



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
POLIANA SOARES MEDEIROS

**POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DO ACUSADO PELA PRÁTICA DO CRIME
DE HOMICÍDIO DIANTE DA AUSÊNCIA DO CORPO DA VÍTIMA**

Tubarão
2011

POLIANA SOARES MEDEIROS

**POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DO ACUSADO PELA PRÁTICA DO CRIME
DE HOMICÍDIO DIANTE DA AUSÊNCIA DO CORPO DA VÍTIMA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de Pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientador: Professor Fábio Fernandes de Oliveira Lyrio, Msc.

Tubarão

2011

POLIANA SOARES MEDEIROS

**POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DO ACUSADO PELA PRÁTICA DO CRIME
DE HOMICÍDIO DIANTE DA AUSÊNCIA DO CORPO DA VÍTIMA**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 21 de junho de 2011.

Prof. e orientador Fábio Fernandes de O. Lyrio, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof^a Denise Silva de Amarin Faria, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Marcus Pizzolo, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Aos meus pais, Ana Paula e Jefferson, por todo amor e carinho, toda dedicação e sacrifício, os quais em nenhum momento mediram esforços para a realização dos meus sonhos. A eles devo tudo, a pessoa que me tornei e as conquistas que alcancei.

A minha irmã, Paola, minha sempre companheira.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, que está sempre comigo, dando-me forças e fé para seguir em frente.

Aos meus pais, os quais tudo me proporcionaram, e pelo constante apoio e incentivo.

Ao meu orientador, professor Fábio Fernandes de Oliveira Lyrio, por todas as explicações e considerações que me fizeram compreender melhor o tema, as quais foram essenciais e muito me acrescentaram.

À professora Sandra Fileti, pelo estímulo diante da escolha do tema e por sua ajuda e atenção na elaboração do projeto.

Ao meu amigo, Alvaro, pela disposição e ajuda, que fez toda a diferença.

Aos meus avós maternos, Francisco (*in memoriam*) e Maura, e aos meus avós paternos, Paulo (*in memoriam*) e Marlene, pela torcida de sempre.

A todas as pessoas, amigos e familiares, que me incentivaram e apoiaram.

RESUMO

O presente trabalho trata da prova da materialidade no crime de homicídio, com o objetivo geral de demonstrar que não há necessidade do exame pericial sobre o corpo da vítima, para comprovação da existência do injusto e para eventual condenação do acusado. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, partindo-se da análise dos princípios aplicáveis ao processo penal e da necessidade da prova da materialidade no crime de homicídio, que são proposições gerais da pesquisa, até se chegar a conclusões particulares, como a possibilidade de condenação do acusado, mesmo diante da ausência do corpo da vítima. Quanto ao método de procedimento utilizado na coleta de dados, o tipo de pesquisa realizada foi a bibliográfica, por meio de revisão da matéria em livros e artigos científicos publicados em meios eletrônicos, alcançando-se uma pesquisa de profundidade exploratória. Verificou-se que a própria lei processual penal, na falta do exame de corpo de delito, admite a prova indireta e que tal prova pode embasar um julgamento de caráter condenatório. Por fim, com base nos princípios processuais penais analisados, ficou demonstrada a possibilidade de condenação do acusado pela prática de um crime de homicídio, mesmo diante da ausência de exame pericial sobre o corpo da vítima.

Palavras-chave: Processo Penal. Prova (direito). Homicídio. Corpo de delito.

ABSTRACT

This work discusses the test of materiality in the crime of murder, with the overall objective of demonstrating that there is no need for an expert examination on the victim's body to prove the existence of unfair and eventual conviction of the accused. The method used was the deductive approach, starting from the analysis of the principles applicable to criminal proceedings and the need of proving the materiality of the crime of homicide, which are general propositions of the research, to arrive at particular conclusions, as the possibility of condemnation of the accused, despite the absence of the victim's body. When it comes to the method of procedure used in the data collection, the type of research was bibliographic, by reviewing the subject in books and scientific articles published in electronic media, thus reaching a profound exploratory research. It was found that the very law of criminal procedures, in the absence of a forensic examination, admits indirect proof, and that such evidence could base a sentencing trial. Finally, based on the analyzed principles of criminal procedures, it was demonstrated the possibility of convicting the accused of a crime of murder, despite the absence of expert examination on the victim's body.

Keywords: Criminal Procedure. Proof (law). Homicide. Corpus delicti.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	9
1.2 JUSTIFICATIVA	9
1.3 OBJETIVOS	10
1.3.1 Objetivo geral	10
1.3.1 Objetivos específicos	10
1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	11
1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS	11
2 PRINCÍPIOS	13
2.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL	13
2.1.1 Norma jurídica	14
2.1.2 Regras e princípios	15
2.2 CONSTITUIÇÃO COMO SEDE NATURAL DOS PRINCÍPIOS.....	17
2.3 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS.....	19
2.3.1 Princípios constitucionais explícitos	19
2.3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	19
2.3.1.2 Princípio de devido processo legal	20
2.3.1.3 Princípio da presunção de inocência	21
2.3.1.4 Princípio da ampla defesa.....	23
2.3.1.5 Princípio do contraditório	24
2.3.1.6 Princípio da vedação das provas ilícitas	26
2.3.1.7 Princípio do juiz natural e imparcial	27
2.3.2 Princípios constitucionais implícitos	28
2.3.2.1 Princípio do duplo grau de jurisdição.....	28
2.3.2.2 Princípio do promotor natural e imparcial.....	29
2.3.2.3 Princípio da vedação à autoincriminação	30
2.3.3 Princípios infraconstitucionais	31
2.3.3.1 Princípio da prevalência do interesse do réu (<i>favor rei, favor libertatis, in dubio pro reo</i>)	32
2.3.3.2 Princípio da busca da verdade real	33
2.3.3.3 Princípio do livre convencimento motivado.....	34

3 O CRIME DE HOMICÍDIO E SUA MATERIALIDADE	37
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	37
3.2 MATERIALIDADE DE UM CRIME.....	38
3.2.1 Considerações gerais	38
3.2.2 Crimes que deixam vestígios e crimes que não deixam vestígios	41
3.3 PROVAS DA MATERIALIDADE DO DELITO	42
3.4 PROVA DIRETA E PROVA INDIRETA	43
3.5 PROVA PERICIAL.....	44
3.5.1 Breve distinção entre corpo de delito e corpo da vítima	46
3.5.2 Exame de corpo de delito	47
3.6 PROVA INDICIÁRIA	50
4 ANÁLISE DA PROVA DA MATERIALIDADE DO CRIME DE HOMICÍDIO À LUZ DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	54
4.1 A PROVA DA MATERIALIDADE E A CERTEZA DA OCORRÊNCIA DO CRIME DE HOMICÍDIO	54
4.1.1 A observância do disposto no artigo 158 do Código de Processo Penal e o princípio do devido processo legal	55
4.1.2 Certeza jurídica e o princípio do <i>in dubio pro reo</i>	60
4.2 O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR E A AUSÊNCIA DO CORPO DA VÍTIMA NO CRIME DE HOMICÍDIO: COMPOSIÇÃO POSSÍVEL	62
5 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	68

1 INTRODUÇÃO

A lei processual penal exige o exame de corpo de delito para comprovar a existência do crime de homicídio, esta é a regra, apesar de admitir exceção. No entanto, quando da ausência do corpo da vítima, a certeza da ocorrência do delito gera debate público e sofre divergência na seara jurídica.

Nesse cenário, o presente trabalho visa demonstrar a possibilidade de condenação do acusado pela prática do crime de homicídio, mesmo diante da ausência do corpo da vítima, buscando para tanto apoio nos princípios aplicáveis ao processo penal brasileiro, na legislação e em outros institutos processuais penais semelhantes existentes no nosso ordenamento jurídico.

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

A pesquisa em questão irá analisar o crime de homicídio e a necessidade da prova de sua materialidade, a fim de verificar a possibilidade de condenação do acusado pela prática do crime de homicídio, mesmo diante da ausência do corpo da vítima.

Na esfera penal, a morte não se presume, particularmente, porque o homicídio exige prova da sua materialidade, ou seja, o exame de corpo de delito. Essa é a regra, porém, excepcionalmente, para suprir-lhe a falta, em virtude do desaparecimento dos vestígios, a lei processual penal admite a prova indireta.

A ausência do exame pericial sobre o corpo da vítima no crime de homicídio encontra divergência na seara jurídica, uma vez que o direito processual penal brasileiro traz o princípio do *in dubio pro reo*, que recomenda ao julgador, na incerteza quanto à autoria ou à ocorrência da infração ou na insuficiência de provas, favorecer o réu.

Desta forma, há o seguinte dilema: condenar sem o corpo da vítima pode levar a mais um crasso erro judiciário, porém, se o desaparecimento do corpo da vítima nunca permitisse condenação, estaria garantida a impunidade.

1.2 JUSTIFICATIVA

O crime de homicídio por se tratar de um crime contra a vida, é a mais chocante violação do senso moral. Por esta razão, gera grande atenção midiática e uma imensa comoção da sociedade.

Atualmente, a sociedade está diante de um caso aclamado pela mídia, o desaparecimento do corpo da estudante Eliza Silva Samudio, ex-amante do goleiro Bruno Fernandes de Souza, afastado do Clube de Regatas do Flamengo. O goleiro e mais sete pessoas foram acusadas e pronunciadas pelo prática do crime de homicídio. O processo ainda não tem previsão de julgamento.¹

Há outros casos, que serão expostos no decorrer da pesquisa, dentre os quais, mesmo diante do desaparecimento do corpo da vítima, acusados foram condenados, contudo, existem casos em que estes foram absolvidos.

Diante disto, tendo em vista que cada vez mais a prudência e cautela dos criminosos têm dificultado a prova da existência do crime, o Direito, por meio de seus operadores e dos legisladores, precisa encontrar saída para que não haja impunidade e a justiça seja feita.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo geral

Analisar a possibilidade de condenação do acusado pela prática do crime de homicídio diante da ausência do exame pericial sobre o corpo da vítima.

1.3.2 Objetivos específicos

¹ A ação penal está em fase de recurso e foi remetida ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Cf. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ação penal de competência do Tribunal do Júri nº 0356249-66.2010.8.13.0079. 2010. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado.jsp?listaProcessos=10035624&comrCodigo=79&numero=1>. Acesso em: 01 de jun. 2011.

Descrever os princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao processo penal brasileiro.

Verificar a necessidade da prova da materialidade no crime de homicídio.

Apontar o valor da prova direta e da prova indireta.

Identificar, dentre os meios de provas admitidas no direito processual penal brasileiro, a prova pericial e a prova indiciária.

Diferenciar corpo da vítima de corpo de delito.

Analisar a necessidade da prova da materialidade e a certeza da ocorrência do crime de homicídio à luz dos princípios processuais penais.

1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O método de abordagem da pesquisa será o dedutivo, uma vez que a pesquisa analisará a possibilidade de condenação do acusado do crime de homicídio diante da ausência do corpo da vítima, partindo do estudo dos princípios e da necessidade da prova da materialidade, que são as proposições gerais da pesquisa, até se chegar a conclusões particulares, como a condenação ou a absolvição do acusado.

A pesquisa a ser desenvolvida, quanto ao nível, será exploratória, pois estudará o crime de homicídio e a necessidade da prova de sua materialidade, com o intuito de conhecer e identificar os meios possíveis para se chegar a uma condenação, mesmo diante da ausência do corpo da vítima.

Quanto ao método de procedimento na coleta de dados, a pesquisa será bibliográfica, pois terá como base teorias publicadas em livros, doutrinas e artigos científicos postados em meios eletrônicos.

1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS

A pesquisa foi estruturada em três capítulos, os quais visam demonstrar a possibilidade de condenação do acusado pela prática do crime de homicídio diante da ausência do corpo da vítima.

O primeiro capítulo trata de conceitos básicos da teoria geral do direito, bem como dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao processo penal brasileiro, especialmente, os que tratam da prova, os quais orientam a temática específica.

Em um segundo momento, faz-se uma breve análise do crime de homicídio e demonstra-se a necessidade da prova de sua materialidade, apontando meios de provas admitidas para tal finalidade.

Por fim, o terceiro e último capítulo analisa a possibilidade de condenação do acusado pela prática do crime de homicídio, mesmo diante da ausência do exame pericial sobre o corpo da vítima, à luz dos princípios processuais penais, anteriormente apresentados.

2 PRINCÍPIOS

Precede a temática específica, a exposição de alguns conceitos básicos relacionados à Teoria Geral do Direito, bem como o conhecimento das bases principiológicas do direito adjetivo, sem os quais não se compreende a possibilidade de condenação do acusado diante da ausência do corpo da vítima no crime de homicídio.

2.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

Princípio constitui vocábulo de ampla extensão semântica, podendo ser abordado sob diversos aspectos. Aquino explica que “etimologicamente, princípio seria compreendido como origem, começo, início de qualquer coisa”.¹

Na esfera do ordenamento jurídico brasileiro, princípio tem outra acepção, como alude Mello:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes de todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo [...].²

Independentemente da acepção que se tome, Espíndola observa que “[...] no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos o status conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica”.³ Para este núcleo de pensamento, os princípios têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos e privados, bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas.⁴

¹ AQUINO, José Carlos G. Xavier de e NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 53.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de apud ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 113.

³ ESPÍNDOLA, 1998, p. 55.

⁴ Ibid., p. 55.

Nessa perspectiva impende ressaltar que a metodologia jurídica tradicional distinguia os princípios das normas, tratando-as como categorias pertencentes a tipos conceituais distintos. Depois, devido aos acréscimos teórico-analíticos de Dworkin e Alexy, pacificou-se a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma jurídica.⁵

Impõe-se, assim, lançar as bases conceituais do que seja norma jurídica, a fim de que, alicerçados em uma definição consistente, posto que sucinta, permita-se estabelecer a distinção entre regra e princípio.

2.1.1 Norma jurídica

Nos textos de Kelsen, Tércio e Bobbio, citando Catão, a norma jurídica é aquela inserida em um sistema que se possa chamar de Direito. O referido autor define esse sistema como um complexo normativo no qual a execução de seus preceitos é garantida por sanções organizadas que estão previstas no próprio sistema.⁶

Desta maneira, estabelece Catão que “a norma jurídica é a que está inserida em um sistema que contém outras normas que estabelecem órgãos capazes de, dado o seu grau de institucionalização, fazer valer os preceitos normativos através de uma sanção organizada”.⁷

Do ponto de vista formal⁸, uma norma é uma proposição. Bobbio define proposições como um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade. Um Código, uma Constituição são um conjunto de proposições. Trata-se de saber qual é o status dessas proposições que compõem um Código, uma Constituição.⁹

⁵ ESPÍNDOLA, 1998, p. 61.

⁶ CATÃO, Adrualdo de Lima. **O critério identificador da norma jurídica**: a necessidade de um enfoque sistemático. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2249/o-criterio-identificador-da-norma-juridica/2>>. Acesso em: 28 mar. 2011.

⁷ CATÃO, loc. cit.

⁸ Bobbio adverte que o ponto de vista formal não é um modo exclusivo de considerar a norma jurídica, evitando que se confunda o estudo formal da norma jurídica com um dos tantos formalismos que têm adquirido direito de cidadania no campo do saber jurídico, e contra os quais se acendeu, de modo particularmente vivo, a polêmica em décadas atrás. Para nós, basta aqui ter posto em evidência que o ponto de vista formal, do qual partimos, não tem nada a ver com nenhum dos três formalismos, porque não pretende ser uma teoria exclusiva, nem da justiça, nem do direito, nem da ciência jurídica, mas é pura e simplesmente um modo de estudar o fenômeno jurídico na sua complexidade, um modo que não só não exclui, como exige os demais para que se possa obter um conhecimento integral da experiência jurídica. Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2ª edição revista, São Paulo: Edipro, 2003, p. 70/72.

