

A INDISPENSABILIDADE DA REGRA DO ARTIGO 158 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

The indispensability of the rule of article 158 of the Brazilian criminal procedure code

¹Nathália Victor de Medeiros

² Carlos Henrique Passos Mairink

Resumo: Este trabalho teve por objetivo apresentar um estudo sobre a indispensabilidade da regra do artigo 158 do código de processo penal brasileiro. Será discutido ao longo da pesquisa sobre a importância da perícia e a confecção do laudo pericial quando a infração deixar vestígios, possibilitando um melhor julgamento e racionalização do juiz diante dos fatos ocorridos, podendo o laudo ser feito diretamente ou indiretamente, correlacionados com a criminalística a constituição dos fatos. No que condiz com o objeto, a criminalística se traduz em todos os vestígios sendo tudo o que é encontrado no local do crime, sendo estudado e interpretado pelos peritos, para que possa se obter prova de forma imparcial a apontar com maior precisão a autoria e a materialidade do crime, aplicando o princípio constitucional do contraditório e ampla defesa ao acusado. Por fim, o estudo possibilitou uma visão crítica acerca do exame de corpo de delito como uma ferramenta essencial na busca da verdade jurídica.

Palavras-chave: Indispensabilidade. Artigo 158 do CPP. Processo Penal.

¹ Aluna Graduando do 10º período noite do curso de Direito da Faculdade Minas Gerais – FAMIG.

² Professor Orientador do Presente Trabalho de Conclusão de Curso da Faculdade Minas Gerais – FAMIG.

Abstract: This work aimed to present a study on the indispensability of the rule of article 158 of the Brazilian criminal procedure code. It will be discussed in the course of the research on the importance of the expertise and the preparation of the expert report when the infraction leaves traces, enabling a better judgment and rationalization of the judge in the face of the facts that have occurred, and the report can be made directly or indirectly, correlated with the criminal a constitution of facts. As far as the object is concerned, criminalistics is translated into all traces, everything that is found at the crime scene, being studied and interpreted by the experts, can be transformed into evidence applying the principle of contradictory and broad defense of the accused. Finally, the study provided a critical view of the examination of the body of crime as an essential tool in the search for legal truth.

Keywords: Indispensability. Article 158 of the CPP. Criminal proceedings.

INTRODUÇÃO

O objetivo central do trabalho é apresentar um estudo sobre a aplicabilidade do artigo 158 no Código de Processo Penal, que consiste na sua obrigatoriedade de realização do exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios. É certo que, diante de uma infração penal, toda conduta que esteja tipificada na legislação como ilícita e atribuída ao agente sua culpabilidade de ter ou não praticado o ato se faz necessário para melhor elucidação dos fatos a necessidade de confecção do laudo pericial. Abordaremos também a sua oposição ao princípio constitucional do livre convencimento motivado e da liberdade probatória.

Como problema de pesquisa a não operabilidade deste artigo prejudicaria ao acusado em que se pese no seu direito do contraditório e ampla defesa das alegações feitas em ocorrência, seja pelo policial, testemunha e a apreensão de possíveis provas, teria maior segurança ao julgamento e auxiliaria ao juiz em seu trabalho para resolução dos fatos e impedindo que ocorresse a nulidade na ausência do laudo pericial pela ineficiência de provas no início do processo penal.

Para melhor entendimento das questões controversas, será abordado neste trabalho, a evolução do sistema de provas legais, ou prova tarifada ao atual sistema de persuasão racional, e o rito anterior básico a apreciação do artigo 158 e quais sejam os elementos necessários a confecção do laudo pericial, discutir o tema de forma teórica e prática através da metodologia de pesquisa qualitativa dissertativa.

Na tentativa de formular algumas hipóteses e possíveis soluções, a presente pesquisa foi dividida em sete seções. Inicia-se no primeiro capítulo um breve posicionamento histórico do surgimento e evolução da criminalística no Brasil. No segundo capítulo, uma abordagem sobre os Elementos da Prova Pericial e Vestígios, entre definição pormenorizada do significado dos elementos da prova pericial, quais sejam, vestígios e indícios dentro da criminalística.

