

Exame de Corpo de Delito - Realidade e Mito

SERGIO DEMORO HAMILTON *

1. Não se pode abordar o assunto relacionado com o exame de corpo de delito sem fazer breve digressão a respeito do sistema de prova adotado em nosso Código de Processo Penal, uma vez que os artigos em que dele se ocupa especificamente a nossa lei processual (158 e 167) não podem ficar dissociados do princípio geral norteador da matéria, previsto no art. 157. Como é óbvio, um ou mais artigos de lei não têm vida por si sós; eles existem e encontram sentido lógico e teleológico uma vez examinados dentro de um contexto orgânico, submetidos, que estão, a um ordenamento jurídico sistemático, razão de ser da própria existência de um código de leis, seja ele qual for.

Como sabido, nosso Código adotou o sistema da livre convicção ou do livre convencimento, também designado como sistema da livre convicção motivada, ou, ainda, da persuasão racional.

A “Exposição de Motivos” da Lei de Ritos, ao examinar “as provas” (item VII), deixa claro que o Código “abandonou radicalmente o sistema da **certeza legal**”, salientando, com todas as letras, a inexistência de **hierarquia** de provas, pois todas as provas são relativas e, dessa maneira, nenhuma delas terá, *ex vi legis*, “valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra.”

Quero crer que a “Exposição de Motivos” da nossa lei instrumental básica não poderia ter sido mais clara.

No sistema das provas legais, também conhecido, na doutrina, como das regras legais, da certeza moral do legislador ou da certeza legal, a própria lei determinava que certo fato se provasse da maneira por ela estabelecida ao mesmo tempo em que valorava as provas, vinculando o Juiz a seguir os rígidos critérios por ela alviados.

Ao tempo da pluralidade processual, quando cada unidade federada dispunha de lei processual própria, havia uma enormidade de normas, nos diversos códigos, estabelecendo de antemão o valor de cada prova, com isso criando uma absurda vinculação do Juiz àqueles preceitos, ao mesmo tempo em que tolhia o julgador de formar livremente o seu convencimento, desde que, à evidência, o fizesse motivadamente. A mesma “Exposição de Motivos”, em seu item VII, dá-nos dois exemplos bem nítidos das normas que, antes, vinculavam o magistrado. Um deles, rejeitado

pelo sistema atual, consagrava o velho brocardo *testis unus testis nullus*, verdadeira prevenção legal contra a *voix d'un*, retirando o valor probatório da palavra de uma testemunha idônea por mera questão numérica. Outro preceito estabelecia para o interrogatório “uma série de perguntas predeterminadas, sacramentais, a que o acusado dá as respostas de antemão estudadas, para não comprometer-se.” (item VII.)

O Código de 42, sem dúvida, substituiu o sistema da avaliação pela lei pelo da valoração pelo Juiz, deixando de impor ao julgador um padrão de julgamento que o vinculava a determinadas regras. Porém, teve o cuidado de afastar os inconvenientes do sistema da íntima convicção, que, ao revés, consagra o despotismo judicial e que, lamentavelmente, ainda subsiste entre nós, por imposição constitucional, no Júri (art. 5º, XXXVIII CF/88), impedindo qualquer tentativa por parte do legislador ordinário no sentido de banir do nosso sistema legal a nefasta instituição do Júri. Se o sistema das regras legais limitava o Juiz, impedindo-o de alcançar a verdade real e a realização de justiça, o outro, da íntima convicção, consagra o arbítrio do julgador, traduzido pela decisão monossilábica e desprovida de fundamentação, tal como ocorre no julgamento do mérito do crime doloso contra a vida, a mais grave das infrações penais.

2. É nesse contexto que pretendo analisar o exame de corpo de delito, buscando situá-lo no sistema adotado pelo Código, para, por fim, estudá-lo em campo mais amplo, à luz da própria Lei Maior.