⁹ BOBBIO, 2003, p. 72.

Ainda, segundo Bobbio, “os expoentes do positivismo jurídico concordam em definir a norma jurídica como tendo a estrutura de um comando [...]”¹⁰, ou seja, “a forma estrutural da proposição jurídica é a de um imperativo”, afirma Lyrio.¹¹

Assim sendo, a norma jurídica é um imperativo de conduta, que coage os sujeitos a se comportarem da forma por ela esperada e desejada.

Na fase do positivismo jurídico, o direito reduzia-se ao conjunto de normas em vigor. Todavia, a partir da fase pós-positivista, princípios passam a ser tratados como uma espécie de norma jurídica, após atingirem o seu auge normativo e serem consagrados nos textos constitucionais.¹²

Assim, o conceito de norma jurídica passou à elevada categoria de gênero, do qual regras e princípios são espécies.

Desta feita, conceitos operacionais serão abordados para expor a distinção entre essas espécies do gênero norma jurídica.

2.1.2 Regras e princípios

A primeira acentuação distintiva entre princípios e regras, de valor teórico reconhecido, segundo Espíndola, foi proposta por Boulanger, que atentou para o predicado de generalidades dessas duas espécies de normas: “[...] a generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio”.¹³

Boulanger demonstrou

[...] que a regra é geral porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos. Isso não obstante, ela é especial na medida em que regula senão tais atos ou tais fatos: é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada. Já o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações.¹⁴

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 181.

¹¹ LYRIO, Fábio Fernandes de Oliveira. **O positivismo jurídico e sua crítica contemporânea: uma análise a partir da proposta teórica neoconstitucionalista**. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2006, p. 43.

¹² SANTANA, Ricley Marcel Mota. **Princípios jurídicos e sua evolução**. Disponível em: <http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_21974/artigo_sobre_princ%C3%8Dpios_jur%C3%8Ddicos_e_sua_evolu%C3%87%C3%83o>. Acesso em: 09 mai. 2011.

¹³ BOULANGER apud ESPÍNDOLA, 1998, p. 64.

¹⁴ BOULANGER apud ESPÍNDOLA, 1998, p. 64.

Mais tarde, Dworkin, em *Taking Rights Seriously*, estabeleceu mais dois critérios, baseados em duas idéias: a primeira, a do *tudo ou nada*, e a segunda, a do *peso* ou da *importância*.¹⁵

Pelo primeiro, entende-se que

as regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um *tudo ou nada*. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra se refira [...] se verifiquem, em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser aplicada. Já os princípios jurídicos atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam.¹⁶

O segundo critério, decorrente do primeiro, acentua

[...] que os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a *dimensão do peso ou da importância*. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles (...). As regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas, deva prevalecer uma em virtude do seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida.¹⁷

Do pensamento de Alexy, tem-se que uma norma será princípio ou regra pela forma com que se apresenta quando em colisão com outras normas, e não por qualquer característica inerente ao seu enunciado linguístico. Afirma o autor que “se a norma, ao colidir com outra, cede sempre ou triunfa sempre, será por ter ela nota típica de regras. Entretanto, se o conflito com outras normas proporciona vitórias ou derrotas – segundo as situações concretas – é porque estamos diante de um princípio”.¹⁸

Nas lapidares colocações de Canotilho, vários são os critérios sugeridos para distinguir regras de princípios, entre os quais:

- a) *O grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.
- c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica nos sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).

¹⁵ ESPÍNDOLA, 1998, p. 64.

¹⁶ GRAU, Eros Roberto apud ESPÍNDOLA, 1998, p. 64.

¹⁷ GRAU, Eros Roberto apud ESPÍNDOLA, 1998, p. 64-65.

¹⁸ D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Editora Altas, 2007, p. 29.

d) ‘*Proximidade da ideia de direito*’: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia de direito’ (Larenz); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal. [sic]¹⁹

No tocante aos aspectos qualitativos distintivos entre regra e princípio, Canotilho acrescenta:

(1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (...); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se;

(2) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos.

(3) em caso de *conflitos entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou *standards* que, em ‘primeira linha (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea das regras contraditórias.

(4) os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas). [sic]²⁰

A partir de tais considerações, reconhece-se a superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa, na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.²¹

Diante da supremacia reconhecida aos princípios, impõe-se analisar o conceito de Constituição, a qual é sede natural daqueles.

2.2 CONSTITUIÇÃO COMO SEDE NATURAL DOS PRINCÍPIOS

¹⁹ CANOTILHO (Direito Constitucional, p. 166-168) apud ESPÍNDOLA, 1998, p. 65.

²⁰ CANOTILHO (Direito Constitucional, p. 166-168) apud ESPÍNDOLA, 1998, p. 66-67.

²¹ BONAVIDES, Paulo apud D’URSO, 2007, p. 31.

A Constituição é entendida como o ápice da escala hierárquica no ordenamento jurídico. Espíndola afirma que não há nenhuma norma anterior ou superior à Constituição, subordinando-a; e que todas as demais normas da ordem jurídica deverão moldar-se a ela.²²

No pensamento de Hesse, a Constituição deve ser compreendida como a “ordem jurídica fundamental de uma comunidade ou o plano estrutural para a conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais”.²³

Analisando o conceito proposto, Lyrio discorre “que, em seu contexto, torna-se possível a compreensão da carta constitucional, tratada por ordem jurídica fundamental, como elemento central na estrutura normativa e institucional de uma comunidade”.²⁴

Prossegue o autor:

A seu turno, ao ser compreendida como plano estrutural para conformação jurídica a partir de princípios fundamentais, abre-se espaço não somente para a inserção de valores e opções políticas fundamentais no texto constitucional mas também, e especialmente, para a harmonização desses valores e dessas opções, cada vez mais plurais e diversificados, dentro da própria e a partir dela, bem como se viabiliza a veiculação da moral para o interior do ordenamento por meio das normas (princípios) constitucionais.

Em conclusão, a Constituição, passa assim, a um só tempo, a ser considerada a norma fundamental do sistema, especialmente por sua posição hierarquicamente superior dentro do ordenamento jurídico (representada pela criação de obstáculos a sua alteração e também por um sistema de controle de constitucionalidade efetivo), igualmente passa a representar o repositório do cerne moral de determinado grupamento social, condicionando a interpretação de todo o ordenamento a partir dos valores consagrados em seus princípios.²⁵

Desta forma, concebida a Constituição como norma máxima do ordenamento jurídico, a qual condiciona a interpretação de todo aquele a partir dos valores aplicados em seus princípios, estes permitem a interpretação e a integração dos preceitos jurídicos de modo coerente, dando uniformidade ao sistema jurídico.

Sob esta perspectiva é que devem ser analisados os princípios a seguir expostos. De fato, os princípios permitem a coerente interpretação e integração dos preceitos jurídicos, orientando todo o ordenamento jurídico e adaptando o sistema a cada caso concreto.

De tal modo, a possibilidade de condenação do acusado no crime de homicídio diante da ausência de exame pericial sobre o corpo da vítima está assentada sobre alguns princípios aplicáveis ao processo penal, o que revela a necessidade de estudá-los e de suscitar sua pertinência com o tema proposto.

²² ESPÍNDOLA, 1998, p. 96.

²³ HESSE, Korad apud LYRIO, 2006, p. 110.

²⁴ LYRIO, 2006, p. 111.

²⁵ Ibid., p. 111-112.

2.3 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS

Adverta-se, inicialmente, que o conceito e a importância dos princípios já foram delineados nos itens antecedentes.

Com respeito a sua conformação temática e previsão normativa, cada ramo do direito possui princípios próprios, que informam todo o sistema, podendo estar expressa ou implicitamente previstos em lei, isto é, resultar da conjugação de vários dispositivos legais, de acordo com a cultura jurídica formada com o passar dos anos de estudo de determinada matéria.²⁶

Na Constituição Federal, encontra-se a maioria dos princípios que governam o processo penal brasileiro; alguns explícitos, outros implícitos.

Os enunciados explícitos correspondem ao objeto essencial da mensagem a ser transmitida ou são dotados de maior pertinência comunicativa. Já os enunciados implícitos são subentendidos, possuem a propriedade de não constituírem, em princípio, o verdadeiro objeto do dizer.²⁷

A seguir, analisar-se-á os princípios aplicáveis ao direito processual penal que orientam o tema, especialmente, os que tratam da prova, da culpabilidade do acusado e do devido processamento da ação penal, uma vez que o presente trabalho investiga a necessidade da prova da materialidade no crime de homicídio para eventual condenação do acusado diante da ausência do corpo da vítima.

2.3.1 Princípios constitucionais explícitos

2.3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 77.

²⁷ PRETEL, Mariana. **Os princípios e o ordenamento jurídico aberto**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/2899/1/Os-Principios-E-O-Ordenamento-JuridicoAberto/pagina1.html>>. Acesso em: 26 mar. 2011.

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui elemento de interpretação e de importante vetor na aplicação dos direitos fundamentais. Trata-se de um valor imanente à pessoa humana, porquanto é dotada de espiritualidade e valores que lhe são próprios.²⁸

O princípio em tela encontra respaldo jurídico no inc. III do artigo 1.º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana [...]”.²⁹

Para Moraes:

a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações aos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.³⁰

A dignidade da pessoa humana, conforme o texto constitucional, é o princípio norteador e basilar dos direitos fundamentais, constituindo-se, assim, o seu fundamento e servindo de base à defesa dos direitos do ser humano.

Desta forma, consubstancia-se no princípio central do ordenamento jurídico brasileiro, servindo de inspiração a todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país, e, norteando, especialmente, a administração da justiça penal.

Com efeito, a justiça penal trabalha essencialmente com a liberdade humana, atingindo a moral e os valores inerentes às pessoas, as quais merecem respeito e dignidade enquanto seres humanos e durante a persecução criminal.

2.3.1.2 Princípio do devido processo legal

“Devido processo legal” é expressão que deriva do inglês *due processo of law*, constituindo, segundo Bonfim, basicamente, “a garantia de que o conteúdo da

²⁸ VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios constitucionais do processo penal**: na visão do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Método, 2009, p. 57.

²⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao_compilado.htm>. Acesso em: 26 mar. 2011.

³⁰ MORAES, Alexandre de apud VALE, 2009, p. 57-58.

jurisdicionalidade é a legalidade, ou seja, o rigor de obediência ao previamente estabelecido na lei”³¹, conforme prevê o artigo 5.º, inciso LVI, da Constituição Federal³².

O princípio do devido processo legal oferece, desde logo, duas garantias. São elas:

1ª uma garantia material, e não um direito, que consiste em todo cidadão não poder ser privado de sua liberdade e de seus bens sem um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei (CF, art. 5.º, LIV), ou seja, é a garantia do justo processo (garantia das partes, do processo, da jurisdição e da ordem constitucional).

2ª uma garantia procedimental que consiste no prévio conhecimento das regras procedimentais que regulam o justo processo, obrigando, assim, o Estado-Administração de justiça (a Justiça) a respeitá-las.³³

Por sua vez, é, sem dúvida, o aglutinador dos inúmeros princípios processuais penais. Constitui o horizonte a ser perseguido pelo Estado Democrático de Direito, fazendo valer os direitos e garantias humanas fundamentais. Afirma Nucci, que “se estes forem assegurados, a persecução penal se faz sem qualquer tipo de violência ou constrangimento ilegal, representando o necessário papel dos agentes estatais na descoberta, apuração e punição do criminoso”.³⁴

Consoante o raciocínio aqui engendrado, não pode haver devido processo legal se os demais princípios e regras processuais penais não forem cumpridos, como, por exemplo, se a prova for colhida por meio ilícito, se não for concedida ao réu a indispensável ampla defesa, se houver julgamento por juízo parcial.

O devido processo legal constitui, assim, um conjunto de garantias suficientes para possibilitar às partes o exercício pleno de seus direitos, poderes e faculdades processuais.

2.3.1.3 Princípio da presunção de inocência

Dispõe o inc. LVII do artigo 5.º da Constituição Federal que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”³⁵, consagrando o princípio da presunção de inocência.

³¹ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

³² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Cf. BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

³³ GOMES, Luiz Flávio. **Direito processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 6, p. 9.

³⁴ NUCCI, 2006, p. 88.

³⁵ BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

Segundo Vale, o aludido princípio teve início na Revolução Francesa, tendo sido, posteriormente, incorporado ao artigo IX da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948^{36,37}.

Conhecido, igualmente, como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença penal condenatória, com trânsito em julgado.

Sustenta a boa doutrina que a expressão “presunção de inocência” é de utilização vulgar, já que não é tecnicamente correta³⁸. Bonfim explica:

Presunção, em sentido técnico, é o nome da operação lógico-dedutiva que liga um fato provado (um indício) a outro probando, ou seja, é o nome jurídico para descrição justamente desse liame entre ambos. No caso, o que se tem mais propriamente é a consagração de um princípio de não-culpabilidade, até porque a Constituição Federal em seu art. 5.º, inc. LVII, não afirma presumir uma inocência, mas sim garantir que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Assim, o princípio em questão alberga uma garantia constitucional, referindo-se, pois, a um “estado de inocência” ou de “não-culpabilidade”: vale dizer, ninguém pode ser reputado culpado até que transite em julgado sentença penal condenatória.³⁹

Este princípio, no entendimento de Nucci, tem por objetivo:

garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu.⁴⁰

De outro norte, a presunção de inocência confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, haja vista que, somente quando realmente for de utilidade à instrução e à ordem pública, indivíduos podem ser levados ao cárcere.⁴¹

Sob o mesmo enfoque, “evidencia que outras medidas constritivas aos direitos individuais devem ser excepcionais e indispensáveis”⁴², aponta Nucci, como ocorre com a quebra dos sigilos bancário e telefônico, os quais ferem o direito de proteção à intimidade, bem como a violação de domicílio em razão de mandado de busca.⁴³

³⁶ Art. IX - Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado. Cf. DECLARAÇÃO universal dos direitos humanos 1948. Disponível em:

<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 26 mar. 2011.

³⁷ VALE, 2009, p. 178.

³⁸ AROCA, J. Montero apud BONFIM, 2009, p. 45.

³⁹ BONFIM, 2009, p. 45.

⁴⁰ NUCCI, 2006, p. 78.

⁴¹ Ibid., p. 78.

⁴² Ibid., p. 78.

⁴³ Ibid., p. 78-79.

O princípio em questão integra-se ao princípio da prevalência do interesse do réu, garantindo a absolvição do acusado sempre que houver fundada dúvida, no qual deverá prevalecer o estado de inocência. Além disso, consagra o direito ao silêncio, no momento em que impede a auto-acusação.⁴⁴

Destarte, a presunção de inocência é uma garantia de segurança processual, a qual exige que a prova da culpabilidade seja suficientemente demonstrada para que haja uma condenação penal, permitindo que a justiça seja feita por meio de um processo regular.

2.3.1.4 Princípio da ampla defesa

O princípio da ampla defesa encontra fundamento constitucional no artigo 5.º, inc. LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.⁴⁵

Ao réu, considerado parte hipossuficiente no processo, concede-se o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação, já que, conforme assevera Nucci:

[...] o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal.⁴⁶

O princípio da ampla defesa associa-se aos princípios da igualdade e do contraditório, consubstanciando-se no direito das partes de apresentarem argumentos a seu favor e oferecê-los nos limites em que isso seja permitido e no tempo processual oportunizado por lei.⁴⁷

A defesa pode ser exercida por meio da defesa técnica e também da autodefesa, as quais são diferenciadas por Bonfim:

A defesa técnica é aquela exercida em nome do acusado por advogado habilitado, constituído ou nomeado, e garante a paridade de armas no processo diante da acusação, que, em regra, é exercida por um órgão do Ministério Público. A defesa técnica é indisponível. Caso o réu não possa contratar um advogado, o juiz deverá nomear para sua defesa um advogado dativo ou, quando possível, determinar que

⁴⁴ NUCCI, 2006, p. 79.