O terceiro capítulo é sobre Corpo de Delito e local do crime. Uma explicação detalhada do que é corpo de delito e a sua corporificação através do exame de corpo de delito ou laudo pericial. Já o quarto capítulo aborda de forma sucinta os

profissionais que atuam diretamente com a criminalística judicial, os tipos de peritos e quantidade necessária, dentro do ordenamento processual penal. E no quinto, uma abordagem doutrinária e legal do Livre convencimento motivado e hierarquizado das provas. E para apresentar a análise crítica desta pesquisa, o sexto capítulo abordando as consequências da não aplicação do artigo 158 do CPP. E por último a conclusão.

1 - A PROVA PERICIAL

1.1 – Criminalística evolução histórica e conceituação

Antes do século XX toda investigação Florence era realizada apenas pela medicina legal, ou seja, pelo profissional formado em medicina. Este profissional era responsável em manter a integridade da vítima tanto viva ou morta, o local do crime, as características do delito, isolamento e preservação do local do crime, incumbindo-lhe boa parte da investigação, sendo o único detentor de conhecimento técnico para elucidação do crime, pois até então não existia a denominação de perito criminal.

Com o avanço técnico científico, demonstraram a necessidade da criação de uma disciplina própria para fazer o estudo e desenvolvimento investigativo das provas ali existentes, obtivemos também o surgimento de ciências importantes para o saber criminal, física, biologia, química etc.

Contudo, nos dizeres de Tocchetto:

Com o advento de novos conhecimentos e o conseqüente desenvolvimento das áreas técnicas, como a física, biologia, química, matemática, toxicologia, engenharia entre outras, tomou-se essencial a criação de uma nova disciplina para pesquisa, análise e posterior interpretação dos vestígios materiais encontrados em locais de crime, tornando-se, assim, fonte de apoio à polícia e à justiça (TOCCHETTO, 1995, p.5).

E surge assim, de acordo com Tocchetto (1995) a criminalística, como uma disciplina independente em sua ação, do mesmo modo como as demais que a constituem. Durante pesquisa da evolução da matéria, buscou personalizar essa nova disciplina, até então desconhecida, como criminal, polícia técnica, policiologia, polícia judiciária, criminalística dentre outras, as quais se compunham das áreas

afins: química, física, biologia, engenharia e matemática forense entre outras. Aplicando os dados fornecidos por estas ciências e utilizando-se dos próprios métodos inerentes destas ciências.

O Austríaco Hans Gross, juiz de instrução e professor de direito penal, em 1893, na Alemanha, foi o primeiro a utilizar o termo Criminalística, ao publicar, ao seu livro como sistema de criminalística, manual do juiz de instrução, destarte os que se filiam à escola alemã preferem o nome de criminalística.

A criminalística, ciência autônoma teve sua primeira conceituação em 1947, no primeiro Congresso Nacional de Polícia Técnica, sendo caracterizada como disciplina que tem por objetivo o reconhecimento e a interpretação dos indícios sejam eles extrínsecos relativos ao crime ou a identidade do criminoso e os vestígios intrínsecos ao qual é interligada a pessoa, corpo, sendo alcançado pela medicina legal.

A criminalística se sobrepõe em uma dinâmica que não se esgota apenas na fria e estática narrativa dos fatos, analisando desde a cena do crime, o fato gerador e os sinais ali perpetrados seja na vítima ou objeto utilizado no crime.

Domingos Tocchetto, traz em sua obra *Tratada de Perícias Criminalísticas*, a conceituação feita pelo renomado mestre e perito criminalístico do Rio Grande do Sul, professor da matéria Eraldo Rabello, que define criminalística como:

Disciplina autônoma, integrada pelos diferentes ramos do conhecimento técnico científico, auxiliar e informativa das atividades policiais e judiciais de investigação criminal, tendo por objetivo o estudo dos vestígios materiais extrínsecos à pessoa física, no que tiver de útil à elucidação e à prova das infrações penais e, ainda à identificação dos autores respectivos (TOCCHETTO, 1995, p6.).

Pode se verificar tratar-se de uma conceituação abrangente, em que são enquadrados todos os aspectos estruturais, funcionais e dinâmicos da matéria, fazendo jus à explicação.

1.1.1 Composição da criminalística

Todos os subsídios técnico-científicos são fornecidos pelos mais variados ramos do conhecimento científico do qual se vale, como a toxicologia, física, química, matemática, biologia, zoologia, mineralogia, botânica, astronomia, entre outros. Partindo dessa necessidade ampla de diversificação de utilização dos mais variados ramos do conhecimento é que a classe dos peritos criminalísticos ou peritos criminais (denominações variadas pelo país) recrutam profissionais, por exemplo, da área de farmácia para realização de exames, especialmente os laboratoriais, nas mais diversas áreas de engenharia, para exames que envolvam construções, trânsito, metalúrgica, redes de eletricidade, entre outros, de química, ciências contábeis.