3. Há, por primeiro, que distinguir corpo de delito de exame de corpo de delito. Corpo de delito, numa acepção remota, designava o próprio fato típico, traduzindo o próprio tipo penal, isto é, a descrição feita pela própria lei penal material da conduta correspondente a cada infração penal. É nesse sentido que a expressão é analisada pelo saudoso Procurador de Justiça, Professor Magalhães Noronha, no seu festejado *Direito Penal*.⁽¹⁾ Não é com esta significação, evidentemente, que vamos cogitar do tema. Aqui ele será estudado, apenas, como o elemento material da infração penal, como sendo aquilo que torna o crime ou a contravenção palpável, sensível, tangível, perceptível aos sentidos. João Mendes, em definição que se tornou clássica, por seu turno, referia-se ao corpo de delito como o elemento sensível do fato criminoso, que pode ser constatado pelos sentidos.⁽²⁾ Assim, por exemplo, o cadáver é corpo de delito do crime de homicídio, o documento falsificado é corpo de delito do *falsum* e a ferida corpo de delito do crime de lesões corporais.

E o exame de corpo de delito?

Nada mais é que a perícia realizada no corpo de delito. O próprio Código de Processo Penal, ao tratar do assunto, alude ao exame de corpo de delito e às perícias em geral (Livro I, Título VII, Capítulo II), salientando, no art. 159, que “os exames de corpo de delito e as **outras** perícias serão feitos por peritos oficiais” (destaque

⁽¹⁾ E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, 2ª ed., vol. 1, págs. 453/454.

⁽²⁾ João Mendes de Almeida Júnior, *Direito Judiciário Brasileiro*, vol. 02, pág. 07.

meu). Assim, o exame de corpo de delito nada mais é que uma perícia para a qual a lei processual emprestou especial ênfase.

Nessa ordem de idéias, a necrópsia nada mais é que o exame de corpo de delito do crime de homicídio (art. 162, CPP). A perícia de lesões corporais (art. 168, CPP) seria o exame de corpo de delito do crime a que alude o art. 129, do CP, o exame grafotécnico, por sua vez, comprovaria o *falsum* material para o reconhecimento de escritos para comprovação de letra (art. 174, CPP). E assim por diante.

Outras vezes, o exame pericial não se relaciona com um delito autônomo, guardando compasso com um tipo qualificado. Em outras palavras: o exame de corpo de delito, em tal hipótese, não objetiva demonstrar a presença de um crime em si mas somente a ocorrência de circunstâncias legais especiais de que cogitou a lei penal material. É o que ocorre, por exemplo, com a perícia a que se refere o art. 171, CPP, voltada, sem dúvida, para o furto qualificado (art. 155, § 4º, I e II, terceira figura, CP). Embora evidenciado o furto, para o reconhecimento da qualificadora torna-se necessário o exame excogitado na lei processual. Sem ele, o tipo qualificado não pode merecer reconhecimento.

4. Nosso Código previu o exame de corpo de delito no art. 158, ao registrar que nos crimes (*rectius*, infrações penais) que deixam vestígios será **indispensável** o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo, sequer, a confissão do acusado (destaque meu). Além disso, fez do aludido dispositivo uma norma perfeita, ao erigir à categoria de nulidade absoluta a falta daquele exame (art. 564, inciso III, letra "b", CPP), ressaltando, apenas, a situação peculiar contemplada no art. 167 do mesmo diploma processual.

Em outra ocasião, a lei adjetiva vislumbra no exame de corpo de delito verdadeira condição especial de procedibilidade para o exercício da ação penal. Tal se dá nos crimes contra a propriedade imaterial (art. 525 do CPP), ao assinalar que, se o crime deixar vestígio, a queixa ou a denúncia não poderá ser recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito.

De outra feita, exigiu, para efeito de lavratura do auto de prisão em flagrante e do **oferecimento da denúncia**, o laudo de constatação da natureza da substância entorpecente apreendida (art. 22, § 1º da Lei 6368/76). Trata-se, é certo, de laudo provisório visando a respeito da materialidade do crime mas que funciona como verdadeira condição especial para o exercício da ação penal por parte do Ministério Público. É a constatação, advinda da própria lei, da regra *actio non datur nisi constet de corpore delicti*.

Portanto, vê-se, com facilidade, que a lei processual, seja ela comum seja ela especial, emprestou ao exame de corpo de delito relevância desmesurada, exigindo, assim, que o assunto deva ser estudado e mensurado com o destaque que o próprio direito positivo dedicou àquela perícia. Cumpre, pois, examinar os diversos textos legais para, em função do que deles se possa extrair, chegar a algumas conclusões relevantes a respeito do *thema*.