⁴⁵ BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

⁴⁶ NUCCI, op. cit., p. 79.

⁴⁷ LEAL, Rosemiro Pereira apud BONFIM, 2009, p. 43.

assuma a defesa um defensor público. Sem isso, não poderá prosseguir o processo (arts. 261 a 264 do CPP).

A autodefesa é exercida diretamente pelo acusado. É livremente dispensável, e tem por finalidade assegurar ao réu o direito de influir diretamente na formação da convicção do juiz (direito de audiência) e o direito de se fazer presente nos atos processuais (direito de presença). Assim, também, a necessidade de que o acusado seja interrogado presencialmente, conforme o preceito do art. 185 do Código de Processo Penal, sob pena de nulidade.

Existente a defesa técnica, é direito das partes a produção de provas que demonstrem a ocorrência dos fatos alegados que tenham pertinência à causa. Assim, se o juiz da causa rejeita a produção de uma prova que objetivamente seja necessária para a apuração da ocorrência de determinado delito, configura-se o cerceamento ao exercício do direito à ampla defesa (abreviadamente referido como “cerceamento de defesa”), o que configura nulidade. Há que ressaltar que, nesse caso, não importa se a prova tenha sido requerida pela defesa ou pela acusação. O direito de defesa, nesse aspecto, relaciona-se com o dever que as partes no processo penal têm perante a apuração da verdade (*vide*, adiante, o princípio da verdade real), que deverá prevalecer sobre a vontade individual das partes.⁴⁸

Há que se fazer ressalva de que o indeferimento de instrumentos de defesa não constitui, a priori, cerceamento do direito à ampla defesa. De fato, quando a prova requerida não é efetivamente essencial para a apuração da verdade ou quando o juiz entendê-la dispensável, por crer suficiente a prova já existente, este poderá negar sua produção, desde que sua decisão seja devidamente motivada.⁴⁹

A ampla defesa gera inúmeros direitos exclusivos ao réu, segundo demonstra Nucci:

[...] como é o caso de ajuizamento de revisão criminal – o que é vedado à acusação – bem como a oportunidade de ser verificada a eficiência da defesa pelo magistrado, que pode desconstituir o advogado escolhido pelo réu, fazendo-o eleger outro ou nomeando-lhe um dativo, entre outros.⁵⁰

Deste modo, o princípio da ampla defesa garante proteção ao réu diante do aparato persecutório penal e a realização de um processo justo e equitativo, no qual tem o acusado direito à participação, apresentando defesa contra toda e qualquer alegação contrária a seu interesse.

2.3.1.5 Princípio do contraditório

⁴⁸ BONFIM, 2009, p. 43-44.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 44.

⁵⁰ NUCCI, 2006, p. 79.

O princípio do contraditório encontra sua fonte na Constituição Federal⁵¹, no Pacto de San José da Costa Rica⁵² e na Declaração Universal de Direitos do Homem⁵³.

O contraditório, já na clássica definição de Almeida, é “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”⁵⁴, pelo que representa uma garantia conferida às partes de que elas efetivamente participarão da formação da convicção do juiz.

Diante disto, deve-se entender o contraditório como a bilateralidade do processo, sendo que cada ato da parte deve, necessariamente, corresponder a uma ação ou reação da outra parte, de modo que ambos estejam em equivalência de situações perante o juízo.⁵⁵

Isto quer dizer, segundo afirma Nucci:

[...] que toda alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por uma das partes, tem o adversário o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado.⁵⁶

⁵¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Cf. BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

⁵² Art. 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. Cf. CONVENÇÃO americana de direitos humanos 1969 (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2011.

⁵³ Art. XI - 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso. Cf. DECLARAÇÃO universal dos direitos humanos 1948, loc. cit.

⁵⁴ ALMEIDA, Canuto Mendes de apud BONFIM, 2009, p. 41.

⁵⁵ VALE, 2009, p. 238.

⁵⁶ NUCCI, 2006, p. 81.

Nesse sentido, como muitos dos princípios referidos nesse capítulo, está o princípio do contraditório, em certa medida, contido no conjunto das garantias que constituem o princípio do devido processo legal.

Tão importante é este princípio que, não pode o réu ser condenado no processo penal sem que seja oportunizada sua participação, sendo necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo, como define Fernandes:

Pleno, porque se exige a observância do contraditório durante o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo, porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível, proporcionar-lhes os meios para que tenha condições reais de contrariá-las.⁵⁷

Portanto, o princípio do contraditório é fundamental ao processo penal, assegurando aos litigantes o direito de participação e o direito de ser informado de todos os atos processuais e de poder contrapô-los, o qual busca garantir uma efetiva igualdade processual.

2.3.1.6 Princípio da vedação das provas ilícitas

A prova ilícita é versada na Constituição Federal no artigo 5.º, inciso LVI, que dispõe serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.⁵⁸

O conceito de ilícito possui dois sentidos: “a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei; b) sob o prisma amplo, tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito”⁵⁹.

A prova ilícita, portanto, é a prova vedada, isto é, produzida de forma contrária a uma norma legal específica.

O princípio constitui uma vedação a que o juízo adote, como elemento de convencimento no curso do processo penal, elementos de prova obtidos por meios considerados ilícitos.

⁵⁷ FERNANDES, Antonio Scarance apud VALE, 2009, p. 239.

⁵⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Cf. BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza apud VALE, 2009, p. 84.

Afirma Bonfim que “provas obtidas por meios ilegítimos, portanto, não devem influir na formação do convencimento do juiz”⁶⁰. Assim sendo, embora o processo penal tenha por finalidade a busca pela verdade real, esse valor encontra limite no princípio da vedação das provas ilícitas.

Nesta medida, o princípio em tela garante a produção legal de provas, e, por conseguinte, a regularidade processual.

2.3.1.7 Princípio do juiz natural e imparcial

O Estado, na persecução penal, deve assegurar às partes a escolha de um juiz previamente designado por lei e de acordo com as normas constitucionais. Isto é o que prevê o artigo 5.º da Constituição Federal, em seu inc. LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”⁶¹.

Deste modo, evita-se o juízo ou tribunal de exceção, previsto no artigo 5.º, XXXVII, da Constituição Federal, que seria a escolha do magistrado encarregado de analisar determinado caso, após a ocorrência do crime e conforme as características de quem será julgado, afastando-se dos critérios legais anteriormente estabelecidos.⁶²

A preocupação maior desse princípio é assegurar a imparcialidade do juiz, visto que, num Estado Democrático de Direito, é inconcebível que os julgamentos materializem-se de forma parcial, corrupta e dissociada do equilíbrio que as partes esperam da magistratura.⁶³

O princípio do juiz imparcial é constitucionalmente assegurado, embora de maneira implícita, ingressando no sistema pela porta do artigo 5.º, § 2.º, da Constituição: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁶⁴.

De fato, não somente o princípio do juiz imparcial decorre do juiz natural, afinal, este sem aquele não tem finalidade útil, como também é fruto do Pacto de San José da Costa

⁶⁰ BONFIM, 2009, p. 49.

⁶¹ BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

⁶² NUCCI, 2006, p. 82.

⁶³ Ibid., p. 82.

⁶⁴ BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada pelo Decreto 678/92), firmado pelo Brasil e, em vigor, desde 1992. Verifica-se no artigo 8.º, 1, o seguinte:

Art. 8.º, 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.⁶⁵

Observa-se, portanto, que não basta ao processo penal o juiz natural, demanda-se igualmente o juiz imparcial, motivo pelo qual o Código de Processo Penal coloca à disposição do interessado as exceções de suspeição e de impedimento, para buscar o afastamento do magistrado não isento.⁶⁶

Desta forma, ao réu fica garantida uma persecução criminal afastada de qualquer tipo de corrupção ou privilégios, além de um julgamento justo e imparcial, uma vez que o referido princípio assegura às partes a escolha de um juiz previamente constituído e previsto em lei.

2.3.2 Princípios constitucionais implícitos

2.3.2.1 Princípio do duplo grau de jurisdição

Segundo o princípio do duplo grau de jurisdição, pode-se provocar a revisão das decisões, que versem tanto sobre questões de fato quanto sobre questões de direito, por meio da interposição de recursos dirigidos a órgãos jurisdicionais superiores.⁶⁷

Em que pese inexistir previsão expressa, de acordo com Bonfim, “parte da doutrina sustenta que a Constituição Federal, quando organizou o Poder Judiciário em instâncias, consagrou esse princípio implicitamente”.⁶⁸

Com efeito, a Constituição consagra o duplo grau de jurisdição quando estabelece órgãos inferiores (juízo a quo) e superiores (juízo ad quem), conquanto existam algumas

⁶⁵ CONVENÇÃO americana de direitos humanos 1969, loc. cit.

⁶⁶ NUCCI, 2006, p. 91.

⁶⁷ BONFIM, 2009, p. 58.

⁶⁸ Ibid., p. 58.

exceções, que ocorrem quando o recurso é dirigido ao próprio órgão prolator da decisão, para que exerça o chamado efeito regressivo ou interativo dos recursos.⁶⁹

Além disso, ao fixar determinados casos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, a Constituição acaba por instituir situações em que inexistirá o duplo grau de jurisdição, tendo em vista que constituirá tal Corte a única e a última instância.⁷⁰

Outra exceção é o caso das decisões proferidas por Juizados Especiais, que não estão, a rigor, sujeitas ao duplo grau de jurisdição. Isto porque, conforme Bonfim, “o órgão dotado de competência recursal para os casos submetidos à jurisdição daquela corte compõe-se de magistrados que atuam na primeira instância”⁷¹. Desta forma, conquanto haja recurso para a impugnação de suas decisões, não há propriamente duplo grau de jurisdição.⁷²

Da análise dos direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição, apesar da ausência de previsão expressa, extrai-se como corolário o princípio do duplo grau de jurisdição, conforme expõe Vale:

De acordo com Nucci, deve-se fazer uma análise do art. 5.º, § 2.º, da Constituição, “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, com o previsto no capítulo III do título IV da Constituição, que trata da organização do Poder Judiciário. Observa-se que o Brasil, desde 1992, é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assegura ao acusado o direito de recorrer. Por seu turno, o § 3.º da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004 dispõe que os tratados e convenções sobre direitos humanos passam a ter força de emenda constitucional, tendo a referida convenção sido incorporada ao ordenamento jurídico. Também se pode encontrar fundamento constitucional no art. 5.º, LV, da CF, que consagra o contraditório com os meios e recursos a este inerentes.⁷³

Perante este princípio, assegurada às partes a revisão da decisão, evita-se a possibilidade de erro judiciário, que, no processo penal, atinge uma dimensão maior do que a meramente patrimonial, visto que trabalha essencialmente com a liberdade humana.

2.3.2.2 Princípio do promotor natural e imparcial

⁶⁹ VALE, 2009, p. 406.

⁷⁰ BONFIM, 2009, p. 58.

⁷¹ Ibid., p. 58.

⁷² Ibid., p. 58.

⁷³ VALE, op. cit., p. 406-407.

O princípio do promotor natural e imparcial defende que o indivíduo deve ser acusado por órgão imparcial do Estado, previamente designado por lei, vedada a indicação de acusador para atuar em casos específicos.⁷⁴

Este princípio não está expressamente previsto na Constituição, embora se possa encontrar suas raízes na conjugação de normas constitucionais e infraconstitucionais.

A inamovibilidade do promotor está prevista no artigo 128, § 5.º, I, b, da Constituição⁷⁵, o que sustenta um acusador imparcial, visto não ser possível alterar o órgão acusatório, conforme interesses particulares.⁷⁶

Destaca Nery que o princípio do promotor natural significa que “devem todos os promotores de justiça ocupar cargos determinados por lei, vedado ao chefe do MP fazer designações especiais, discricionárias, de promotor *ad hoc* para determinado caso ou avocar autos administrativos ou judiciais afetos ao promotor natural”⁷⁷.

Por seu turno, Topan ensina com clareza que “o princípio do promotor natural, na realidade, é uma garantia da sociedade e não do membro da instituição, que só reflexamente se beneficia”⁷⁸.

Perante este princípio, garante-se ao réu uma acusação imparcial, sem a possibilidade de privilégios que possam causar desequilíbrio entre as partes, equilíbrio este de fundamental importância na persecução criminal.

2.3.2.3 Princípio da vedação à autoincriminação

O princípio da vedação à autoincriminação trata-se de decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência⁷⁹ e ampla defesa⁸⁰, com o direito humano fundamental que permite ao réu manter-se calado^{81 82}.

⁷⁴ NUCCI, 2006, p. 91.

⁷⁵ Art. 128. O Ministério Público abrange: [...] § 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: I - as seguintes garantias: b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa. Cf. BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

⁷⁶ NUCCI, op. cit., p. 91.

⁷⁷ NERY JUNIOR, Nelson apud VALE, 2009, p. 326.

⁷⁸ TOPAN, Luiz Renato apud VALE, 2009, p. 324.

⁷⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à

Se o acusado é presumido inocente, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como de permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que certo não estar obrigado a produzir prova contra si mesmo.

O princípio também decorre do devido processo legal, uma vez que busca proteger o indivíduo contra excessos e abusos por parte do Estado. Nesse sentido, Queijo assevera que:

Nessa ótica, o princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução criminal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.⁸³

Nucci afirma que “o Estado é a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o agente da infração penal, prescindindo, pois, de sua colaboração.”⁸⁴ O autor prossegue para constatar que “seria a admissão de falência de seu aparato e fraqueza de suas autoridades se dependesse do suspeito para colher elementos suficientes a sustentar a ação penal.”⁸⁵

Diante deste princípio, assegura-se ao acusado a dignidade da pessoa humana, já que veda, na persecução criminal, métodos que conduzam à autoincriminação e que violem a integridade física e moral do acusado.

2.3.3 Princípios infraconstitucionais

Além dos princípios constitucionais, é necessário, também, o estudo dos princípios infraconstitucionais aplicáveis ao processo penal, de modo a oferecer subsídio à compreensão da temática específica.

propriedade, nos termos seguintes: [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Cf. BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

⁸⁰ Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Cf. BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

⁸¹ Art. 5º [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. Cf. BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

⁸² NUCCI, 2006, p. 89.

⁸³ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 55.

⁸⁴ NUCCI, op. cit., p. 89.

⁸⁵ Ibid., p. 89.

2.3.3.1 Princípio da prevalência do interesse do réu (*favor rei, favor libertatis, in dubio pro reo*)

O princípio da prevalência do interesse do réu tem por fundamento a presunção de inocência. Conforme aponta o artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, havendo dúvida quanto à existência de um crime ou quanto à culpa do acusado, deve ser este absolvido.⁸⁶

Abordando o princípio em questão, Nucci afirma que “[...] quando dispositivos processuais penais forem interpretados, apresentando dúvida razoável quanto ao seu real alcance e sentido, deve-se optar pela versão mais favorável ao acusado, que, como já se frisou, é presumido inocente até que se demonstre o contrário”⁸⁷.

Este princípio, também conhecido como *in dubio pro reo* tem sua antítese teórica no princípio *in dubio pro societate*, que preceitua que, no caso de dúvida quanto à culpa do acusado, deve-se decidir em favor da sociedade.

