidence to be supplied by other evidences, not only by the testimonial one, considering the lack of hierarchy among evidences in our legal system. Besides that, there is also a divergence of views about the term “not possible” – Article 167. On this issue, some people refer to the state negligence, and some understand it in its literal sense, as never being possible. Facing such issues and by means of the penal law analysis, this article has been developed with the purpose of serving as a tool to help legislators better understand how to write such articles.

Keywords: Crimes – Clues – Forensic Medical Examination – Supply – Testimonial Evidence