5. Quando uma infração penal deixa vestígios?

Há *facta permanentes e facta transeuntes*;⁽³⁾ os primeiros fatos deixam vestígios, os últimos não. Quando uma infração penal apresenta vestígios constatáveis materialmente ela se enquadra nos fatos não-passageiros. Estes não são transeuntes. É o caso do homicídio, por exemplo, em que o cadáver surge como prova material do crime. Em tal hipótese, o exame se fará sobre o próprio corpo de delito, por meio de uma perícia denominada necrópsia.

Já uma injúria verbal, em regra, não deixa vestígios. É viandante. Convém ponderar que, com o avanço da ciência e da tecnologia, torna-se possível gravar a voz do agente, caso em que se terá evidenciado materialmente o crime em questão. É o caso, por exemplo, da injúria perpetrada pelos veículos de comunicação (rádio, televisão, etc.) ou em uma solenidade pública, ou, ainda, em um comício eleitoral. Pode ocorrer, também, que o crime contra a honra seja praticado por meio da imprensa escrita (jornal, revista etc.), deixando, em consequência, vestígio.

Reza o art. 158 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” (destaque meu). Dúvida não há a respeito do que seja exame direto, isto é, aquele levado a efeito sobre próprio corpo de delito.

Porém, a lei alude, também, ao exame indireto (art. 158), não dizendo em que ele consiste nem como deve ser feito. Daí, a regra do art. 167, CPP, comumente indicada como representativa do exame indireto e que, em boa técnica legislativa, não deveria constar como um dispositivo insulado no capítulo das perícias, mas sim integrar um parágrafo do aludido art. 158, CPP, pois que, com ele, guarda compasso. Atenderia, assim, de melhor forma, ao que o legislador pretendeu.

Vale ponderar, no entanto, que o disposto no art. 167 constitui verdadeira excrescência, pois o exame de corpo de delito, como perícia que é, integra a chamada prova técnica, ao passo que a testemunha a que se refere o referido dispositivo pertence ao ramo das provas orais.

Tornaghi,⁽⁴⁾ com a sensibilidade jurídica que lhe é peculiar, teve a oportunidade de assinalar:

“o exame indireto não é o puro e simples depoimento das testemunhas. Esse será sempre e apenas depoimento! Se não se lhe juntar a elaboração pericial, não será perícia.”

E conclui, de forma taxativa, que “a prova testemunhal de que falam os arts. 564, III, “b”, 167 e 168 § 3º, a rigor é maneira de o exame de corpo de delito,

⁽³⁾ Carrara, *Programma*, Parte Geral, vol. 01, pág. 97.

⁽⁴⁾ Helio Tornaghi, *Compêndio de Processo Penal*, vol. 02, pág. 732, Tomo II, José Konfino Editor, 1967.

permitida expressamente pelo Código, mas não é exame indireto, embora possa ensejar ao perito o exame indireto.”⁽⁵⁾

Portanto, em boa técnica, o chamado exame indireto só poderia valer como tal se, após a fala das testemunhas (prova oral), os peritos, examinando os depoimentos, pudessem, em laudo pericial (prova técnica) chegar a uma conclusão a respeito da evidência ou não da materialidade do crime.

Assim, *verbi gratia*, se a testemunha descrever a ferida que o ofendido sofreu em razão da agressão sofrida, os peritos, com base no depoimento da testemunha, poderão chegar a uma conclusão a respeito da evidência material do crime de lesões corporais.

Sem embargo de tal colocação da matéria, o Pretório Excelso, em mais de uma manifestação, atendo-se à letra da lei (art. 167, CPP), tem manifestado entendimento que nos crimes materiais, de conduta e resultado, desde que desaparecidos os vestígios, basta a prova testemunhal para suprir o auto de exame de corpo de delito direto. Refere-se, sempre, à prova testemunhal supletiva, sem alusão expressa à necessidade de perícia roborando o que a testemunha afirmou. (cf. RECrim. 85.089, DJU, 19/11/76, p. 10033 e RHC 52.809, DJU, 17/10/74, p. 7670.)⁽⁶⁾

Na realidade, o legislador enredou-se em contradição; de um lado admitindo a prova testemunhal como capaz de suprir o exame direto (art. 167, CPP) ao passo que do outro repudiando a confissão como meio supletivo daquele mesmo exame (art. 158 do CPP). Ora, tanto a prova testemunhal como a confissão são espécies do gênero prova oral.

Por que estranha lógica adotou dois pesos e duas medidas?

Em que caso, então, se dará o exame indireto?