Estas técnicas são particularizadas dentro a categoria de peritos criminalísticos, sendo tais, denominados funcionais, em algumas unidades da federação, classificadas como peritos criminalísticos, na área de perícias em geral, peritos criminalísticos químicos e peritos criminalísticos engenheiros, havendo, ainda nos quadros de instituições especializadas na elaboração dos criminalísticos, os primeiros, responsáveis pelos processos de identificação da população humana através das papilas dérmicas, que são as impressões plantares, palmares e digitais, e os segundos encarregados da importante arte de objetivar, perpetuar e demonstrar as provas fotográficas dos vestígios criminalísticos, tanto de peças em laboratório (macro e microfotografias), como de fotografias em locais de crimes, sendo a estes profissionais do serviço público especializados em criminalística, fornecidos todos os aspectos criminalísticos ou judiciários, probantes, de cada fotografia.

1.1.2 Relação da disciplina com a investigação policial

A criminalística e as atividades policiais e judiciais estão interligadas mesmo que seja em sua proporcionalidade, pois ela traz uma gama de subsídios que norteiam a investigação policial atribuindo esclarecimentos através do exame e confecção do laudo pericial onde a infração penal deixar vestígios, realizando a captação e no acondicionamento destes, na identificação dos mesmos, sua origem e a vinculação a possíveis instrumentos utilizados no crime.

1.1.3 Utilidade criminalística

Referentemente ao último aspecto focado na conceituação do assunto, qual seja, o caráter utilitário da disciplina, ou seja, a fundamentalidade e funcionalidade do conceito, de vez que sempre que, pelas infrações penais, segundo expressa determinação do Código de Processo Penal, restarem vestígios materiais, o concurso da criminalística se fará necessariamente presente para, através dos exames dos locais de crime, da análise, pesquisa, interpretação que os vestígios possibilitem, atuando como testemunhas mudadas para que ocorra a constituição dos fatos e desencadeie a participação detalhada de todos os atos que ali se sucederam de quaisquer personagens, que sejam as vítimas, que sejam os autores, ou mesmo, as testemunhas. Para que, à luz da justiça, possam ser apreciados, em seus devidos parâmetros, seus verdadeiros valores de defesa e acusação; ainda pelos exames destes locais, há a possibilidade e necessidade de não se chegar apenas a identificação do(s) criminoso(s), como também, e principalmente, às provas irrefutáveis de sua culpabilidade, vinculando-o, definitiva e inofismavelmente, ao fato investigado, a fim de que, mais tarde, em outros estágios do processo, até mesmo uma confissão de autoria de delito não possa ser modificada, ou até negada (TOCCHETTO, 1995).

2 ELEMENTOS DA PROVA PERICIAL VESTÍGIOS E INDÍCIOS

Em uma análise leiga em criminalística, depreende-se que vestígios e indícios praticamente se constituem em sinônimos, uma vez que “vestígio é sinal que o homem ou animal deixa com seus pés no lugar onde passa rastro, pegada, pista” (Ferreira, 1986, p. 1771). Contudo sob o enfoque criminalístico, há que se considerar a perfeita delimitação e diferenciação entre cada um dos vocabulários. Desse modo, com base em Tocchetto (1995), qualquer marca fato, sinal, que venha a ser detectado em local onde tenha sido praticado um fato delituoso é em princípio um vestígio, que por mais insignificante que possa parecer, não deverá ser desconsiderado uma vez que poderá atingir um alto valor no desenvolver dos exames. Assim sendo, de acordo com Porto (1969), se tal vestígio, após devidamente analisado, interpretado e associado com os minuciosos exames

laboratoriais, somado a dados da investigação policial do fato delituoso, poderá ter estabelecido sua inequívoca relação com o mesmo e com as pessoas com este envolvidas, transformando-se assim em indício.

Pode-se citar como exemplo, conforme Porto (1969), projéteis encontrados em local do crime contra a vida perpetrado por arma de fogo, enviados ao laboratório de balística, estes, em princípio, são considerados vestígios, contudo, conjugado com a investigação policial efetivada com o envio da arma suspeita, poder-se-á realizar exames de microcomparação balística, convertendo os vestígios em indícios, ou em prova indiciária, bem como sangue de vítima sem identificação, de homicídio perpetrado com violência.