Assevera Bonfim que, no sistema jurídico brasileiro, o princípio *in dubio pro societate* somente tem aplicação em específicas oportunidades, sendo quando do oferecimento da inicial acusatória, porquanto não se cobra certeza definitiva quanto à autoria criminosa, somente indícios de autoria; e nos processos do Júri, quando do encerramento da primeira fase, no momento da decisão de pronúncia pelo juiz.⁸⁸

Não obstante, ainda Bonfim, ressalta que “qualquer que seja o tipo de procedimento, sempre que se tratar de decisão definitiva de mérito – sentença em sentido estrito -, vigerá o princípio *in dubio pro reo*”.⁸⁹

Prossegue o autor que “Em um Estado Democrático de Direito, deve-se privilegiar a liberdade em detrimento da pretensão punitiva”.⁹⁰ O acusado é presumidamente inocente e somente a certeza da culpa surgida no espírito do juiz poderá fundamentar uma condenação.

Nesse sentido, Pedroso sustenta que:

A sentença de conteúdo condenatório exige, para sua prolação, a certeza de ter sido cometido um crime e der o acusado o seu autor. A menor dúvida a respeito acena para a possibilidade de inocência do réu, de sorte que a Justiça não faria jus a essa

⁸⁶ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VII – não existir prova suficiente para a condenação. Cf. BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2011.

⁸⁷ NUCCI, 2006, p. 81.

⁸⁸ BONFIM, 2009, p. 47.

⁸⁹ Ibid., p. 47.

⁹⁰ Ibid., p. 47.

denominação se aceitasse, nessas circunstâncias, um édito condenatório, operando com uma margem de risco – mínima que seja – de condenar quem nada deva.⁹¹

Assim sendo, o princípio da prevalência do interesse do réu, uma vez que exige a certeza para prolação de uma sentença penal condenatória, evita a possibilidade de erro judiciário.

2.3.3.2 Princípio da busca da verdade real

A análise desse princípio inicia-se pelo conceito de verdade, que é sempre relativa, até apontar a conclusão de que há impossibilidade real de se extrair, nos autos, o fiel retrato da realidade do crime.

Ensina Malatesta que a verdade é a “conformidade da noção ideológica com a realidade”⁹² e que a certeza é a crença nessa conformidade, gerando um estado subjetivo do espírito ligado a um fato, sendo possível que essa crença não corresponda à verdade objetiva. Portanto, pode-se afirmar que “certeza e verdade nem sempre coincidem; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro; e a mesma verdade que parece certa a um, a outros parece por vezes duvidosa quiçá até mesmo falsa a outros ainda”.⁹³

Diante disso, jamais, no processo, pode assegurar o juiz ter alcançado a verdade objetiva, aquela que corresponde perfeitamente com o acontecido no plano real. Com efeito, tem o magistrado, uma crença segura na verdade que transparece através das provas colhidas e, por tal motivo, condena ou absolve.⁹⁴

Acerca do tema, Nucci assevera:

Material ou real é a verdade que mais se aproxima da realidade. Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próxima da realidade e outra menos. Entretanto, como vimos, o próprio conceito de verdade é relativo, de forma que é impossível falar em verdade absoluta ou ontológica, mormente no processo, julgado e conduzido por homens, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem ser insuficientes. Ainda, assim, falar em verdade real implica provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade. Afinal, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica

⁹¹ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 150.

⁹² MALATESTA, **A lógica das provas em matéria criminal**, v. 1, p. 22 apud NUCCI, 2006, p. 95.

⁹³ MALATESTA, **A lógica das provas em matéria criminal**, v. 1, p. 22 apud NUCCI, 2006, p. 95.

⁹⁴ NUCCI, 2006, p. 95.

e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu.⁹⁵

O princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando como o que lhe é apresentado, simplesmente.

Contrariamente à verdade formal, inspiradora do processo civil, onde o juiz não está obrigado a buscar provas, sobretudo em ações de conteúdo exclusivamente patrimonial, que constitui interesse disponível, contentando-se com a trazida pelas partes e extraíndo sua conclusão com o que se descortina nos autos, a verdade real vai além: quer que o magistrado seja co-autor na produção de provas.⁹⁶

Nesse sentido, o juiz, por expressa previsão legal, poderá determinar a produção de provas que repute relevantes, conforme disposto no artigo 156, I, do Código de Processo Penal⁹⁷.

O dever de produção de provas não é apenas das partes, portanto. Além disso, há interesses maiores em discussão, pois, as provas também são produzidas em favor da sociedade. Para tanto, além das próprias partes, também o órgão julgador deverá diligenciar na busca de todos os elementos que permitam a reconstrução dos acontecimentos levados a juízo.

2.3.3.3 Princípio do livre convencimento motivado

O princípio do livre convencimento motivado encontra fundamento legal no artigo 155 do Código de Processo Penal:

o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.⁹⁸

⁹⁵ NUCCI apud NUCCI, 2006, p. 95.

⁹⁶ NUCCI, 2006, p. 96.

⁹⁷ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Cf. BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**, loc. cit.

⁹⁸ BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

Ao juiz assiste plena e absoluta liberdade para se convencer, analisando os fatos contidos no processo e atribuindo-lhes o valor que o sistema jurídico e sua consciência aquilataram válido à solução da demanda penal.

Se nos primeiros estágios da atividade processual possa surgir e persistir a dúvida, no momento final o juiz tem de portar o estado anímico da certeza. O órgão julgador deve afastar todos os argumentos e motivos propiciadores de incerteza, pois, ausente o convencimento, impõe-se a absolvição, mesmo que não o assista uma certeza inversa, no sentido de inocência do réu.⁹⁹

Para Manzini, o convencimento deve derivar dos fatos examinados e declarados certos e não só dos elementos psicológicos do juiz, desvinculados desses mesmos fatos.¹⁰⁰

Assevera Lopes Júnior que “[...] o livre convencimento é, na verdade, muito mais limitado do que livre. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de controle.”¹⁰¹

Livre convencimento não significa liberdade absoluta do juiz para decidir consoante sua ideologia, formação religiosa ou cultural. A convicção judicial deve emanar, necessariamente, dos meios de prova recebidos no debate, de conformidade com os preceitos legais pertinentes¹⁰².

O juiz goza de plenos poderes para livremente valorar a prova, não se sujeitando a limitações ou a comandos do regime de prova legal, mas deve ser inspirado pela sadia crítica racional. Esta é exercitada mediante a utilização dos conhecimentos da lógica, da psicologia, da técnica de comunicações e da experiência comum.¹⁰³

O acompanhamento do raciocínio judicial tornar-se-á possível mediante observância do preceito da fundamentação das decisões judiciais, disposto no artigo 93, inciso IX¹⁰⁴, da Constituição.

⁹⁹ AQUINO, 1997, p. 68.

¹⁰⁰ MANZINI, Trattato apud AQUINO, 1997, p. 68.

¹⁰¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 289.

¹⁰² MARICONDE, Vélez apud AQUINO, 1997, p. 68.

¹⁰³ AQUINO, op. cit., p. 68-69.

¹⁰⁴ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação [...]. Cf. BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

O livre convencimento motivado permite ao órgão julgador valorar a prova da maneira que entender pertinente para se convencer, impedindo que o juiz deva se prender às provas obtidas na persecução criminal, e na falta delas, tenha que absolver o réu.

Por fim, imperioso destacar que para o estudo da possibilidade de condenação do acusado pela prática do crime de homicídio diante da ausência do corpo da vítima, não basta averiguar os princípios constitucionais e processuais que embasam a temática, necessário se faz também analisar o que é o crime de homicídio e a prova de sua materialidade.

3 O CRIME DE HOMICÍDIO E SUA MATERIALIDADE

Tendo em vista os objetivos almejados neste trabalho, torna-se imprescindível que se faça uma breve consideração acerca do crime de homicídio e uma análise mais detalhada sobre a necessidade da prova de sua materialidade, bem como de meios de provas admitidas no direito processual penal para tal finalidade.

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Homicídio constitui crime com previsão legal encartada no artigo 121¹ do Código Penal Brasileiro. No entendimento de Capez, consiste “na morte de um homem provocada por outro homem. É a eliminação da vida de uma pessoa”.²

De fato, trata-se de uma brutalidade sem tamanho, embora tipificado no mais curto artigo do referido Código, o crime em questão agasalha “a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada”.³

O crime de homicídio apresenta dois elementos constitutivos: o elemento subjetivo (dolo ou culpa) e o elemento objetivo (ação ou omissão e resultado), conforme explica Rodrigues:

O elemento subjetivo do homicídio é o dolo ou a culpa, elemento de capital importância para a caracterização do crime. O homicídio tem por elemento subjetivo o *dolo* quando o agente *quis* (dolo direto) ou *assumiu o risco de produzir* (dolo eventual) o resultado *morte* de alguém.

O *elemento subjetivo* é a *culpa*, quando o agente ocasionou a morte de alguém por negligência, imperícia ou imprudência.

Vejam agora o *elemento objetivo*, que não é senão a ação ou omissão que produz o resultado: morte.

É preciso que se estabeleça a relação de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o resultado morte para que o homicídio possa ser imputado àquele que praticou a ação ou omissão.⁴

¹ Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos. Cf. BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del2848.htm>. Acesso em: 26 mar. 2011.

² CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. v. 2, p 3.

³ HUNGRIA apud MORAIS, Paulo Heber de. **Prática, processo e jurisprudência: Homicídio**. 3. ed. Curitiba: Juruã, 1978. v. 21, p. 19.

⁴ RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. **ABC do direito penal**. 10. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 165.

Ainda segundo o autor, “é a verificação da morte do sujeito passivo que determina o momento consumativo do homicídio.”⁵

O homicídio é classificado, então, como crime material, o qual se realiza com a prática da ação e a superveniência do resultado.⁶

Vale ressaltar, que o tipo descreve conduta e resultado, sendo certo que o resultado morte da vítima há de se vincular pelo nexo causal à conduta do agente. Capez esclarece que nexo causal “é o elo de ligação concreto, físico, material e natural que se estabelece entre a conduta do agente e o resultado naturalístico, por meio do qual é possível dizer se aquela deu ou não causa a este”.⁷

O resultado é o evento morte. Deste modo, por se tratar de crime que deixa vestígio, é imprescindível o exame de corpo de delito, direto ou indireto, isto é, a existência do cadáver, ou, na sua ausência, elementos suficientes de certeza para substituí-lo.⁸

Diante disto, considerando que o crime de homicídio exige, a priori, a existência do corpo da vítima para comprovar a ocorrência do delito, necessário se faz o estudo da prova da materialidade de um crime, para posterior análise da possibilidade de condenação do acusado ante a ausência de exame pericial sobre o corpo da vítima.

3.2 MATERIALIDADE DE UM CRIME

A prova da materialidade de um crime é requisito essencial para o ajuizamento da ação penal, bem como, ao menos, indícios de autoria, de maneira que possa existir fundada suspeita acerca da prática de infração penal.

3.2.1 Considerações gerais

Para Malatesta, a materialidade do delito consiste sempre em modificações das coisas ou pessoas. Afirma o autor que nisto está sua ilegitimidade: “na perturbação do legítimo

⁵ RODRIGUES, 1988, p. 165.

⁶ MORAIS, 1978. v. 21, p. 21.

⁷ CAPEZ, 2007. v. 2, p 8-9.

⁸ MORAIS, op. cit., p. 21.

modo de ser das coisas ou pessoas, aviltando o direito da pessoa relativamente a si mesma, às outras pessoas ou coisas”.⁹

Lopes Júnior entende que “a acusação deve ser portadora de elementos probatórios, geralmente extraídos da investigação preliminar (inquérito policial), que justifiquem a admissão da acusação e o custo que representa o processo penal em termos de estigmatização e penas processuais.”¹⁰

Desta forma, caso os elementos probatórios do inquérito sejam insuficientes para justificar a abertura do processo penal, deve o magistrado rejeitar a acusação.¹¹

A exigência de justa causa para o ajuizamento da ação penal constitui, para parte da doutrina, um quarto elemento, além das três condições genéricas exigidas para o legítimo exercício do direito de ação penal, quais sejam, possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para agir e interesse processual.

O Código de Processo Penal, inclusive, em seu artigo 648, inciso I, dispõe que a ausência de justa causa para a ação penal constitui ilegalidade e enseja impetração de habeas corpus.¹²

Bonfim explica no que consiste a justa causa:

A justa causa - identificada por parte da doutrina como condição da ação autônoma - consiste na obrigatoriedade de que exista, no momento do ajuizamento da ação, prova acerca da materialidade delitiva e, ao menos, indícios de autoria, de modo a existir fundada suspeita acerca da prática de um fato de natureza penal.¹³ (grifo nosso)

Assim, é necessário que haja provas acerca da possibilidade de existência de uma infração penal e indicações razoáveis do indivíduo que tenha sido o autor desse delito.

Nesse mesmo sentido, sustenta Tourinho Filho que não basta simples denúncia, narrando o fato criminoso e dizendo quem foi seu autor, “É preciso haja elementos de convicção, suporte probatório à acusação, a fim de que o pedido cristalizado na peça acusatória possa ser digno de apreciação”.¹⁴

⁹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996. v. 1, p. 244.

¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 343.

¹¹ LOPES JÚNIOR, loc. cit.

¹² Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal: I - quando não houver justa causa. Cf. BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2011.

¹³ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 150.

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 20. ed. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 504.

Esclarece Lopes Júnior, que não há que se confundir esse requisito com a primeira condição da ação, pois, lá, exige-se a demonstração de que a conduta praticada é aparentemente típica, ilícita e culpável, e aqui, a análise deve recair sobre a existência de elementos probatórios de autoria e materialidade.¹⁵

Prossegue o autor, afirmando que “a acusação não pode, diante da inegável existência de penas processuais, ser leviana e despida de um suporte probatório suficiente para, à luz do princípio da proporcionalidade, justificar o imenso constrangimento que representa a assunção da condição de réu.”¹⁶

Bonfim assevera que, não obstante a posição daqueles que entendem que a justa causa constitui condição autônoma da ação, isto é, distinta das três condições genéricas mencionadas, tem-se que esta não expressa mais do que a existência, em cada caso concreto, do interesse de agir e da legitimidade passiva *ad causam*.¹⁷

De fato, as provas acerca da materialidade delitiva demonstram a necessidade de que seja instaurado um processo para que se apure o fato narrado. Já os indícios de autoria, ainda que de forma relativamente incerta, é que tornarão possível determinar a pessoa que deverá figurar no pólo passivo da demanda.¹⁸

Cumprir registrar que além das condições genéricas da ação, aplicáveis de modo geral a todas as espécies de ação, há também as condições específicas, que representam requisitos para o exercício da ação apenas em algumas circunstâncias.¹⁹

Atualmente, segundo discorre Bonfim, a doutrina tem entendido que tanto as condições genéricas como as condições específicas da ação constituem espécies das condições de procedibilidade, ou seja, condições que, se não satisfeitas, impedem o prosseguimento do processo rumo ao pronunciamento quanto ao mérito da questão.²⁰

Diante disto, necessária se torna a prova da materialidade de um crime para que haja comprovação da existência deste, e, por conseguinte, justa causa para o ajuizamento da ação penal.

Em relação ao crime de homicídio, a prova da materialidade, a princípio, constitui-se nos vestígios deixados pelo delito. Desta forma, tem-se que o exame de corpo de delito torna-se indispensável para a comprovação da infração penal, questão esta que será analisada mais adiante.

¹⁵ LOPES JÚNIOR, 2008, p. 343.

¹⁶ Ibid., p. 343.

¹⁷ BONFIM, 2009, p. 150.

¹⁸ Ibid., p. 150.

¹⁹ Ibid., p. 150.

²⁰ Ibid., p. 151.

De tal modo, os crimes, quanto a sua existência material, podem deixar vestígios ou não, aspectos que serão abordados a seguir.