Segundo dispõe o art. 167, CPP, quando houverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhes a falta. Resta observar que o mesmo dispositivo alude, em seu proêmio, que “não sendo possível o exame de corpo de delito...” Ora, tal colocação do legislador vem ao encontro do que ficou dito linhas acima no sentido de que a prova testemunhal, por si só, não é exame de corpo de delito. Se esta não fosse a intenção do legislador, incumbiria à lei dizer: “não sendo possível o exame de corpo de delito **direto**...” Só assim estaria explicada a dicotomia estabelecida no art. 158, onde se adota, de forma explícita, o exame direto e o indireto.

Vê-se, assim, que o legislador não primou pela boa técnica ao tratar do exame de corpo de delito nos dois dispositivos onde, de forma específica, dele se ocupou.

⁽⁵⁾ Helio Tornaghi, *Compêndio de Processo Penal*, vol. 02, pág. 732, Tomo II, José Konfino Editor, 1967.

⁽⁶⁾ Referências à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal *apud* Código de Processo Penal Anotado, Damásio Evangelista de Jesus, pág. 140, Editora Saraiva, 1994.

Quando caberia o exame indireto?

Segundo dispõe o art. 167, do CPP, quando os vestígios desaparecerem é que o exame indireto tem lugar. Cabe, aqui, uma colocação que me parece oportuna: os vestígios a que se refere a lei processual são aqueles que **nunca** existiram, isto é, que jamais foram demonstrados nos autos do processo, bem como, aqueles que, embora pudessem ser apurados na época oportuna, por fás ou por nefas, não o foram. Ao exemplo: Tício agride a Caio, causando-lhe lesões corporais. O ofendido não comparece ao órgão competente para submeter-se ao devido exame direto. Indaga-se: tem incidência a regra do art. 167 da lei instrumental penal? Penso que sim. O exame indireto terá lugar muito embora pudesse ser realizado o direto caso o ofendido fosse submetido ao respectivo exame pericial. Portanto, *in casu*, a regra do art. 167 do CPP tem plena aplicação, quer a vítima tenha, desde logo, desaparecido, tomando rumo ignorado, e nunca tenha sido encontrada, quer tenha ela, por negligência ou outra razão qualquer, deixado de comparecer ao exame direto. Diga-se o mesmo em relação ao exame indireto de coisa. Esta pode nunca ter sido encontrada ou, embora localizável à época do fato, tenha, ao empós, desaparecido.

Outra questão que se põe relaciona-se com a prova testemunhal. O art. 167 alude à "prova testemunhal" sem fazer qualquer referência ao número de testemunhas. Assim, basta uma só testemunha para suprir a falta da prova material, desde que ela descreva, com exatidão, a natureza e a sede das lesões, caso se trate, por exemplo, de um crime de lesões corporais. Mas é preciso que seu depoimento seja, na medida do possível, suficientemente esclarecedor e preciso a respeito da prova material do crime. E a razão está em que se o art. 160 da lei processual básica exige que os peritos descrevam, minuciosamente, no laudo pericial, a coisa ou a pessoa examinada, é evidente que o depoimento da testemunha não pode ser vago ou com referências imprecisas a respeito da materialidade da infração penal.

Outra observação que se faz necessária em relação ao exame indireto decorre da circunstância de que nem sempre ele poderá ter aplicação. Suponha-se, por exemplo, uma acusação por porte de substância entorpecente em que o tóxico não tenha sido apreendido para o fim de ser submetido ao competente exame direto. Será muito difícil sustentar-se uma denúncia com base, apenas, na prova testemunhal, à falta do laudo de constatação exigido pela lei de tóxicos (art. 22, § 1º). Ela estaria fadada ao insucesso. E, *a fortiori*, eventual condenação que resultasse de tal ação penal seria, sem dúvida, temerária, ensejando pronta reforma por parte do segundo grau de jurisdição quando do julgamento do eventual apelo.