Atesta-se desta forma, com muita precisão, propriedade e simplicidade o mestre professor Gilberto Porto, “o vestígio encaminha; o indicio aponta” (Porto, 1969, p.53), podendo-se desse modo definir que indícios são todos os vestígios cuja relação com a vítima, com o suspeito ou com o fato foi estabelecida.

3 CORPO DE DELITO LOCAL DO CRIME

Conforme Tocchetto (1995) o conhecimento do verdadeiro conceito de local do crime e de sua importância para elucidação e prova do fato, remete à amplitude da área física abrangente, à proteção da totalidade dos vestígios, todos relacionados com o fato a ser periciado.

Nos dizeres de Grego Filho (1998) a expressão corpo de delito ou local de crime possui dos sentidos; num sentido mais abrangente, ou histórico, tem-se que o corpo de delito é a própria infração no que ela tem de exterior, confundindo-se com a conduta criminosa; no significado técnico-processual, corpo de delito é o conjunto de modificações físicas do mundo exterior, provocados pela ação delituosa, ou seja, os vestígios deixados pela infração, neste sentido Fernando Capez, o corpo de delito é o próprio crime em sua tipicidade (CAPEZ, 2003, p.275).

Segundo Mirabete (2005), o local de crime ou corpo de delito é o conjunto de vestígios materiais advindos da infração penal, ou seja, a materialidade do crime,

aquilo que se vê, apalpa, sente, em suma, tudo que se pode ser examinado através dos sentidos, abrangendo a porção do espaço compreendida num raio que tem por origem o ponto no qual é constatado o fato, se estendendo a todos os lugares em que aparentemente, necessária ou presumivelmente, hajam sido praticados, pelo criminoso, ou criminosos, atos materiais, preliminares ou posteriores à consumação do delito, e com este esteja diretamente relacionado.

3.1 O exame do corpo de delito laudo pericial

De acordo com Oliveira (2004), deixando vestígios à infração deverão ser objeto de prova pericial a materialidade do delito, bem como a extensão de suas consequências a serem realizadas diretamente sobre o local do crime ou corpo de delito, ou não mais sendo possível, pelo desaparecimento inevitável dos vestígios de maneira indireta, sendo pertinente à colocação de Vicente Greco Filho, “o exame de corpo de delito é a constatação pericial dos vestígios resultantes da conduta do núcleo do tipo penal” (GRECO FILHO, 1998, P.223).

Nesse sentido tem-se a abrangente conceituação feita por Fernando Capez:

É conjunto de vestígios materiais (elementos sensíveis) deixados pela infração penal, ou seja, apresenta a materialidade do crime. Os elementos sensíveis são os vestígios corpóreos perceptíveis por qualquer dos sentidos humanos (CAPEZ, 2003, p.275).

De acordo com Oliveira (2004) a corporificação da prova pericial se faz por meio da elaboração do laudo pericial (técnico), que se consiste em documento elaborado pelos peritos, no qual estes lançam o resultado do exame efetivado, fazendo constar o que observam e consignando suas conclusões, bem como respondendo aos questionamentos e esclarecimentos requeridos por meio de quesitos pelas partes e pelo juiz.

A legislação processual penal brasileira enumera duas possibilidades para a realização do exame de corpo de delito, sendo estas direta ou indiretamente.

De acordo com Oliveira (2004) o exame direto é feito sobre o próprio corpo de delito, em se tratando de infração penal que deixa vestígios, sendo este indispensável.

Necessário, segundo Greco Filho (1998), proceder à distinção entre a perícia que é o exame de corpo de delito e outras perícias importantes para o convencimento do juiz.

Tornando-se como exemplo as diversas perícias efetivadas no caso de homicídio perpetrado por arma de fogo; a saber: exame do local, exame de balística, exame necroscópico, exame de potencialidade da arma, exame de manchas de sangue, exame de absorção atômica ou resíduo gráfico de pólvora entre outros: qual o exame de corpo de delito, qual das perícias faltantes impede o julgamento válido e quais as que podem ser submetidas ao convencimento do júri, qual desses enseja a não aplicação da legislação pertinente. De acordo com o Manual de Processo Penal de Vicente Greco Filho, “o exame de corpo de Delito é constatação pericial dos vestígios resultantes da conduta núcleo do tipo penal” (GRECO FILHO, 1998, p.223), desse modo na hipótese sugerida o exame de corpo de delito, entre as demais perícias, é o exame de necropsia ou necroscópico, quanto à verificação e constatação da morte.