3.2.2 Crimes que deixam vestígios e crimes que não deixam vestígios

As infrações penais, quanto a sua existência material, que, como visto, deve ser provada, são consideradas sob dois aspectos: quando deixam vestígios (infrações de fato permanente) e quando não deixam vestígios (infrações de fato transeunte).

Segundo Rodrigues, as infrações de fato permanente são “aquelas que, deixando vestígios, por maior ou menor espaço de tempo, permitem que a infração, na sua materialidade, seja examinada por técnico.”²¹

O exame referido se processa nos elementos sensíveis do fato criminoso, a cujo conjunto se dá a denominação de “corpo de delito”, conforme assevera Mendes. Explica, ainda, que esses elementos sensíveis não são senão os que se podem perceber pela vista, pelo ouvido, tato etc.²²

Além disso, Martins afirma que é do texto legal²³, que a infração que deixar vestígios será demonstrada por exame de corpo de delito, direto ou indireto, vedado seu suprimimento pela confissão do acusado.²⁴

Já as infrações que não deixam vestígios são as de fato transeunte, como ocorre nos crimes de injúria, difamação e calúnia, os quais são cometidos verbalmente.²⁵

Desta maneira, diante da análise da possibilidade de condenação do acusado no crime de homicídio, delito que, como se sabe, exige a prova da materialidade, necessário se faz a demonstração dos meios de provas admitidos no processo penal, para tal finalidade.

²¹ MENDES, João apud RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. **ABC do processo penal**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 186.

²² MENDES, João apud RODRIGUES, 1986, p. 186.

²³ Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. Cf. BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**, loc. cit.

²⁴ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prova criminal**: retrospectiva histórica, modalidades, valoração, incluindo comentários sobre a Lei 9.296/96. Curitiba: Juruã, 1996, p. 33.

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 266.

3.3 PROVAS DA MATERIALIDADE DO DELITO

A ação penal é o meio que possibilita o exercício da jurisdição, sendo o processo o caminho pelo qual, com a finalidade de construir ou recompor a paz social, a ação se desloca para chegar à prestação jurisdicional. As provas são componentes deste caminho, que darão aos sujeitos processuais a máxima clareza possível da verdade por meio delas alcançada, para que se possa chegar a uma sentença justa.²⁶

Por conseguinte, a prova visa à reconstrução dos fatos que atinem para o objeto do processo, a fim de que se alcance o conhecimento necessário ao deslinde que lhe há de ser dado por meio da decisão.²⁷

Provar, portanto, segundo Pedroso, além de estabelecer um estado de convicção e certeza, “consiste, pois, em elucidar, esclarecer e demonstrar a veracidade de um fato, episódio ou relação jurídica, tornando-os sobranceiros e indenes a qualquer dúvida, fazendo-os certos e determinados quanto à sua existência.”²⁸

Sob o mesmo prisma, elucidada Araújo que “pode-se vislumbrar a prova como meio, isto é, instrumento utilizado pelos que intervêm no processo, de forma a convencer o julgador acerca dos fatos supedaneadores de suas alegações”.²⁹

Em primeiro lugar, a título de esclarecimento, convém salientar que os meios de provas compreendem tudo que possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo.³⁰

Como se sabe, vigora no direito processual penal o princípio da busca da verdade real, de tal maneira que não há de se cogitar qualquer espécie de limitação à prova, sob pena de se frustrar o interesse estatal na justa aplicação da lei.

Ocorre, contudo, que o princípio da liberdade probatória não é absoluto, conforme comporte restrições, como demonstra Capez:

No Código de Processo Penal, vislumbram-se, dentre outras, as seguintes limitações ao princípio da liberdade dos meios de provas: art. 155, que manda observar as mesmas exigências e formalidades da lei civil para a prova quanto ao estado das pessoas (casamento, morte e parentesco são situações que somente se provam mediante as respectivas certidões); art. 158, que exige o exame de corpo de delito

²⁶ COLMENERO, Fernando Pinto apud PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 20.

²⁷ PEDROSO, 2005, p. 20.

²⁸ Ibid., p. 21.

²⁹ ARAÚJO, José Osterno Campos de. **Verdade processual penal**: limitações à prova. Curitiba: Juruá, 2008, p. 103.

³⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 315.

para as infrações que deixarem vestígios (não transeuntes), não admitindo seja suprido nem pela confissão do acusado; art. 406, § 2º, que proíbe a produção de prova documental na fase de oferecimento das alegações escritas, no procedimento do Júri; art. 475, vedando, durante os debates em plenário, a produção ou leitura de qualquer documento, ainda que essencial, se não tiver sido cientificado à parte contrária com, no mínimo, três dias de antecedência; e a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI).³¹

Ressalta Malatesta, “se é verdade que dar a prova ou constituir a certeza é tender ao mesmo fim, deve ser exato que todo o meio de produzir a certeza será necessariamente um meio de prova também.”³²

Desta feita, demonstrados os meios de provas cabíveis no direito penal adjetivo, impõe-se a distinção entre a prova direta e a prova indireta.

3.4 PROVA DIRETA E PROVA INDIRETA

Quanto às classificações da prova, estas são inúmeras. Em relação ao objeto, que nada mais é do que o fato cuja existência carece ser demonstrada, a prova pode ser classificada como direta ou indireta, segundo demonstra Capez:

- a) *direta*: quando, por si, demonstra um fato, ou seja, refere-se diretamente ao fato probando;
- b) *indireta*: quando alcança o fato principal por meio de um raciocínio lógico-dedutivo, levando-se em consideração outros fatos de natureza secundária, porém relacionados com o primeiro, como, por exemplo, no caso de um *álibi*.³³

Esclarece, ainda, Carnelutti, a distinção entre aquilo que chama de prova direta e indireta:

[...] a primeira, aquela que o juiz pode perceber mediante o contato direto entre os seus próprios sentidos e a realidade fática, através, por exemplo, de uma inspeção judicial; a segunda, aquela que não lhe é dado perceber diretamente, em razão de se tratar de fato jurídico transeunte e passado, tendo que chegar ao seu conhecimento através de outro fato, do qual se possa deduzir a ocorrência do primeiro.³⁴

Para Malatesta, a prova direta é a prova imediata, ainda que seja de fração de um elemento criminoso. Com efeito, tendo as frações de um elemento criminoso uma relação

³¹ CAPEZ, 2008, p. 316.

³² MALATESTA, 1996. v. 1, p. 112.

³³ CAPEZ, op. cit., p. 314

³⁴ CARNELUTTI apud PICININI, Joel. **A avaliação da prova e a formação do convencimento judicial**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 873, 23 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7621/a-avaliacao-da-prova-e-a-formacao-do-convencimento-judicial>>. Acesso em: 16 abr. 2011.

entre si, entende-se que, por meio de argumentos lógicos, de uma fração se pode passar à outra e, portanto, “a prova imediata de um fração, de elemento criminoso, funciona como prova mediata das outras frações, isto é, a prova direta, relativamente a uma parte, é ao mesmo tempo indireta quando a outras partes do mesmo elemento criminoso.”³⁵

Do pensamento de Malatesta se entende como pode a prova direta, quanto a um elemento do crime, ser indireta quanto a um outro. Portanto, para a prova da totalidade do crime, não há prova direta que não se apresente com um misto de prova indireta.

Desta forma, é direta a prova que tem por objeto imediato a coisa que se quer averiguar ou nela consiste. E dado o caso, no julgamento criminal, de se querer verificar o delito imputado, prova direta é aquela que tem por conteúdo imediato esse delito imputado.³⁶

Em relação ao argumento probatório indireto, Malatesta afirma que do ponto de vista lógico só pode ser experimental e do ponto de vista ontológico pode ser de duas espécies.³⁷

O estudo destas duas espécies de argumento probatório deve conduzir, segundo o referido autor, a duas classes da prova indireta: “prova indireta em relação à identidade, na qual assentamos em especial e propriamente o que se chama *presunção*; prova indireta em relação à causalidade, na qual assentamos em especial e propriamente o que se chama *indício*”³⁸, o qual será visto mais adiante.

Por conseguinte, apresentada a distinção entre a prova direta e a indireta, será abordada a prova pericial, meio pelo qual se comprova, de forma direta, a materialidade do crime de homicídio.

3.5 PROVA PERICIAL

O termo “perícia”, originário do latim *peritia* (habilidade especial), segundo define Capez, “é um meio de prova que consiste em um exame elaborado por pessoa, em regra profissional, dotada de formação e conhecimentos técnicos específicos, acerca de fatos necessários ao deslinde da causa.”³⁹

³⁵ MALATESTA, 1996. v. 1, p. 151.

³⁶ Ibid., p. 151.

³⁷ Ibid., p. 177.

³⁸ Ibid., p. 177.

³⁹ CAPEZ, 2008, p. 325.

Prossegue o autor, afirmando que “trata-se de um juízo de valoração científico, artístico, contábil, avaliatório ou técnico, exercido por especialista, com o propósito de prestar auxílio ao magistrado em questões fora de sua área de conhecimento profissional.”⁴⁰

A perícia só pode recair sobre circunstâncias que tenham relevância para o processo, já que a prova não tem como objeto fatos inúteis.

Por se tratar de uma prova pessoal, a perícia tem em seu conteúdo certa dose de subjetividade, demandando uma apreciação pessoal que, em alguns casos, pode variar de perito para perito.⁴¹

Dispõe o artigo 159, *caput*, do Código de Processo Penal, que “O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior”⁴². Caso não haja perito oficial, o exame será feito por duas pessoas idôneas, escolhidas de preferência as que tiverem habilitação técnica, conforme prevê o § 1º do referido artigo.⁴³

A perícia é posta em nossa legislação como um meio de prova, à qual se atribui um valor especial. Segundo afirma Capez, “representa um *plus* em relação à prova e um *minus* em relação à sentença. É também chamada de prova crítica.”⁴⁴

Nesse mesmo sentido, entende Aranha, que “a prova tem como objeto os fatos, a perícia, uma manifestação técnico-científica, e a sentença, uma declaração de direito. Logo, a opinião, que é o objeto da perícia, situa-se numa posição intermediária entre os fatos e a decisão.”⁴⁵

Tal assertiva está alicerçada nos seguintes elementos:

a) Em primeiro lugar porque a função do perito não se esgota com a reprodução tão-só do que constatou com os seus conhecimentos especializados, hipótese em que estaria em idêntica situação com o testemunho, mas caminha bem além de uma simples transmissão de um fato.

O perito emite um juízo de valor.

Apurado o fato entra em conjecturas sobre o relacionamento entre ele e um princípio técnico-científico para, por meio da experiência, da probabilidade ou de uma constatação, fornecer o diagnóstico e, às vezes, o prognóstico.

Logo, não se trata apenas de uma constatação de uma realidade, mas também um juízo de valor sobre os fatos, o que excede à simples condição de mera prova.

⁴⁰ CAPEZ, 2008, p. 325.

⁴¹ Ibid., p. 325.

⁴² BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**, loc.cit.

⁴³ Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. § 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. Cf. BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. loc. cit.

⁴⁴ CAPEZ, op. cit., p. 325.

⁴⁵ ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. **Da prova no processo penal**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 134.

b) Em segundo lugar porque a perícia é sempre prospectiva enquanto as provas são retrospectivas.

Afirmamos nós: a testemunha exuma um fato passado, faz um retrospecto; o perito transmite uma conclusão técnico-científica, o que importa numa prospectiva.

c) Por terceiro, em razão de todas as provas serem objetivas, ao passo que a perícia é eminentemente subjetiva.⁴⁶

Diante disto, o que caracteriza a perícia é a formulação de um juízo de valor, elementos que importam na afirmativa de que, indiscutivelmente, tem o seu conteúdo subjetivo, o que contraria todas as outras provas, pois estas são apenas objetivas.⁴⁷

Não obstante a perícia seja um trabalho opinativo, não vincula o juiz, que pode discordar das conclusões dos expertos, embora deva fazê-lo de forma fundamentada, conforme prevê o artigo 182 do Código de Processo Penal^{48, 49}.

De outro norte, assevera Aranha que embora o julgador não esteja vinculado ao resultado da perícia, somente poderá afastar as conclusões periciais ocorrendo erro ou dolo, pois se lhe fosse possível chegar às suas próprias conclusões, a perícia seria evidentemente desnecessária.⁵⁰

A perícia é o meio pelo qual se realiza o exame de corpo de delito, que se destina a comprovar a materialidade do crime de homicídio. Desta forma, antes de abordar o referido exame, faz-se necessário uma breve distinção entre corpo de delito e corpo da vítima.

3.5.1 Breve distinção entre corpo de delito e corpo da vítima

Segundo Felipe, o corpo da vítima é o “cadáver humano”, unicamente o corpo físico da pessoa.⁵¹

O corpo de delito, por sua vez, que se faz indispensável nos crimes de natureza material, é definido da seguinte forma por Malatesta:

Corpo de delito, propriamente, não pode designar senão tudo o que representa a exteriorização material e a aparência física do delito. Mas a exteriorização material, e a aparência física do delito só podem consistir no que, achando-se imediatamente

⁴⁶ ARANHA, 1987, p. 136.

⁴⁷ Ibid., p. 137.

⁴⁸ Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte. Cf. BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. loc. cit.

⁴⁹ CAPEZ, 2008, p. 325.

⁵⁰ ARANHA, op. cit., p. 137.

⁵¹ FELIPPE, Donald J. **Dicionário jurídico de bolso**. 14. ed. São Paulo: Peritas Editora e Distribuidora Ltda., 2000, p. 117.

ligado à consumação do próprio delito, representa, podemos dizer, a sua figura física.⁵²

Para Capez, corpo de delito “é o conjunto de vestígios materiais (elementos sensíveis) deixados pela infração penal, ou seja, representa a *materialidade* do crime. Os elementos sensíveis são os vestígios corpóreos perceptíveis por qualquer dos sentidos humanos.”⁵³

Sob o mesmo prisma, afirma Mendes que “a observação e a recomposição desses elementos sensíveis do fato criminoso, eis o que se chama formar o corpo de delito.”⁵⁴

O corpo de delito constitui, portanto, no conjunto, a soma de todos os vestígios e sinais deixados pelo delito.

Consequentemente, o exame de corpo de delito constitui a análise técnica de tais vestígios, o qual será abordado em seguida.

3.5.2 Exame de corpo de delito

Exame de corpo de delito constitui perícia destinada a comprovar a existência do delito. Capez o define como um auto em que os peritos descrevem suas observações.⁵⁵

De acordo com o disposto no artigo 158 do Código de Processo Penal: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”⁵⁶

Logo, trata-se de prova obrigatória, sendo cogente à autoridade policial que vier a tomar conhecimento de prática de infração penal determinar o exame de corpo de delito, na forma prevista pelo artigo 6º, inciso VII, do referido diploma legal⁵⁷.

A lei processual penal, em seu artigo 159, *caput*, exige que o exame seja efetivado por perito oficial, ou na falta deste, por duas pessoas idôneas, com diploma de curso superior,

⁵² MALATESTA, 1996, p. 34.

⁵³ CAPEZ, 2008, p. 328.

⁵⁴ MENDES, João apud ARANHA, 1987, p. 138.

⁵⁵ CAPEZ, op. cit., p. 328.

⁵⁶ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**, loc. cit.

⁵⁷ Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...] VII determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias. Cf. BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**, loc. cit.

de preferência com habilitação técnica na área, devidamente compromissadas (§§ 1º e 2º do mesmo artigo).⁵⁸

O exame de corpo de delito, como foi dito, pode ser direto ou indireto. Capez define bem essas duas espécies:

O Código de Processo Penal prêve duas espécies de exame de corpo de delito, quais sejam: a) exame de corpo de delito direto: sua realização é imprescindível nas infrações penais que deixam vestígios. Realiza-se mediante a inspeção e autópsia do cadáver, na busca da *causa mortis*, sendo tal exame devidamente documentado por laudo necroscópico. b) exame de corpo de delito indireto: não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta (CPP, art. 167). Desse modo, a partir da palavra de testemunhas e da análise de documentos demonstrativos da realidade tanatológica (exame indireto) é possível constatar o resultado naturalístico.⁵⁹

Ressalta o autor, que sendo possível o exame de corpo de delito direto, não pode supri-lo o indireto, ensejando, nesse caso, a ocorrência de nulidade, conforme prevê o artigo 564, III, *b*, do Código de Processo Penal⁶⁰.