Aliás, tomando por base a mesma Lei Antitóxicos, há uma hipótese em que o exame de corpo de delito, direto ou indireto, torna-se despicendo. Ela vem prevista no art. 14 da Lei 6.368/76 que cogita da associação criminosa, de forma reiterada ou não, de duas ou mais pessoas para o fim de praticar qualquer dos crimes previstos nos artigos 12 e 13 da lei em questão. Trata-se, como sabido, de crime de perigo, que independe de resultado. O Superior Tribunal de Justiça, examinando a questão, en-

tendeu dispensável o exame de corpo de delito por tratar-se de infração penal que não deixa vestígios. (STJ, RT 698/402.)⁽⁷⁾

Ainda em tema do exame indireto, torna-se indispensável fazer reparo à opinião, sem dúvida respeitabilíssima, do ilustre Eduardo Espínola Filho. Com efeito, salienta o saudoso jurista que a testemunha, caso fique impedida de comparecer a juízo, tal fato, por si só, não inibe o Juiz de atender a esse depoimento quando o reputa bastante para formar a sua convicção.⁽⁸⁾ Na verdade, como já ressaltado nestas linhas, a prova testemunhal integra a prova oral e, como tal, só vale na medida em que fique sujeita à jurisdicionalização. Em outras palavras: se o testemunho a respeito da materialidade do fato não demonstrar, em juízo, sob o crivo do contraditório, o vestígio sensível do fato criminoso de **nada** valerá como prova, ainda que, na fase extrajudicial, fosse satisfatório.

6. Chega-se, agora, ao ponto nodal de nosso estudo, qual seja o de determinar até que ponto a regra constante do art. 158 da lei processual básica tem sentido diante do sistema de persuasão racional. Como salientado, no início destas linhas (1, *supra*), o *thema* exige análise diante de um contexto em que nenhuma prova tem valor absoluto ou mais prestígio do que outra, tendo em conta que o Código dos anos 40 substituiu o critério da avaliação legal pelo da valoração motivada do Juiz. Dessa maneira, o Juiz encontra-se livre de amarras para decidir, ao contrário do que se dava no sistema da certeza legal.

Ora, o mandamento legal do art. 158 do CPP, ao tornar **indispensável** o exame de corpo de delito nas infrações penais que deixam vestígios, não podendo supri-lo, sequer, a confissão do acusado, afastou-se, sem sombra de dúvida, do sistema da livre convicção motivada, para constituir reminiscência inaceitável do superado sistema da certeza moral do legislador.

Já anotara tal absurdo o príncipe dos processualistas brasileiros, o saudoso professor **José Frederico Marques**, em seus preciosos *Elementos*.

Permito-me repetir suas sábias observações:

“Na verdade, fora do sistema da prova legal, só um Código como o nosso, em que não há a menor sistematização científica, pode manter a exigibilidade do auto de corpo de delito sob pena de considerar-se nulo o processo. Que isso ocorresse ao tempo da legislação do Império, ainda se compreende. Mas que ainda se consagre tal baboseira

⁽⁷⁾ Referência à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça *apud* As *Nulidades no Processo Penal*, **Ada Pellegrini Grinover**, **Antonio Scarance Fernandes** e **Antonio Magalhães Gomes Filho**, pág. 129, Malheiros Editores, 4ª Edição.

⁽⁸⁾ **Eduardo Espínola Filho**, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. 02, pág. 465, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1965, Sexta Edição.

num estatuto legal promulgado em 1941, eis o que não se pode explicar de maneira razoável.”⁽⁹⁾

Com efeito, ao lado da balbúrdia legislativa com que o assunto foi tratado na lei processual penal, como já assinalado (5, *supra*), o art. 158 do CPP, completando a série de desatinos do legislador, repete uma disposição peculiar ao sistema das provas legais, mas destituída de sentido no sistema da livre convicção motivada do Juiz. Aliás, o referido dispositivo deve ser conjugado com outros dois: os arts. 167 e 564, inciso III, letra “b” do mesmo Código. A conjugação desses três dispositivos constitui verdadeira excrescência que faz tábula rasa do sistema do livre convencimento e do princípio da verdade real. Isto significa, como salienta Frederico Marques, “que se o réu confessar o crime e a confissão vier corroborada por indícios, não pode ele ser julgado pois o processo está nulo por falta de exame de corpo de delito direto ou indireto.”⁽¹⁰⁾

O absurdo da orientação seguida pelo Código atual já fora posto em relevo, mesmo ao tempo da legislação anterior, por **Costa Manso**, ao assinalar em passagem inspirada:

“Qual o efeito da falta ou da nulidade do auto de corpo de delito? Parece-me claro que esse documento não constitui uma formalidade essencial do processo. É simples meio de prova, que, como acima ficou dito, pode ser suprido por provas de outro gênero. A falta ou defeito do auto, portanto, deve dar lugar não a que o processo seja **anulado**, mas a que recorra o Juiz a outros elementos de convicção, e não os encontrando suficientes, declare **não provado** o crime.” (destaques meus.)⁽¹¹⁾