Contudo, conforme Mirabete (2005) nem sempre é possível o exame direto, pois por vezes as infrações não deixam vestígios, ou esses não são encontrados, ou desaparecem, uma vez que os vestígios de corpo de delitos são altamente perecíveis, ou precisam ser removidos para que a atividade habitual das pessoas volte a normalidade, forma-se então o corpo de delito indireto, sendo que este advém de um raciocínio dedutivo sobre um fato narrado por testemunhas, salientando, que de acordo com Capez (2003), se os vestígios desaparecem em virtude de inércia ou incúria dos órgãos policiais e judiciais, a menor segurança da prova pericial não pode ser carregada ao acusado. Exemplificando, se a vítima de furto manda consertar a janela arrombada, devido à desídia da autoridade policial, e por ocasião dos exames, não contam mais vestígios, a prova testemunhal não pode suprir a falta da perícia técnica, nos dizeres de Greco Filho:

O art. 167 do CPP, como uma exceção à garantia do acusado quanto à constatação dos vestígios por exame pericial, deve ser interpretado estritamente, impondo que se aplique, exclusivamente, à hipótese de desaparecimento natural, por ação do próprio acusado, e não por inércia dos órgãos de persecução penal que atuam contra o eventual réu (GRECO FILHO, 1998. P.222).

A respeito da impossibilidade da realização do exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, tratado no art. 167 CPP, tem-se de acordo com Capez (2003) duas possibilidades de interpretação:

a) Uma vez desaparecidos os vestígios, o juiz poderá considerar suprida a falta do exame de corpo de delito (laudo pericial) pela prova testemunhal, ou seja, depoimentos prestados em audiência.

b) O referido artigo, não determina que o juiz considere a prova testemunhal como substitutiva do laudo pericial (exame direto), mas sim, que os peritos elaborem um laudo indireto, tendo como base as informações prestadas pelas testemunhas, concretizando o exame pericial indireto.

Nesse sentido é mister o entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira (2004) O exame indireto será feito também por meio de peritos, só que a partir de informações prestadas por testemunhas ou pelo exame de documentos relativos aos fatos cuja existência se quiser provar. Quando então for exercerá e se obter apenas um conhecimento técnico por dedução.

4 PERITOS

Analisando o artigo 159 CPP e parágrafos, pode-se extrair do seu teor duas categorias de peritos, quais sejam, figura do Perito Criminal oficial, ou seja, aquele que detém a investidura do cargo de Perito Criminal, devidamente concursado e nomeado como funcionário público do Estado, e a segunda de Perito criminal “AD-HOC”, sendo aquele que detém, ou não, um cargo publico diverso, porém é designado para exercer, com preferência à aqueles que tiverem habilitação técnica relacionada com natureza do exame, as funções de Perito Criminal, com a devida prestação de compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

Consoante Tourinho Filho (2002) a iniciativa da pericia cabe à parte, ou autoridade judiciaria ou policial. Assim sendo é pertinente salientar, de acordo com Porto (1969) que via de regra, não são os peritos os primeiros a chegar em um local, é quase sempre – ou mesmo sempre – o agente de autoridade, que qualquer que seja a sua graduação ou categoria, nem sempre recebe o treinamento específico para a

preservação dos vestígios, sendo assim, é importante frisar que em local de crime nada deve ser tocado antes do exame pericial, uma vez que a ação da polícia técnica, colhendo material para estudos no laboratório ao procedendo a exames no próprio local, é de suma importância, não podendo se exigir do perito se tal local for modificado ou destruído.

Desse modo cabe ao perito o estudo sistemático de um local onde ocorreu um fato criminoso, podendo este se utilizar no desempenho de sua função, da descrição minuciosa dos fatos, de croquis com ou sem utilização de escalas, desenho, fotografias, moldagens, filmagens etc; evidentemente subordinado cada um desses exames às condições específicas do crime, e mesmo do próprio local.

Outro ponto importante o art. 159 do código de processo penal elenca apenas a necessidade de um perito oficial (pessoa que integra o quadro próprio do Estado nos termos da Lei 12.030/09 – art. 2º) para elaboração do laudo. Na ausência, será realizado por duas pessoas idôneas (§ 1º).

Já a Súmula 361 STF determinada nulidade no exame que seja realizado por peritos não oficiais.

A contextualização do Artigo 158 do CPP, “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.” (BRASIL, 2004, p.403 – 1).

Face ao artigo do Código de Processo Penal, pode-se concluir que existem situações nas quais, a ausência do exame de delito é justificada, uma vez que não havendo vestígios o próprio Código de Processo Penal prevê outras modalidades probatórias que não o exame de corpo de delito. Para maior esclarecimento vale ressaltar que o artigo 167 do CPP dispensa o exame de corpo de delito caso não haja, vestígios, podendo este ser substituído pela prova testemunhal.

Contudo merece maior estudo os casos nos quais é imprescindível a confecção do exame de corpo de delito ou laudo pericial, ou seja, os casos que deixam vestígios, uma vez que tal exigência contida na norma em questão traz consequências tanto

na atuação dos julgadores quanto no elenco das provas, indeferindo substancialmente na observação do princípio constitucional da livre apreciação da prova daquele e neste, gerando uma hierarquização artificial do conjunto probatório, tais fatos podem ser analisados como desencadeadores de inconstitucionalidade. Extremamente importante e desejável que este tema esteja exposto de maneira clara e suficiente para que isso não ocorra, pois conforme Celso Antônio Bandeira Melo:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representam insurgência contra o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura (MELLO, 2003. p.818).

Ainda dentro do conteúdo do referido artigo, tem-se a controversa questão da nulidade processual, consubstanciada no art. 564, III, b, do CPP, versa que A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: III – por falta das formulas ou dos termos seguintes: B) O exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios ressaltados o disposto no art. 167 (BRASIL, 2004, p.486 – 487).

5 LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E HIERARQUIZAÇÃO DAS PROVAS

Segundo Oliveira (2003), visando à superação do excesso de poderes atribuídos ao juiz ao tempo de sistema inquisitivo, onde primitivamente aplicava-se o sistema ético ou pagão, em que a avaliação, das provas era deixada ao sabor das impressões do juiz, que as aferia de acordo com sua própria experiência, num sistema empírico; e também do sistema religioso em que se invocava o julgamento divino, devido à concepção teocêntrica que outorgava ao clero poderes e deveres para com o controle e eliminação da figura do herege – o que ocorreu de forma mais intensa a partir do século XIII, e até o século XVII.

Veio de acordo com Oliveira (2003) o sistema das provas tarifadas ou sistema das provas legais, com o objetivo declarado de reduzir tais poderes instituindo um modelo rígido de apreciação da prova, impondo ao juiz a observância de certos preceitos, no qual não só se estabelecem determinados meios de provas para determinados delitos, como também se valorava cada prova antes do julgamento. Ou seja, no sistema de provas legais ou da prova tarifada, o legislador é quem

procedia à valoração prévia, dando a cada uma delas um valor fixo e imutável caracterizando “Sistema da certeza moral do legislador”. (MIRABETTE, 2005, p.285).

Embora imbuído de bons propósitos, o aludido sistema revelou-se em um instrumento, por vezes de pouca credibilidade e por que não dizer, injusto, pois, para a obtenção da condenação era necessário atingir certo número de pontos; quando não se chegava a esse, a prova era obtida então a partir da tortura, e esta fazia prova plena.

Na tentativa de não incorrer nos inconvenientes dos sistemas anteriores, quais sejam, o da prova legal ou tarifada do inquisitivo, que conforme Eugênio Pacelli de Oliveira, “o juiz-acusador formava livremente a sua convicção, sem declinar os caminhos trilhados pelo seu raciocínio e pelo seu espírito” (Oliveira, 2004, p 335) e o divino que nos dizeres de Mirabette, sistema religioso em que se invoca o julgamento divino, através de ordálias, dos duelos judiciários e dos juízos de Deus. (Mirabette, 2005, p.285), o processo penal moderno direcionou-se a elaboração do sistema do livre convencimento motivado, ou da persuasão racional.

De acordo com Oliveira (2003), no processo penal, as questões relacionadas com provas, obrigatoriamente são analisadas pelo exame do tipo de modelo processual a ser seguido, referente à definição das funções investigatórias e acusatórias.

O legislador dos anos quarenta traçou para o CPP/41 um perfil em que se permitia ao juiz a iniciativa acusatória, bem como amplos poderes, incluindo a atividade substitutiva do Ministério Público.

O modelo atual brasileiro, a partir da vigência da Carta Magna de 1988, teve seu perfil delimitado, se aproximando de um sistema de cunho acusatório, cuja característica é separar as funções de acusação e de julgamento, a pessoas ou órgãos distintos.

Conforme Oliveira (2003) o princípio do livre convencimento motivado, também conhecido como o princípio da verdade real, ou da livre convicção, serve-se da

crítica sadia para a mensuração dos valores probatórios cuja aferição e análise constitui a premissa norteadora da formação do silogismo.

Nessa avaliação o juiz caminha sempre entre a prova e a contraprova, pesando e medindo cada uma delas até encontrar a lógica final. Evidentemente a contraprova robusta exclui a prova frágil, ou a prova robusta convincente exclui a contraprova que lhe seja incompatível, se tênue e de parco poder de convencimento.

Segundo Borges da Rosa citado por Irajá Pereira Messias:

O juiz pesa com justo critério lógico o valor das provas produzidas, e só quando exclua a possibilidade de dúvidas pronunciara a verdade; já que não é impressão recebida pelas provas, mas a consciência por elas forma a regra da sentença (MESSIAS, 2001, p.202).

De acordo com Oliveira (2004), a liberação quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação ou a sua explicação (motivação), é dizer que, embora livre para formar o seu convencimento o juiz devera declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova.

Antes se entendia que a motivação se tratava de garantia técnica do processo com objetivos endoprocessuais, agora se fala em garantia constitucional, em garantia da própria jurisdição.

Devendo ser feita com base em argumentação racional, não podendo tal argumentação se baseada em conhecimentos que eventualmente o julgador venha a ter extra-autos, propiciando para que as partes ocasionalmente insatisfeitas possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas.

Destarte, segundo Oliveira (2004), o juiz tem inteira liberdade de julgar, valorando as provas como bem quiser, contudo arredar-se dos autos. Pode-se perceber que o livre convencimento motivado é regra de julgamento, pois, a exposição de motivos exigida pelo processo penal, 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 são relativas, dessa maneira, nenhuma delas terão, valores decisivos, ou necessariamente maiores prestigiam mais que outra, a ser utilizado por ocasião da decisão final, quando se fará a valoração de todo material probatório levado aos autos.

Sendo assim, a restrição da prévia valoração e conseqüentemente hierarquização da prova, como se observa na aplicação formal, consubstanciada na combinação dos artigos 158 e 564, III, b, do CPP, pois segundo Capez (2003), tal aplicação, trata-se de adoção excepcional do sistema da prova legal ou tarifada, não podendo o julgador buscar a verdade por nenhum outro meio de prova; seja pela confissão do acusado, robusta documentação ou depoimentos testemunhais idôneos, uma vez que, a lei se apegua ao formalismo de exigir a prova pericial como único meio de comprovar a materialidade delitiva.

Neste contexto conforme Oliveira (2004), as citadas restrições agem como reais garantias do acusado na medida em que se estabelecem critérios específicos quanto ao grau de convencimento e de certeza a ser conseguido em relação a determinadas infrações penais; esclarecendo-se que o juiz não está adstrito ao laudo, podendo aceita-lo ou rejeita-lo em todo ou em parte, pois no caso de admissão do sistema contrário, em última análise o perito seria o julgador.

De acordo com Oliveira (2004), tem-se certo grau de especificidade quanto ao meio de prova para construção do que devera ser a expressão da verdade judicial, é aceitável, o que ocorrerá em questão eminentemente técnica, pois pode ocorrer a exigência de meios de prova específicos para a constatação de determinados fatos, contudo provocar a hierarquização das provas, tal hierarquização se caracterizaria em pressupostos fundados na prevalência de um elemento probatório em relação a outro, quando ambos sejam admitidos.

Desse modo é pertinente à colocação doutrinária de Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p.421), dialoga que o caso então, não é de revogação do art. 158, mas de sua interpretação conforme a constituição.

6 CONSEQUÊNCIAS DA NÃO APLICAÇÃO DO ART. 158 CPP

A lei é bem clara que quando a infração deixar vestígios é indispensável a realização do Exame de Corpo de Delito (art. 158 do CPP), logo, caso não seja realizado o Exame, deve o processo ser declarado nulo ab initio.

O artigo 564, inciso III, b, do CPP, prevê a nulidade por falta do exame de corpo de delito nos crimes que deixar vestígios, ressalvado os casos previstos no artigo 167 do CPP “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.”. Contudo o artigo 572 do CPP não ressalvou essa nulidade dentre aquelas que podem ser sanadas, sendo assim, nulidades relativas constituiriam uma nulidade absoluta.

Como visto, é possível a realização do exame direto e mesmo a ausência deste não for suprida pelo exame de corpo de delito indireto, o processo deverá ser declarado nulo, do momento em que a seria obrigatória à juntada do laudo no processo.

7 CONCLUSÃO

Em suma, em uma infração penal, nem sempre o perito é a pessoa designada em ocorrência a chegar primeiro no local do crime, podendo assim muitos dos vestígios, rastros, pegadas se perder.

Sendo assim, para melhor julgamento das partes e principalmente do acusado em se defender, se faz necessária o apontamento do artigo 158 do CPP que conduz a indispensabilidade do laudo pericial onde a infração deixar vestígios.

Nenhuma prova é mais importante que a outra, contudo, a confecção do laudo pericial é um caminho de se chegar à verdade real dos fatos e não pode ser omissos seus detalhes.

É inevitável o confronto entre o artigo 158 do Código de Processo Penal com o princípio constitucional da livre apreciação da prova, uma vez que o primeiro contem o idealismo do legislador da década de quarenta, prevalecendo o sistema inquisitivo, no qual a avaliação das provas eram atribuídas as impressões do juiz, e este foi dotado legalmente de uma grande quantidade de poderes e o segundo, ideologia do

legislador constitucional da década de oitenta, onde foi consagrado o princípio do livre convencimento motivado do julgador, bem como a determinação de órgãos distintos para exercer as funções de acusação e julgamento.

Embora atribuído de bons propósitos, o aludido sistema revelou-se em um instrumento, por vezes de pouca credibilidade e por que não dizer, injusto, pois, para obtenção da condenação era necessário atingir um certo número de pontos e quando não se chegava a este, a prova era obtida através de tortura e esta fazia prova plena.

Tomando-se como exemplo as diversas perícias efetivadas no caso de homicídio perpetrado por arma de fogo, a saber: exame do local, exame de balística, exame necroscópico, exame de potencialidade da arma, exame de manchas de sangue, exame de absorção atômica ou resíduo gráfico de pólvora entre outros: qual o exame de corpo de delito, qual das perícias faltantes impede o julgamento válido e quais as que podem ser submetidas ao convencimento do júri, qual desses enseja a não aplicação da legislação pertinente. Desse modo, na hipótese sugerida o exame de corpo de delito, entre as demais perícias, é o exame de necropsia ou necroscópico, quanto à verificação e constatação da morte.

Quanto ao objeto, ou seja, ao alvo, o propósito da criminalística se traduz em todos os vestígios, que são materiais, suspeitos ou não, encontrados no local do fato. Tais vestígios podem ser intrínsecos à pessoa física, ou extrínsecos a ela.

Diante dos estudos apresentados, doutrinários e jurisprudenciais resta claro que tal conflito pode ser dirimido com a exata interpretação dos fatos conforme o desejo do legislador da Constituição da República, ou seja, a fundamentar com ausência de caprichos, bem como da arbitrariedade, ou ainda da própria opinião por mais honesta que esta seja, mas fundamentado na melhor prova e justificando seu convencimento.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 678p.

CAVALCANTE, Ascendino Jose da Silva. **Criminalística Básica**. 1. ed. Recife: Raiz, 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996. 183p.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 495p.

GRINOVER, Ada P; FERNANDES, Antonio S; GOMES FILHO, Antonio M. As nulidades no Processo Penal. 7. ed. São Paulo: **Revistas dos Tribunais**, 2001. 318p.

KOSHIBA, Luiz, PEREIRA, Denise Manzi F. **História do Brasil**. 6. ed. São Paulo: Atual, 1993.

MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova Penal**. ed. Campinas: Brookseller, 2001. 503p.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 849p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 919p.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 3ª ed; 2.tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PORTO, Gilberto. **Manual de Criminalística**. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969. 414p.

PRADO JÚNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1974.

REZENDE, Antonio Paulo: DIDIER, Maria Thereza. **Nossos Tempo: Brasil e o mundo Contemporâneo**. V. 3. São Paulo: Atual, 1996.

TOCHETTO, Domingos (Coord.) et al. **Tratado de Perícias Criminalísticas**. 1. ed. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto, 1995. 698p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 818p.

TOBO, Paulo Cláudio. **Nulidades no Processo Penal Brasileiro: Novo enfoque e comentário**. Colaboração João Batista Marques Tovo. Porto Alegre: Fabris, 1998. 150p.