Contudo, o artigo mencionado faz ressalva ao disposto no artigo 167 do mesmo diploma legal: “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.⁶¹

Diante desta ressalva, Capez entende haver duas interpretações possíveis para o previsto no artigo 167 do Código de Processo Penal:

a) o juiz poderá considerar suprida a falta do exame de corpo de delito pela prova testemunhal, ou seja, pelos depoimentos prestados em audiência quando, desde logo, os vestígios desapareceram; b) o art. 167 do Código de Processo Penal não determina que o juiz tome a prova testemunhal como substitutiva do exame de corpo de delito direto, mas que os peritos elaborem um laudo indireto, a partir das informações prestadas pelas testemunhas. Para essa última corrente, não se trata de prova testemunhal, mas de exame pericial indireto elaborado a partir de informes fornecidos pelas testemunhas.⁶²

Nesse mesmo sentido, Bonfim:

Refere-se à lei a duas modalidades de exame de corpo: o exame direto e o indireto.

⁵⁸ Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. § 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. § 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo. Cf. BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. loc. cit.

⁵⁹ CAPEZ, 2007. v. 2, p 8-9.

⁶⁰ Id., 2008, p. 328.

⁶¹ Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: [...] b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167. Cf. BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**, loc. cit.

⁶² CAPEZ, 2008, p. 329.

A doutrina define o exame direto como aquele em que os peritos examinam os próprios vestígios materiais relativos à prática delituosa investigada. Já no que diz respeito ao exame indireto, há divergência quanto ao seu significado. Para alguns autores, o exame de corpo de delito indireto é aquele constituído pelo depoimento de testemunhas sobre a materialidade do delito, em face de eventual impossibilidade da realização do exame direto ensejada pelo desaparecimento dos vestígios (art. 167 do Código de Processo Penal). Outros entendem que o exame indireto é aquele feito pelos peritos com base em elementos diversos da prova testemunhal que constarem do processo. Finalmente, uma terceira corrente, à qual nos filiamos, sustenta que o exame de corpo de delito indireto pode ser realizado por perícia ou por simples análise judicial de outras provas.⁶³

Capez entende correta a primeira posição, a qual estabelece que quando a infração deixar vestígios, caso estes vestígios constituam o próprio corpo de delito, realizar-se-á o exame direto, ou quando embora desaparecido o corpo de delito, ainda restarem vestígios periféricos, o exame indireto.⁶⁴

Isto porque, o artigo 167 do Código de Processo Penal cuida de hipótese diversa, qual seja a do desaparecimento de todos os vestígios, principais e periféricos. Neste caso, não tem sentido falar-se em perícia, podendo a prova testemunhal suprir-lhe a falta.⁶⁵

Por seu turno, Oliveira entende correta a segunda posição, ou seja, que “o exame indireto será feito também por perito, só que a partir de informações prestadas por testemunhas ou pelo exame de documentos relativos aos fatos cuja existência se quiser provar, quando, então, se exercerá e se obterá apenas um conhecimento técnico por dedução”.⁶⁶

De outro norte, acrescenta o autor, que a doutrina de Tornaghi e Greco Filho não vêem na regra do artigo 167 do Código de Processo Penal uma espécie de exame de corpo de delito indireto. Para aqueles autores, nesse caso, a prova será exclusivamente testemunhal.⁶⁷

Deste modo, fica evidente, por meio de sua completa definição legal, a importância do exame de corpo de delito para informar sobre a ocorrência do crime de homicídio.

Por fim, findado o estudo da prova pericial, impõe-se a análise da prova indiciária, meio pelo qual se pode comprovar indiretamente a existência do crime de homicídio, quando não localizado o corpo da vítima.

⁶³ BONFIM, 2009, p. 336.

⁶⁴ CAPEZ, 2008, p. 329.

⁶⁵ Ibid., p. 329.

⁶⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de Oliveira. **Curso de processo penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 361.

⁶⁷ OLIVEIRA, loc. cit.

3.6 PROVA INDICIÁRIA

A análise da prova indiciária deve iniciar-se pelo conceito de indício. Por definição legal, considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias, conforme disposto no artigo 239 do Código de Processo Penal⁶⁸.

Capez define indício como “toda circunstância conhecida e provada, a partir da qual, mediante raciocínio lógico, pelo método indutivo, obtém-se a conclusão sobre um outro fato. A indução parte do particular e chega ao geral”.⁶⁹

Na ilustre concepção de Mittermayer, indício “é um fato em relação tão precisa com outro fato que, de um, o juiz chega ao outro por uma conclusão natural. É preciso, então, que haja na causa dois fatos, um verificado, e outro não provado, mas que se trata de provar raciocinando do conhecido para o desconhecido”.⁷⁰

Manzini, por outro lado, afirma que “o indício é uma circunstância certa, da qual se pode tirar, por indução lógica, uma conclusão acerca da subsistência ou insubsistência de um fato a provar”.

Assim posto, conclui Capez que, nos indícios, a partir de um fato conhecido, deflui-se a existência do que se pretende provar.⁷¹

Desta forma, pela prova indiciária, alcança-se determinada conclusão sobre um fato por meio de um processo lógico-constructivo, estabelecendo-se o devido nexo de causalidade.

Cumprido ressaltar, que vestígios e indícios, na linguagem destituída de características jurídicas, praticamente se constituem em sinônimos. Entretanto, segundo esclarece Tochetto, sob o enfoque criminalístico e também processualístico, há que se ter em mente a perfeita delimitação e diferenciação entre cada um dos vocábulos.⁷²

De tal modo, afirma o autor que “qualquer marca, fato, sinal, que seja detectado em local onde haja sido praticado um fato delituoso é, em princípio, um *vestígio*”.⁷³

⁶⁸ Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias. Cf. BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**, loc. cit.

⁶⁹ CAPEZ, 2008, p. 372.

⁷⁰ MITTERMAYER Carl Joseph Anton apud PEDROSO, 2005, p. 89.

⁷¹ CAPEZ, op. cit., p. 372.

⁷² TOCHETTO, Domingos. (Org). **Tratado de perícias criminalísticas**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1995, p. 15.

⁷³ TOCHETTO, loc. cit.

Por conseguinte, tal vestígio será transformado em indício se, “após devidamente analisado, interpretado e associado com os minuciosos exames laboratoriais e dados da investigação policial do fato, enquadrando-se em toda a moldura do mesmo, tiver estabelecida sua inequívoca relação com o fato delituoso e com as pessoas com este relacionadas”.⁷⁴

Verifica-se, portanto, que no local de crime, em princípio, todos os fatos, marcas, sinais e vestígios não podem ser desprezados, uma vez que poderão ser, na sequência, de utilidade para o esclarecimento do fato e colaborar com a determinação da autoria, pois, caso estejam relacionados com o fato e devidamente interpretados com rigor e exatidão, constituirão a prova indiciária.⁷⁵

Importante, também, definir o que vem a ser presunção, que segundo Capez, “é um conhecimento fundado sobre a ordem normal das coisas, e que dura até a prova em contrário (presunções relativas). As presunções legais ou absolutas não admitem prova em contrário”.⁷⁶

Os indícios e as presunções são provas, porém, trata-se de provas indiretas, uma vez que obtidas por meio de raciocínio lógico, da experiência técnica ou comum.

Deste modo, os indícios constituem modalidade indireta de prova e diferem da prova direta porque, nesta, conforme esclarece Pedroso “o fato probando obtém silhueta e contornos instrutórios imediatos, apresentando-se, como perlustra Magalhães Noronha, diante de nós, sem necessidade do processo lógico-constutivo, porque se nos revela através do testemunho, confissão, perícia, etc.”⁷⁷

Apesar disto, a prova indiciária é tão válida e tem tanto valor como qualquer outra, uma vez que inexistente hierarquia de provas, isto porque, como visto, o direito penal adjetivo adota o sistema da livre convicção do juiz, desde que tais indícios sejam sérios e fundados.⁷⁸

Nesse sentido, Pedroso afirma:

Outrossim, tendo o nosso Direito sufragado o princípio do livre convencimento do Juiz e assim abolido e repudiado o sistema das provas legais, obliterando a proclamação de qualquer hierarquia entre os diversos meios probatórios existentes no processo, crível é que não cabe transportar para Direito brasileiro a asserção de Altavilla sendo a qual a prova indiciária é a de menor valor.⁷⁹

Sob o mesmo prisma, discorre Martins:

⁷⁴ TOCHETTO, loc. cit.

⁷⁵ TOCHETTO, loc. cit.

⁷⁶ CAPEZ, 2008, p. 372.

⁷⁷ PEDROSO, 2005, p. 90.

⁷⁸ CAPEZ, op. cit., p. 372.

⁷⁹ PEDROSO, op. cit., p. 92.

Sabendo-se que, na busca da melhor história do fato, utilizam-se inúmeros tipos de prova, e que inexiste no ordenamento jurídico-processual brasileiro uma graduação entre elas, afigura-se serem os indícios elementos probatórios de igual valor aos demais, desde que deles se possa retirar conclusões seguras a permitir a convicção do julgador.⁸⁰

Ainda, sob o mesmo enfoque, Capez apresenta a seguinte jurisprudência:

“No que interessa ao direito processual, a força probante dos indícios é igual à de qualquer outro meio de prova. Se o espírito humano, na maioria das vezes, não atinge a verdade senão por argumentos probatórios indiretos, para evidenciar a circunstância ignorada com o nexo de causalidade, ou de identidade específica, não poderia, pois, ser desprezada, nos juízos criminais, a prova indiciária, dès que cada vez mais a inteligência, a prudência e a cautela dos criminosos dificultam a prova direta” (RT 728/543)⁸¹

Assevera Pedroso que tudo depende da elucidação que trazer aos autos determinado indício. Afirma, ainda, que “é tanto mais forte o indício – assegura Mirabete – quanto mais íntima sua relação com o fato, não havendo princípios inflexíveis sobre o valor da prova indiciária no processo.”⁸²

A respeito, salienta Lucchini:

Há um preconceito na doutrina e, principalmente, na prática, de que o indício é uma fonte imperfeita, e menos atendível, de certeza do que a prova direta. Isso não é exato. A eficácia do indício não é menor que a da prova direta, tal como não é inferior a certeza racional à histórica e física. O indício é somente subordinado à prova, porque não pode subsistir sem uma premissa, que é a circunstância indiciante, ou seja, uma circunstância provada; e o valor crítico do indício está em relação direta com o valor intrínseco da circunstância indiciante. Quando esteja bem estabelecida, pode o indício adquirir uma importância predominante e decisiva no Juízo.⁸³

Elucida Martins que se tendo em conta que a concepção de uma ideia a respeito de fato imputado embasa-se na certeza moral do julgador e para isso contribuem diversas fontes, não se podem excluir os indícios, os quais também estão inseridos.⁸⁴

A prova da ocorrência de um fato é imprescindível para que se possa cogitar da validação de um indício como argumentação para o reconhecimento de uma infração penal.⁸⁵

Exige-se, portanto, segundo afirma Martins “que se façam presentes indícios graves, precisos e concordantes, dos quais se obtenha a certeza processual do fato imputado,

⁸⁰ MARTINS, 1996, p. 72.

⁸¹ CAPEZ, 2008, p. 372.

⁸² PEDROSO, 2005, p. 93.

⁸³ Ibid., p. 93.

⁸⁴ MARTINS, op. cit., p. 73.

⁸⁵ Ibid., p. 73.

advenha como lógico o raciocínio, sem que, para tanto, seja necessária uma construção intelectual”.⁸⁶

Assim, conseqüentemente, o magistrado terá condição de dar relevância a indícios quando não lhe couber outra alternativa plausível, além disso, quando o grau de probabilidade seja suficientemente forte e fique descartada toda possibilidade lógica de erro, de modo que a conclusão apareça livre de dúvidas razoáveis.⁸⁷

Aranha afirma que embora não leve à certeza, a jurisprudência tem admitido a condenação quando a prova indiciária for veemente ou então quando várias pequenas circunstâncias sejam concordes até em detalhes.⁸⁸

O referido autor destaca que “por indício veemente entende-se aquele que, dada a sua natureza, permite razoavelmente afastar todas as hipóteses favoráveis ao acusado.”⁸⁹

Além disso, muitas vezes, uma sucessão de pequenos indícios, coerentes e concatenados, igualmente, pode dar a certeza exigida para a condenação.⁹⁰

Os indícios, portanto, são suficientes para fundamentar uma sentença penal condenatória, sobretudo quando afastam qualquer hipótese favorável ao acusado.⁹¹

Apesar da grande discussão acerca da validade da prova indiciária, caso não se considerem os indícios, muitas vezes, grandes crimes e perigosos criminosos ficarão impunes. Apenas deve-se ter uma maior cautela, sempre fundada no conhecido e prudente arbítrio que é dado ao magistrado.

Por fim, visto o crime de homicídio e a prova de sua materialidade, bem como os princípios aplicáveis no sistema processual penal brasileiro, de modo a oferecer subsídio para o desenvolvimento do próximo capítulo, a seguir, analisar-se-á a prova da materialidade no crime de homicídio à luz daqueles princípios, a fim de compreender melhor a possibilidade de condenação do acusado no referido crime diante da ausência do corpo da vítima.

⁸⁶ MOURA, Maria apud MARTINS, 1996, p. 74.

⁸⁷ MOURA, Maria apud MARTINS, 1996, p. 74.

⁸⁸ ARANHA, 1987, p. 162.

⁸⁹ Ibid., p. 162.

⁹⁰ Ibid., p. 162.

⁹¹ Apesar de ser este o entendimento da maior parte da doutrina, não é pacífico. Isto porque, para certos autores a prova indiciária é incompatível com a exigibilidade da certeza da sentença condenatória, pois, salvo as premissas fundadas na razão, não leva ao indubitado. Cf. ARANHA, 1987, p. 162. Capez acredita que a prova indiciária somente se mostra capaz de embasar os atos decisórios do juiz, quando este estiver diante de uma fase processual em que vigora o princípio do *in dubio pro societate*, por ensejar mero juízo de probabilidade. Cf. CAPEZ, 2008, p. 372.

4 ANÁLISE DA PROVA DA MATERIALIDADE DO CRIME DE HOMICÍDIO À LUZ DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Para uma melhor compreensão acerca da possibilidade de condenação do acusado pela prática do crime de homicídio, mesmo diante da ausência do corpo da vítima, faz-se necessário retomar os conceitos trabalhados previamente, aplicando-os à temática específica. Deste modo, analisar-se-á a prova da materialidade do crime de homicídio à luz dos princípios processuais penais.

4.1 A PROVA DA MATERIALIDADE E A CERTEZA DA OCORRÊNCIA DO CRIME DE HOMICÍDIO

A prova da materialidade delitiva é requisito essencial para o ajuizamento da ação penal, bem como, ao menos, indícios de autoria, conforme dito anteriormente, de maneira que possa existir fundada suspeita acerca da prática de infração penal.

Assim sendo, como visto, a prova da materialidade configura parte da justa causa para a deflagração da ação penal, que, para parte da doutrina, é considerada como uma quarta condição da ação, condição esta, que, se não satisfeita, impede o início ou o prosseguimento do processo rumo ao pronunciamento quanto ao mérito da questão.

É necessário, então, que haja provas acerca da existência de um crime e indicações razoáveis do indivíduo que tenha sido o autor desse delito.

Desta forma, a acusação deve ser portadora de elementos de convicção suficientes para a comprovação da ocorrência do crime de homicídio, pois, caso contrário, o magistrado rejeitará a acusação.

A certeza jurídica da ocorrência do crime de homicídio, em regra, é alcançada por meio do exame de corpo de delito; na falta deste, admite-se a prova testemunhal, como visto anteriormente e adiante também analisada.

No entanto, visto que não há regra para a apreciação das provas, as quais são livremente valoradas pelo julgador, outros elementos que comprovem a ocorrência do delito podem ser apresentados, não estando o juiz condicionado à existência da prova pericial.

Destarte, salienta-se que, de acordo com Tochetto, nenhum material suspeito encontrado no local do crime deverá ser previamente desprezado, por aparentar ser desvinculado do fato ou sem importância para o caso, pois, poderão ser estes objetos de futuros exames e, conseqüentemente, comprovarem a ocorrência do crime.¹

Isto, ainda segundo o referido autor, visando, de maneira especial, a segurança e a integridade do valor probatório que pode ser assegurado pelos indícios presentes e resultantes nos locais de crime, os mesmos devem ser protegidos de forma integral, sob o ponto de vista tanto científico, como legal, notadamente processualístico.²

Por conseguinte, visto que a prova da materialidade é indispensável para a comprovação da ocorrência do crime do homicídio, deve-se analisar a necessidade de observância do disposto no artigo 158 do Código de Processo Penal à luz do princípio de devido processo legal.

4.1.1 A observância do disposto no artigo 158 do Código de Processo Penal e o princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal, visto previamente, é a garantia de que o conteúdo da jurisdição é a legalidade, ou seja, o rigor de obediência ao previamente estabelecido na lei, conforme dispõe o artigo 5.º, LIV, da Constituição Federal.

A regra do artigo 158 do Código de Processo Penal, a qual torna obrigatória a realização do exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios, preza o princípio do devido processo legal e excepciona o disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal³.

Trata-se de adoção excepcional do sistema da prova legal, pois a lei se apega ao formalismo de exigir a prova pericial como único meio de comprovar a materialidade delitiva, não podendo o julgador buscar a verdade por nenhum outro meio de prova, seja pela confissão do acusado, robusta documentação ou depoimentos testemunhais idôneos.⁴

¹ TOCHETTO, Domingos. (Org). **Tratado de perícias criminalísticas**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1995, p. 16.

² TOCHETTO, loc. cit.

³ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Cf. BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2011.

⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 331-332.

Assim, quando possível a realização da perícia, a sua falta implica a nulidade de qualquer prova produzida em sua substituição, conforme disposto no artigo 564, III, *b*, do Código de Processo Penal, citado anteriormente, e, por conseguinte, a absolvição do acusado com fundamento no artigo 386, VII, do mesmo diploma legal.

Nucci afirma que andou bem o legislador ao impedir que a confissão possa suprir o exame de corpo de delito, já que se sabe ser frágil meio de prova a admissão da culpa pelo acusado, pois há inúmeras razões que podem conduzir uma pessoa a confessar falsa ou erroneamente, colocando em grave risco a segurança exigida pelo processo penal.⁵

Sob o mesmo prisma, há o entendimento de Capez, fazendo menção ao emblemático caso dos irmãos Naves:

É certo que nem mesmo a confissão do acusado da prática delitiva é prova por si só idônea a suprir a ausência do corpo de delito; avenge-se, por exemplo, a hipótese em que o confitente foi coagido a declarar-se autor do crime. Essa vedação, aliás, é expressa no art. 158 do Código de Processo Penal. Por desrespeito a essa regra legal é que sucedeu “o famoso erro judiciário de Araguari que resultou na condenação dos dois irmãos Naves pelo suposto homicídio de Benedito Pereira Caetano, que, anos depois, retornava, vivo e são, da Bolívia, para onde se mudara, levando dinheiro subtraído a seus pais. A confissão dos acusados havia sido extorquida pela violência de um delegado militar” (Nelson Hungria, Comentários, cit., v. V, p. 64, nota de rodapé). Por vezes, contudo, há a certeza da ocorrência do delito de homicídio mas não se logrou achar cadáver, e é certo que se somente o corpo da vítima fosse a prova do crime muitos casos restariam impunes. Ilustremos essa hipótese com o seguinte exemplo: “dois indivíduos, dentro de uma barca no rio Uruguai foram vistos a lutar renhidamente, tendo sido um deles atirado pelo outro à correnteza, para não mais aparecer. Foram baldadas as pesquisas para o encontro do cadáver. Ora, se, não obstante a falta do cadáver, as circunstâncias eram de molde a excluir outra hipótese que não fosse a da morte da vítima, seria intolerável deixar-se de reconhecer, em tal caso, o crime de homicídio. Faltava a *certeza física*, mas havia a absoluta *certeza moral* da existência do homicídio” (Irureta Goyena, El delito de homicídio). Desse modo, a ausência do corpo da vítima não implica ausência do corpo de delito. Alerta-se para o fato de que a ausência do cadáver com a conseqüente comprovação da materialidade delitiva por testemunhas (exame de corpo de delito indireto) nem sempre acarretará a presunção da prática de um homicídio, haja vista que, conforme adverte Nelson Hungria, “desde que seja formulada uma hipótese de inexistência do evento 'morte', não é admissível uma condenação a título de homicídio. A *verossimilhança*, por maior que seja, não é jamais a *verdade* ou a *certeza*, e somente esta autoriza uma sentença condenatória. Condenar um *possível* delinqüente é condenar um possível inocente” (Nelson Hungria, Comentários, cit., v. V, p. 65)⁶

Assim, a confissão isolada não presta para comprovar a existência das infrações que deixam vestígios materiais. No caso do homicídio, se o cadáver desapareceu, ainda que o réu confesse ter matado a vítima, não havendo exame de corpo de delito, nem tampouco prova testemunhal, não se pode punir o autor.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 375.

⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p. 8-9.

Entretanto, a própria lei faz ressalva à regra do artigo 158, quando menciona a exceção do artigo 167 do mesmo diploma, qual seja na falta do exame de corpo de delito, se admitirá a prova testemunhal, conforme já visto. O referido artigo somente se aplica aos casos em que o exame direto já não era possível ao tempo do descobrimento do delito, em face do desaparecimento dos vestígios.

É necessário, contudo, que não haja nenhuma dúvida a respeito da morte da vítima, quando aplicado o disposto no artigo 167 do Código de Processo Penal. De tal modo, discorre Fragoso:

É certo que o corpo de delito direto pode ser suprido pelo indireto, que se realiza por intermédio da prova testemunhal. Duas são, porém, as condições imprescindíveis: a) é indispensável que os vestígios tenham desaparecido; b) a prova testemunhal deve ser uniforme e categórica, de forma a excluir qualquer possibilidade de dúvida quanto à existência dos vestígios.⁷

Se havia possibilidade de realizar o exame de corpo de delito direto, a omissão da autoridade em determiná-lo não pode ser suprida por nenhuma outra prova, sob pena de afronta a determinação expressa da lei.

Observa-se, contudo, segundo Capez, uma tendência da jurisprudência dos tribunais superiores a atenuar os rigores dessa regra, sob o argumento de que, não sendo ilícitas, as demais provas podem ser valoradas pelo juiz como admissíveis.⁸

Nesse sentido, o autor aponta decisão do STF: “A nulidade decorrente da falta de realização de exame de corpo de delito não tem sustentação frente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não considera imprescindível a perícia, desde que existentes outros elementos de prova”.⁹

Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça não destoa deste pensamento, “*in verbis*”:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. EXAME DE CORPO DE DELITO. PRESCINDÍVEL. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVAS. NULIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. A prova técnica não é exclusiva para poder atestar a materialidade das condutas. Havendo nos autos outros meios de provas capazes de levar ao convencimento do julgador, não há falar em nulidade processual por ausência do exame de corpo de delito. Precedentes.

2. Writ denegado.¹⁰ (grifo nosso)

⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Jurisprudência criminal**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1982. v. 1, p. 275-277.

⁸ CAPEZ, 2008, p. 331-332.

⁹ Ibid., p. 332.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 36309, do Rio de Janeiro**. Rel. Min. Laurita Vaz. Brasília, DF, 09 de novembro de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1518933&sReg=2004008>

Ressalta ainda, Gomes, que um terceiro meio probatório isolado, como por exemplo, outros indícios da morte, sangue, cabelo da vítima, a lei não prevê, mas junto com a prova indireta pode ser que vários indícios sejam encontrados e provados.¹¹

Atualmente, a sociedade está diante de um caso aclamado pela mídia, o desaparecimento do corpo da estudante Eliza Silva Samudio, ex-amante do goleiro Bruno Fernandes de Souza, afastado do Clube de Regatas do Flamengo. O goleiro e mais sete pessoas foram acusadas e pronunciadas pelo prática do crime de homicídio. O processo ainda não tem previsão de julgamento.¹²

Existem ainda outros casos rumorosos que merecem destaque, apontados por Gomes, comaiomo o da Dana de Teffé, no Rio de Janeiro, no início da década de 60 (século XX), cujo corpo nunca apareceu. Dana havia acabado de se separar do embaixador brasileiro Manuel de Teffé Von Hoonholtza e, durante uma viagem com o advogado Leopoldo Heitor, ela desapareceu. O advogado alegou que Dana foi sequestrada após um assalto. A suspeita pelo desaparecimento recaiu sobre ele, que acabou sendo julgado pelo tribunal do júri e condenado num primeiro julgamento, restando absolvido no segundo.¹³

Outro caso é o do Juiz Marco Antonio Tavares, em São Paulo, acusado de matar sua mulher, desaparecida desde 1997, cujo corpo jamais foi encontrado. No entanto, Marco Antonio foi condenado pelo Tribunal de Justiça a 13 anos e meio de prisão, como autor do crime.¹⁴

Nucci menciona, ainda, o referido caso dos irmãos Naves, em Araguari-MG, que resultou na condenação destes pelo suposto homicídio de Benedito Pereira Caetano, que, quinze anos depois da condenação reapareceu. A essa altura um deles já havia morrido dentro da prisão.¹⁵

Nesse episódio, ocorrido no ano de 1937, tal como esclarece Nucci, os irmãos Naves chegaram a ser absolvidos duas vezes pelo Tribunal do Júri, mas após recurso da

77662&sData=20041213&sTipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 03 maio 2011.

¹¹ GOMES, Luiz Flávio. Existe homicídio sem o corpo da vítima? **LFG** - Rede de ensino Luiz Flávio Gomes. 26 jul. 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100722195933296&mode=print>. Acesso em: 16 out. 2010.

¹² A ação penal está em fase de recurso e foi remetida ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Cf. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ação penal de competência do Tribunal do Júri nº 0356249-66.2010.8.13.0079.2010. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado.jsp?listaProcessos=10035624&comrCodigo=79&numero=1>. Acesso em: 01 de jun. 2011.

¹³ GOMES, loc. cit.

¹⁴ GOMES, loc. cit.

¹⁵ NUCCI, 2006, p. 375-377.

acusação, foram condenados a pena de 25 anos e 06 meses de reclusão pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pois naquela época, o veredicto dos jurados não era soberano.¹⁶

Diante desses casos, salienta-se que a solução para garantir que não haja erro, nem impunidade, muitas vezes, está na tarefa da polícia científica, colhendo muitas provas técnicas.

Quando não se tem o exame de corpo de delito, outros indícios podem ser provados. Segundo Gomes, luzes e reagentes (luminol, por exemplo) podem descobrir manchas de sangue não visíveis; testes de DNA; provas dos registros telefônicos; uso de luzes forenses para a descoberta de pêlos, cabelos, fibras de roupas, impressões digitais, dentre outras, são formas de se chegar a uma condenação no crime de homicídio.¹⁷

Em caso de obtenção de provas de forma não válida ou se elas não forem convincentes, o resultado natural do jogo processual é a absolvição. Contudo, quando as provas indiretas sobre a morte da vítima, somadas eventualmente com as provas indiciárias, forem indiscutivelmente convincentes, afastando qualquer tipo de dúvida, poderá haver a condenação.

Lopes, a propósito, sublinha:

Situação bastante complexa, e que eventualmente ocupa os tribunais brasileiros, é a (im)possibilidade de condenação pelo crime de homicídio quando não se encontra o cadáver da vítima (corpo de delito). A ocultação do cadáver (muitas vezes levada a cabo pelo próprio autor do homicídio) impossibilita o exame direto. Contudo, é predominante a jurisprudência brasileira no sentido de admitir o exame de corpo de delito indireto, consubstanciado em prova testemunhal suficiente, aliada, em alguns casos, à prova pericial feita em armas ou vestígios de sangue, cabelos, tecidos etc. encontrados no local do crime ou até mesmo no carro utilizado pelo réu para transportar o corpo.¹⁸

Diante disto, a condenação decorrente do conjunto de indícios constantes do processo também é admitida. Afirma Martins, que resulta da formação de um verdadeiro quebra-cabeça, unindo-se dados de conhecimento de uma e outra pessoa, até que se verifique tenha sido, realmente, o agente o autor do fato imputado.¹⁹

Apesar de a matéria já ter sido mencionada, deve-se ter presente que os indícios não poderão ser considerados a título de mera probabilidade, pois se assim o for, imperativa será a absolvição. Os indícios devem implicar na formação da certeza jurídica, a qual é indispensável para a condenação.

¹⁶ NUCCI, 2006, p. 375-377.

¹⁷ GOMES, loc. cit.

¹⁸ GOMES, loc. cit.

¹⁹ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prova criminal**: retrospectiva histórica, modalidades, valoração, incluindo comentários sobre a Lei 9.296/96. Curitiba: Juruá, 1996, p. 119.

A possibilidade da existência de outros meios de provas à luz do princípio da vedação das provas ilícitas torna, muitas vezes, um impasse à busca da verdade, uma vez que, mesmo sabendo, por meio de escutas telefônicas, dentre outros meios ilegais, que o acusado cometeu a infração penal, esta prova não poderá ser admitida.

Assim sendo, embora o processo penal tenha por finalidade a busca da verdade real, esse valor encontra limite no princípio da vedação das provas ilícitas, como já demonstrado. Deste modo, as provas obtidas por meios ilegítimos, portanto, não devem influir na formação do convencimento do juiz.

Ademais, o princípio da vedação à autoincriminação, visto previamente, assegura ao réu o direito de permanecer calado ou até mesmo a possibilidade de mentir. Desta forma, é necessário equilibrar a relação processual com a busca por outras provas, para que não seja garantida a impunidade do acusado.

Por isso, a necessidade de observância do princípio do devido processo legal e da busca feita pela acusação por meios de provas suficientes à comprovação do delito.

A prova da materialidade é indispensável para a comprovação da ocorrência do crime do homicídio, contudo, não se faz unicamente por meio do exame pericial sobre o corpo da vítima, mas também por outros meios legais de prova, desde que estes manifestem uma certeza no julgador, convencendo-o.

Desta forma, impõe-se a análise do que é a certeza jurídica, e como esta se apresenta diante do princípio do *in dubio pro reo*.

4.1.2 Certeza jurídica e o princípio do *in dubio pro reo*

O conceito de verdade, segundo já demonstrado, pressupõe uma conformidade da noção ideológica com a realidade, e a certeza é a crença nessa conformidade. No entanto, a verdade no processo penal é tida como relativa, uma vez que não se pode reproduzir fielmente a realidade do crime.

Diante disso, jamais, no processo, pode assegurar o juiz ter alcançado a verdade absoluta, aquela que corresponde perfeitamente com o acontecido no plano real. Na realidade, tem o magistrado, uma crença segura na verdade que transparece através das provas colhidas, ou seja, uma certeza jurídica.

Nesse sentido, discorre Araújo:

“Laborando, pois, o julgador, no processo, com limitações devidas à própria condição do ser humano, a qual lhe obsta o acesso à verdade absoluta, considerados, outrossim, inderrogáveis freios ético-jurídicos de um procedimento justo, só poderá, de consequência, este mesmo julgador produzir um decisório também condicionado por tais balizas fático-jurídicas, razão por que, ainda quando todas as circunstâncias conduzam a dar-se pelo atingimento da verdade, no caso concreto, ter-se-á que admitir, no entanto, que aquilo efetivamente alcançado é tão-somente um juízo de certeza, conceituada esta, por Malatesta (1996, p. 19), como “*a crença de estarmos de posse da verdade*”.²⁰

Ainda, no entendimento de Araújo, existe a verdade fática e a jurídica. A verdade tangente aos fatos “apresenta-se como decorrência de uma tarefa reconstrutiva do julgador, que, por via dos diversos meios de prova admissíveis, busca determinar o efetivamente acontecido, o qual impinge suas marcas no mundo exterior”.²¹

Por outro lado, a verdade jurídica “é aquela respeitante à escolha, interpretação e aplicação da norma jurídica adequada ao caso”.²²

Barros afirma que para se atingir a finalidade da prova basta formar-se o convencimento judicial, independente do descobrimento da verdade essencial dos fatos. Até por que verdade e certeza não se confundem. A verdade, como visto, é conformidade da ideia com o fato, enquanto a certeza se configura com a manifestação subjetiva da verdade, isto é, a crença de que o afirmado é a verdade.²³

O princípio da busca da verdade real, estudado anteriormente, determina que o órgão julgador deverá também diligenciar na busca de todos os elementos que permitam a reconstrução dos acontecimentos levados a juízo, uma vez que o dever de produção de provas não é apenas das partes.

Nesse diapasão, conforme visto previamente, por expressa previsão legal do artigo 156, I, do Código de Processo Penal, o juiz poderá determinar a produção de provas que repute relevantes.

Isto porque há interesses maiores em discussão, à medida que as provas também são produzidas em favor da sociedade. Além disso, como já dito, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade que transmitirá uma certeza jurídica.

²⁰ ARAÚJO, José Osterno Campos de. **Verdade processual penal: limitações à prova**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 65.

²¹ ZACCARIA apud ARAÚJO, 2008, p. 69-70.

²² ZACCARIA apud ARAÚJO, 2008, p. 70.

²³ BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 128.

Vale ressaltar que a busca da verdade na persecução criminal não pode prescindir de severa observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. É indispensável que se ofereça a oportunidade de participação do acusado no processo.

O princípio do *in dubio pro reo*, já analisado, conforme aponta o artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, determina que havendo dúvida quanto à existência de um crime ou quanto à culpa do acusado, deve ser este absolvido.

Destarte, observando o princípio do *in dubio pro reo* à luz do princípio da busca da verdade real, torna-se necessário que o órgão julgador também diligencie na busca de todos os elementos que permitam a reconstrução dos acontecimentos levados a juízo, uma vez que quando estes elementos forem interpretados, apresentando dúvida razoável quanto ao seu real alcance e sentido, deve-se optar pela versão mais favorável ao acusado, que, como já se frisou, é presumido inocente até que se demonstre o contrário.

O princípio da prevalência do interesse do réu exige a certeza para prolação de uma sentença penal condenatória, contudo, não necessariamente a que corresponde à fiel realidade dos fatos, mas uma certeza jurídica, baseada no suporte probatório apresentado.

Diante disto, ainda que a aplicação do princípio do *in dubio pro reo* ante a ausência da prova da materialidade no crime homicídio acabe gerando a absolvição, há casos em que a condenação é imperiosa, por força da certeza jurídica adquirida pelo julgador.

Visto isso, analisar-se-á a aplicação do princípio do livre convencimento diante da ausência do corpo da vítima no crime de homicídio.

4.2 O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR E A AUSÊNCIA DO CORPO DA VÍTIMA NO CRIME DE HOMICÍDIO: COMPOSIÇÃO POSSÍVEL

Ao juiz assiste plena e absoluta liberdade para se convencer, analisando os fatos provados no processo e atribuindo-lhes o valor que o sistema jurídico e sua consciência julgarem válido à solução da demanda penal.

Pelo sistema da livre convicção, segundo afirma Barros, “o juiz tem condições de apreciar livremente as provas, sem ater-se a critérios valorativos apriorísticos. Todas as provas são relativas e nenhuma delas, por força de lei, tem valor decisivo”.²⁴

²⁴ BARROS, 2002, p. 129.

Isso nada mais é que o raciocínio lógico empregado no afã de convencer-se de sua própria argumentação, afirma Martins.²⁵

O julgador não está preso a grilhões, nem obrigado a decidir de maneira previamente indicada. Tem ele o direito e o dever de exercitar sua inteligência, seu raciocínio, e usando de seus conhecimentos jurídicos e sensibilidade, agir como verdadeiro intérprete da causa, aplicando a lei com Justiça e proficiência.²⁶

Segundo mencionado anteriormente, se nos primeiros estágios da atividade processual possa surgir e persistir a dúvida, no momento final o juiz tem de portar o estado anímico da certeza. O órgão julgador deve afastar todos os argumentos e motivos propiciadores de incerteza, pois, ausente o convencimento, impõe-se a absolvição, mesmo que não o assista uma certeza inversa, no sentido de inocência do réu.

Desta forma, resta claro que a prova deve ser analisada com muita atenção, diante das perspectivas que advém da sentença condenatória.

Importante frisar a observância do princípio do juiz natural e imparcial, que, como já visto, garante ao indivíduo um julgador previamente designado por lei e de acordo com as normas constitucionais, que age com prudência e de forma parcial.

Além disso, ressalta Barros que “é perfeitamente possível compatibilizar a imparcialidade com a busca da verdade, bastando apenas que a função jurisdicional seja exercida com equilíbrio e em consonância com os ditames legais”.²⁷

Isto vale também para os jurados, que, enquanto juízes leigos, têm o compromisso legal de não apenas buscar a verdade, mas também proferir o veredicto em conformidade com as provas apresentadas.²⁸

O jurado não fundamenta sua decisão, apenas, segundo assevera Nucci, “vota pela “condenação” ou “absolvição” do réu, o que lhe confere *poder*, mas, sobretudo, *responsabilidade*”.²⁹

De tal modo, uma vez que o julgador e os jurados são livres para se convencerem e tomarem a devida decisão, a ausência do corpo da vítima não pode ser um instrumento de impunidade para o réu, devendo a acusação buscar meios de prova à comprovação do delito, já que o princípio da presunção de inocência, analisado previamente, garante que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa.

²⁵ MARTINS, 1996, p. 110.

²⁶ Ibid., p. 110.

²⁷ BARROS, 2002, p. 122.

²⁸ Ibid., p. 144.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 41.

Estes outros meios de prova podem e devem ser valorados, quando demonstrarem a certeza da ocorrência do crime, visto que não há prova com valor maior ou menor, a fim de atingirem um julgamento de caráter condenatório à luz do princípio do livre convencimento.

Quanto à possibilidade de erro judiciário, que, no processo penal, atinge uma dimensão maior do que a meramente patrimonial, uma vez que trabalha essencialmente com a liberdade humana, conforme já visto, é assegurada às partes a revisão da decisão, diante do princípio do duplo grau de jurisdição.

No tocante à soberania dos veredictos, que implica na impossibilidade de outro órgão jurisdicional modificar a decisão dos jurados, para absolver o réu condenado, ou condenar o réu absolvido pelo Tribunal do Júri, não impede, transitando em julgado a sentença do Juiz Presidente, a revisão do processo findo, conforme o artigo 621 do Código de Processo Penal³⁰.

Diante disto, o duplo grau de jurisdição e a soberania dos veredictos são princípios constitucionais que merecem coexistir harmoniosamente.³¹

Nucci afirma que não há princípios absolutos e supremos, devendo haver composição entre todos, principalmente os que possuem status constitucional. Por esta razão, afirmar que a soberania dos veredictos populares precisa ser respeitada não significa afastar a possibilidade de se submeter a decisão prolatada no Tribunal do Júri ao duplo grau de jurisdição.³²

Portanto, garantida a possibilidade de revisão da decisão, nada impede que à luz do princípio do livre convencimento, mesmo diante da ausência do corpo da vítima, o julgador, por meio de elementos suficientes, que manifestem a certeza de ter sido cometido um crime e ser o acusado o seu autor, sem a menor dúvida a respeito, profira uma decisão de caráter condenatório.

Diante de todo o exposto, verifica-se que quando os princípios processuais penais forem assegurados e devidamente aplicados ao caso, far-se-á valer os direitos e garantias humanas fundamentais, representando o necessário papel dos agentes estatais na descoberta, apuração e punição do criminoso.

³⁰ Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. Cf. BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**, loc. cit.

³¹ NUCCI, 2008, p. 365.

³² Ibid., p. 367.

Os princípios, apesar de em certos momentos parecerem contraditórios entre si e entre as regras existentes, como visto, convivem harmonicamente no ordenamento jurídico, porque na verdade não se chocam, mas se completam, adaptando o sistema a cada caso concreto.

Assim sendo, tendo em vista que o Direito, por meio de seus operadores e dos legisladores, deve garantir que não haja impunidade e sim justiça, não pode haver empecilho prévio para a condenação do acusado pela prática do crime de homicídio diante da ausência do corpo da vítima, desde que assegurados os direitos e garantias constitucionais que assistem o acusado e afiançam a correta administração da justiça penal.

5 CONCLUSÃO

Para que se condene alguém pela prática de um crime de homicídio é necessário a prova da existência da infração penal; tal prova, por seu turno, tendo em vista ser o referido delito espécie de infração que deixa vestígios, realiza-se, em regra, por meio do exame pericial sobre o corpo da vítima.

A lei processual penal, inclusive, exige, expressamente, o exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios, ensejando a ocorrência de nulidade a ausência deste quando possível fazê-lo, admitindo, excepcionalmente, a prova testemunhal quando do desaparecimento dos vestígios.

Entretanto, vedar, de forma absoluta, que se possa comprovar a existência do crime de homicídio diante da ausência do corpo da vítima é garantir a possibilidade de um “crime perfeito” e a impunidade de um criminoso.

Ademais, uma vez que o Direito, por meio de seus operadores e dos legisladores, deve assegurar que não haja impunidade e sim justiça, não pode haver empecilho prévio para a condenação do acusado pela prática do crime de homicídio diante do desaparecimento do corpo da vítima.

Diante da ausência de exame pericial sobre o corpo da vítima, outros indícios podem ser utilizados, para conferir certeza acerca da ocorrência do crime, conforme se verificou no segundo e terceiro capítulos deste trabalho. Luzes e reagentes podem descobrir manchas de sangue não visíveis; provas dos registros telefônicos e uso de luzes forenses para a descoberta de cabelos e impressões digitais, dentre outras, são formas de se chegar à prova necessária para condenação em um caso de homicídio.

Demonstrou-se no decorrer do estudo que, jamais, no processo, é possível assegurar o juiz ter alcançado a verdade absoluta, aquela que corresponde perfeitamente com o acontecido no plano real. Na realidade, tem o magistrado, uma crença segura na verdade que transparece através das provas colhidas, ou seja, uma certeza jurídica.

Além disso, a aplicação sistemática dos princípios processuais penais abordados no primeiro capítulo, durante a persecução criminal, é suficiente para assegurar os direitos e garantias humanas fundamentais, representando o necessário papel dos agentes estatais na descoberta, apuração e punição do criminoso.

Dentre esses princípios apresentados, tem destaque o princípio do livre convencimento do julgador, que assiste ao juiz plena e absoluta liberdade para se convencer,

analisando os fatos provados no processo e atribuindo-lhes o valor que o sistema jurídico e sua consciência julgarem válido à solução da demanda penal.

Desta forma, resta claro que a prova deve ser analisada com muita atenção, diante das perspectivas que advém da sentença condenatória, todavia, com liberdade.

Portanto, nada impede que, à luz do princípio do livre convencimento, mesmo diante da ausência do corpo da vítima, o julgador, por meio de elementos suficientes, que manifestem a certeza de ter sido cometido um crime e ser o acusado o seu autor, sem a menor dúvida a respeito, profira uma decisão de caráter condenatório.

REFERÊNCIAS

AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. **Da prova no processo penal**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

ARAÚJO, José Osterno Campos de. **Verdade processual penal: limitações à prova**. Curitiba: Juruá, 2008.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2ª ed. rev. São Paulo: Edipro, 2003.

_____. **O positivismo jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao_compilado.htm>. Acesso em: 26 mar. 2011.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del2848.htm>. Acesso em: 26 mar. 2011.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 36309, do Rio de Janeiro**. Rel. Min. Laurita Vaz. Brasília, DF, 09 de novembro de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1518933&sReg=200400877662&sData=20041213&sTipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 03 maio 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. v. 2.

_____. **Curso de processo penal**. 15 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CATÃO, Adrualdo de Lima. O critério identificador da norma jurídica: a necessidade de um enfoque sistemático. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2249/o-criterio-identificador-da-norma-juridica/2>>. Acesso em: 28 mar. 2011.

CONVENÇÃO americana de direitos humanos 1969 (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2011.

DECLARAÇÃO universal dos direitos humanos 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 26 mar. 2011.

D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Altas, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FELIPPE, Donaldo J. **Dicionário jurídico de bolso**. 14. ed. São Paulo: Peritas, 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Jurisprudência criminal**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1982. v. 1.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 6.

_____. Existe homicídio sem o corpo da vítima? **LFG** - Rede de ensino Luiz Flávio Gomes. 26 jul. 2010. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100722195933296&mode=print>. Acesso em: 16 out. 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**: e sua conformidade constitucional. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LYRIO, Fábio Fernandes de Oliveira. **O positivismo jurídico e sua crítica contemporânea: uma análise a partir da proposta teórica neoconstitucionalista**. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2006.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996. v. 1.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prova criminal: retrospectiva histórica, modalidades, valoração, incluindo comentários sobre a Lei 9.296/96**. Curitiba: Juruã, 1996.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ação penal de competência do Tribunal do Júri nº 0356249-66.2010.8.13.0079. 2010. Disponível em:
<http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado.jsp?listaProcessos=10035624&comrCodigo=79&numero=1>. Acesso em: 01 de jun. 2011.

MORAIS, Paulo Heber de. **Prática, processo e jurisprudência: Homicídio**. 3. ed. Curitiba: Juruã, 1978. v. 21.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PICININI, Joel. **A avaliação da prova e a formação do convencimento judicial**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 873, 23 nov. 2005. Disponível em:
<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7621/a-avaliacao-da-prova-e-a-formacao-do-convencimento-judicial>>. Acesso em: 16 abr. 2011.

PRETEL, Mariana. **Os princípios e o ordenamento jurídico aberto**. Disponível em:
<<http://www.webartigos.com/articles/2899/1/Os-Principios-E-O-Ordenamento-Juridico-Aberto/pagina1.html>>. Acesso em: 26 mar. 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de Oliveira. **Curso de processo penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. **ABC do direito penal**. 10. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **ABC do processo penal**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SANTANA, Ricley Marcel Mota. **Princípios jurídicos e sua evolução**. Disponível em: <http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_21974/artigo_sobre_princ%C3%8Dpios_jur%C3%8Ddicos_e_sua_evolu%C3%87%C3%83o>. Acesso em: 09 maio 2011.

TOCHETTO, Domingos. (Org). **Tratado de perícias criminalísticas**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 266.

_____. **Processo penal**. 20. ed. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios constitucionais do processo penal**: na visão do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Método, 2009.