Aliás, desde que se examine, com cuidado, as diversas regras traçadas em nossa lei processual em matéria de perícia, ora versando sobre o *corpus criminis* ora tratando a respeito do *corpus instrumentorum*, vê-se, com facilidade, que a lei, embora proscurendo o sistema da prova legal, especificou uma série de preceitos, descendo a minúcias desnecessárias próprias daquele regime mas perfeitamente desprezíveis dentro do sistema da persuasão racional. Basta ler os textos legais dos arts. 162, 168, 171 e 173 do CPP. É por tal razão que o insigne José Frederico Marques, examinando a matéria, critica, sem meias-palavras, “a técnica obsoleta do Código, que, nessa matéria de corpo de delito, se mantém constantemente fiel ao princípio da prova legal contra cujos postulados, em outras passagens, investe decididamente.”⁽¹²⁾

⁽⁹⁾ José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, pág. 365, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro-São Paulo, 1961.

⁽¹⁰⁾ José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, pág. 365, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro-São Paulo, 1961.

⁽¹¹⁾ Costa Manso, *O Processo na Segunda Instância*, 1923, pág. 501, *apud op. cit.* de José Frederico Marques, pág. 365.

⁽¹²⁾ José Frederico Marques, *in op. cit.*, pág. 367.

Grande verdade!

Basta ler a “Exposição de Motivos” do CPP, no capítulo destinado às provas (VIII), onde está dito:

“ O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da **certeza legal...**”

Como conciliar tal afirmação com os dispositivos legais que vimos examinando?

Como?

7. Se o mandamento legal do art. 158 do CPP é, sem dúvida, incompatível com o sistema da livre convicção motivada esposado pela nossa lei processual, resta indagar se ele, em face da nova ordem constitucional instaurada em 1988, guarda compatibilidade com a Lei Maior.

Recentemente a matéria veio à baila no julgamento do *Habeas Corpus* nº 1.394-2-RN pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro.⁽¹³⁾ O julgado em questão, de rara importância, não tem merecido o devido destaque, já que inova substancialmente em matéria da maior relevância para o processo penal, podendo, no futuro, uma vez consolidada tal jurisprudência, mudar, por completo, os rumos até aqui predominantes em sede jurisprudencial, em matéria de exame de corpo de delito.

Com efeito, ficou assinalado no aludido acórdão que a Constituição da República resguarda serem admitidas as provas que não forem proibidas por lei, ficando, assim, afetada a cláusula final do art. 158, CPP, de que a confissão não seria prova idônea para suprir a falta de exame de corpo de delito. Tudo que for lícito, *ipso facto*, servirá para projetar a verdade real.

O julgamento em tela envolve tema de grande repercussão e inova quando enfrenta a questão à luz da Constituição Federal de 1988.

Sustenta o voto do eminente Relator, acolhido à unanimidade, que o Código de Processo Penal, vigente desde 1942, foi promulgado à época da Carta Política de 1937, impondo-se, por tal razão, reelaborar a interpretação de seus dispositivos consoante a nova ordem constitucional.

Cita, em prol da posição sustentada, o moderno Código de Processo Penal português, que, em seu artigo 125, estabelece:

“São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.”

⁽¹³⁾ Acórdão publicado na “Revista do Superior Tribunal de Justiça”, nº 55, de março de 1994, págs. 67/70. Ementa publicada no “Boletim da Procuradoria-Geral de Justiça” do Rio de Janeiro (nº 02 - abril-junho - 1995).

- E pasmem! - invoca a palavra de **Mittermayer**, em doutrina mais que centenária, onde o pioneiro no estudo das provas no processo penal ensinava que “o corpo de delito pode muito bem ser provado pela confissão do indiciado.”

Portanto, somente um Código sem técnica e sem sistema como o nosso, é que poderia reproduzir regra tão estapafúrdia como a do art. 158.

Vale registrar que o Código de Processo Civil, de técnica mais refinada, estabelece que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos...” (art. 332).

Assim, por simples integração analógica extraída do diploma processual civil (art. 3º, CPP), seria possível vislumbrar-se o absurdo lógico da limitação constante do art. 158.

Agora, no entanto, diante da nova ordem constitucional, parece-me que o assunto não comporta tergiversação.

Na realidade, estabelece o art. 5º, inciso LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

É preciso que se entenda, desde logo, que prova ilícita, na linguagem da Constituição Federal, abrange, também, as provas ilegítimas, pois toda prova ilícita é ilegítima; a recíproca, porém, não é verdadeira. Ambas são provas ilegais, mas enquanto as primeiras (provas ilícitas) importam em violação do direito material, as provas ilegítimas violam leis processuais. Assim, por exemplo, uma confissão obtida mediante tortura seria uma prova ilícita, por violar a Constituição Federal (art. 5º, III) e, da mesma forma, o Código Penal (art. 146). Já em se tratando de prova ilegítima a única sanção decorrente da sua produção será a nulidade do ato. Suponha-se que um réu menor tenha sido interrogado em juízo sem a presença de curador. Tal prova seria ilegítima nos termos do art. 194 c/c 564, inciso III, letra “c”, CPP. A prova ilegítima pode convalescer nos casos em que a lei admite (arts. 571 e 572, CPP). Já uma prova obtida por meio ilícito jamais será admitida no processo.

Ora, se a confissão é meio de prova legítimo, pois contemplada expressamente na lei processual (art. 197 a 200, CPP), por que não poderia ela suprir o exame de corpo de delito?

Por quê?

8. A recente Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, dando um passo à frente e libertando-se de velharias absurdas, estabelece, em seu art. 77, § 1º, que o Ministério Público, para o oferecimento da denúncia, não dependerá do exame de corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim de socorro médico ou prova equivalente.

Faltou coragem ao legislador para dizer que igual regra deve presidir o julgamento do feito criminal. Tal omissão levou a que doutrinadores do porte de **Ada**

Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flavio Gomes limitassem a dispensa da prova pericial comprobatória da materialidade delitiva ao momento do oferecimento da acusação, salientando que os arts. 158 e 564, III, "b", CPP não estão revogados, devendo o Ministério Público providenciar a juntada do laudo aos autos antes da sentença final. ⁽¹⁴⁾

Não me parece assim. Se a Lei 9.099/95 orientou-se pelo princípio da **informalidade** (art. 62) e se, em relação a ela, aplicam-se **subsidiariamente** as disposições do Código Penal e do **Processo Penal** (art. 92), no que não forem incompatíveis com a mesma, não vejo qualquer razão, para tal afirmação, diante de tudo que ficou exposto em relação ao exame de corpo de delito no Código de Processo Penal. Aliás, se o princípio é o da informalidade, por que deveria o Juiz deixar de lado a prova da materialidade somente porque em relação a ela não veio ao processo laudo técnico? Suponha-se que, em um acidente de trânsito, o ofendido, por qualquer motivo, não tenha comparecido ao competente exame de corpo de delito em estabelecimento oficial, mas que exista nos autos, prova inequívoca das lesões por ele sofridas no desastre através de boletim de socorro médico do hospital onde foi socorrido. Por que exigir-se, na fase da sentença, o laudo oficial para a prova da materialidade, pena de nulidade?

Tal posicionamento, à toda evidência, não se concilia com a informalidade que a Lei 9.099/95 teve em mira resguardar.

9. Se o sistema de prova adotado em nosso Código de Processo Penal é o da livre convicção motivada, é chegado o momento de dar um basta a certas normas que só impedem a busca da verdade real. As linhas aqui traçadas não alimentam outra pretensão que não seja a de dimensionar o exame de corpo de delito dentro do sistema de provas em que ele se encontra inserido (1, *supra*).

Não se vislumbre nessas despreziosas observações, o intuito de minimizar o exame de corpo de delito. Trata-se, ao revés, de perícia da maior relevância no objetivo de demonstrar o elemento material da infração penal e que, **sempre que possível**, deve ser realizada. Porém, o que se pretendeu dizer é que sua indispensabilidade é um mito destituído de sentido técnico no processo penal moderno.

⁽¹⁴⁾ **Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flavio Gomes**, *Juízados Especiais Criminais - Comentários à Lei 9.099, de 26.09.95*, pág. 142, Editora Revista dos Tribunais.

* **Sergio Demoro Hamilton** é Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Professor Titular de Processo Penal na Faculdade de Direito da Universidade Santa Úrsula, Ex-Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis (1962-1974), Ex-Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito Gama Filho (1970-1978) e Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB.