

Unid. III - Prova pericial: o exame de corpo de delito e outras perícias

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965 v. II, p. 352-367.

1.^a edição — 1961
2.^a edição — 1965

COMPANHIA EDITORA FORENSE

AVENIDA ERASMO BRAGA, 299 — LOJAS LARGO SÃO FRANCISCO, 20 — LOJA
RIO DE JANEIRO BRASIL SÃO PAULO

JOSÉ FREDERICO MARQUES

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Professor Catedrático de Direito Judiciário Civil da Faculdade Paulista de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Livre-docente de Direito Judiciário Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil

ELEMENTOS **de** **DIREITO PROCESSUAL PENAL**

VOLUME II

FORENSE
RIO — SÃO PAULO

§ 94. DA PROVA PERICIAL

A) DAS PERÍCIAS EM GERAL

- 505. Da perícia.
- 506. O perito.
- 507. Natureza processual da perícia.
- 508. Realização da perícia.
- 509. Nomeação de peritos não-oficiais.
- 510. Normas especiais sobre alguns exames periciais.
- 511. Outras perícias especiais.
- 512. Campo da prova pericial.
- 513. Perícia extrajudicial.

505. A *perícia* é prova destinada a levar ao juiz elementos instrutórios sobre normas técnicas e sobre fatos que dependam de conhecimento especial. Como registra MOACIR AMARAL SANTOS, a perícia pode consistir "numa declaração de ciência", ou "na afirmação de um juízo", ou em ambas as operações simultaneamente. É *declaração de ciência* quando relata as percepções colhidas pelo perito, e *afirmações de um juízo* quando "constitui parecer que auxilie o juiz na interpretação ou apreciação dos fatos em causa".¹⁵⁷

Realiza-a o *perito*, o qual é auxiliar do juízo *sujeito à disciplina judiciária*, como o diz o art. 275 do Cód. de Processo Penal.

Tendo em vista as formas em que se desdobra a prova pericial, o que se verifica é que o perito pode figurar no processo ou como *perito percipiendi*, ou como *perito deduciendi*, conforme as operações que lhe forem cometidas (*declaração de ciência* ou *afirmação de um juízo*). É na segunda função,

¹⁵⁷ Prova Judiciária no Cível e no Comercial, 1955, vol. V, página 30.

sobretudo, que o perito atua de maneira predominantemente técnica; já, na primeira, o seu papel é o de substituir o juiz (ou a autoridade policial) em diligências de que este se subtrai por motivos de conveniência ou de exigências do serviço.¹⁵⁸

506. O perito, no processo penal, é órgão técnico e auxiliar do juízo na formação e colheita do material instrutório.¹⁵⁹

Nomeia-o o próprio juiz, se a perícia é realizada depois que se instaura a ação penal; ou a autoridade policial, quando efetuada a prova por expertos na fase preparatória do inquérito. As partes, como diz o art. 276 do Cód. de Processo Penal, "não intervirão na nomeação do perito".

O perito é obrigado a aceitar o encargo, ficando sujeito a multa se o recusar, salvo "escusa atendível" (art. 277). Ainda incorrerá em multa o perito que faltar com deveres e obrigação que o cargo lhe impõe, tais como: a) deixar de acudir à intimação ou ao chamado da autoridade; b) deixar de comparecer no dia e local designados para o exame; c) não der o laudo, ou concorrer para que a perícia não seja feita nos prazos estabelecidos (art. 277, parág. único). Se o perito não comparecer à diligência no local e hora designados, sem justa causa, "a autoridade poderá determinar a sua condução" (art. 278).

Sendo auxiliar do juízo e, portanto, órgão da Justiça Penal,¹⁶⁰ o perito deve atuar com imparcialidade e perfeita exação, visto que lhe cabem tarefas de suma importância

¹⁵⁸ Cf. JAIME GUASP, *Derecho Procesal Civil*, 1956, pág. 411; ALFREDO ARAÚJO LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 1943, vol. II, pág. 341.

¹⁵⁹ Cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, 1959, vol. III, pág. 469.

¹⁶⁰ ADELMO BORETTINI, depois de dizer que o perito é "*un coadiutore del giudice nella raccolta del materiale di prova*", lembra a afirmativa de LONGHI de que, como tal, o perito é "*organo di giustizia*" (ADELMO BORETTINI, *La Perizia nel Processo Penale*, 1940, págs. 95 e 120).

para perfeito esclarecimento do *thema probandum*. Daí impedir a lei que sejam peritos: a) os que estiverem sujeitos à interdição de direito mencionada nos ns. I e IV do art. 69 do Cód. Penal; b) os que tiverem prestado depoimento no processo ou opinado anteriormente sobre o objeto da perícia; c) os analfabetos e os menores de 21 anos (art. 279). Por outro lado, "é extensivo aos peritos, no que lhes fôr aplicável, o disposto sobre suspeição dos juizes" (art. 280).

Ainda é de observar o que se contém no art. 159 do Código de Proc. Penal, onde vem preceituado: a) que as perícias serão feitas, em regra, "por peritos oficiais"; b) que não havendo peritos oficiais, a perícia será feita "por duas pessoas idôneas, escolhidas de preferência as que tiverem habilitação técnica"; c) que os "peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo".

507. A perícia, no processo penal, apresenta a peculiaridade de ser uma função estatal destinada a fornecer dados instrutórios de ordem técnica e a proceder à verificação e formação do corpo de delito.

O exame pericial realizado na fase preparatória do inquérito policial não constitui, por isso, simples peça de investigação, embora sirva para integrar a *informatio delicti*. A perícia, realizada em qualquer fase do procedimento penal, é sempre ato instrutório¹⁶¹ emanado de órgão auxiliar da Justiça para a descoberta da verdade. Seu valor é o mesmo, quer se trate de perícia realizada em juízo, quer se cuide de exame pericial efetuado durante a fase preparatória do inquérito. A sua força probante deriva da capacidade técnica de quem elabora o laudo e do próprio conteúdo deste.¹⁶²

Embora os peritos sejam nomeados pela autoridade policial ou pelo juiz, sem interferência das partes (art. 276),

¹⁶¹ "La perizia, in qualsiasi fase del procedimento venga ordinata, è sempre un atto di istruzione" (ADELMO BORETTINI, ob. cit., página 95).

¹⁶² Cf. GASTON STÉFANI e GEORGES LEVASSEUR, *Procédure Pénale*, 1959, págs. 289 e 290, n.º 325.

quebra alguma há nisso ao princípio do contraditório. Em primeiro lugar, o perito é o órgão auxiliar para exercer função técnica com absoluta imparcialidade; e, em segundo lugar, acusação e defesa podem criticar o trabalho dos peritos, requerer novos exames, pedir esclarecimentos aos expertos, apresentar quesitos e solicitar do juiz exames complementares ou repetição da perícia com a nomeação de novos técnicos.¹⁶³

Os peritos serão em número de dois, consoante se depreende do art. 159, § 1.º, do Cód. de Proc. Penal. Se houver divergência entre ambos, o juiz nomeará um terceiro (artigo 180).

508. A prova pericial será determinada de ofício pela autoridade policial, tão logo tenha conhecimento da prática de infração penal, e esse ato instrutório se faça necessário (art. 6.º, n.º VII).

Em juízo, a perícia pode ser também determinada de ofício ou requerida por qualquer das partes. O momento procedimental oportuno, para esse pedido, está indicado no art. 399. Além disso, pode a perícia ser uma das diligências complementares a que se refere o art. 499.

Ao juiz cabe nomear os peritos, marcando prazo para a realização da prova. Tanto o juiz como as partes poderão formular quesitos até o ato da diligência — como o diz o art. 176.

Se a prova tiver de ser feita por peritos oficiais, o juiz ou a autoridade policial, conforme o caso, deve requisitar o exame, através do diretor da repartição competente (art. 178). A requisição será acompanhada dos quesitos necessários, os quais serão formulados pela autoridade e pelas partes se o quiserem (art. 176).

Os peritos devem realizar imediatamente o exame, descrevendo minuciosamente tudo o que foi examinado e res-

¹⁶³ O nosso processo penal segue o sistema da pluralidade de peritos, em que os expertos podem funcionar com plena independência, sem necessidade, assim, de que as partes os indiquem (cf. ANDRÉ VITTO, *Procédure Pénale*, 1957, pág. 228).

pondendo aos quesitos formulados (art. 160, *caput*). Se os peritos não puderem formular logo juízo seguro ou fazer relatório completo do exame, ser-lhes-á concedido prazo até cinco dias. Em casos especiais, esse prazo poderá ser prorrogado, razoavelmente, a requerimento dos peritos (art. 160, parág. único). O laudo que apresentarem, nessa última hipótese, poderá ser dactilografado e virá "subscrito e rubricado em suas fôlhas por todos os peritos" (art. 179, parágrafo único).

Se houver divergência entre os peritos, serão consignadas no auto de exame as declarações e respostas de um e outro, ou cada um redigirá separadamente o seu laudo, e a autoridade (judiciária ou policial) nomeará um terceiro; se este divergir de ambos, a autoridade poderá mandar proceder a novo exame por outros peritos (art. 180). No caso de inobservância de formalidade ou no caso de omissões, obscuridade ou contradições, a autoridade policial ou judiciária mandará suprir a formalidade ou completar ou esclarecer o laudo. Também lhe é dado ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente (art. 181).

As partes poderão requerer ao juiz que mande os peritos prestar esclarecimentos, por escrito, ou, ainda, responder a quesitos suplementares. O juiz tem a faculdade de ordenar, de ofício ou a requerimento das partes (por força do princípio da pesquisa da verdade real), que os peritos compareçam a juízo para esclarecimentos orais. Do que disser cada um *coram iudice*, lavrar-se-á o respectivo termo, sendo conveniente que o assinem o juiz, o perito, e também as partes, subscrevendo-o o escrivão.

509. Se não houver peritos oficiais, a autoridade nomeará duas pessoas idôneas e de conhecimentos técnicos para efetuar o exame (art. 159, § 1.º).

Quanto esses peritos puderem apresentar desde logo o resultado do exame, "o escrivão lavrará o auto respectivo, que será assinado pelos peritos e, se presente ao exame, também pela autoridade" (art. 179). No caso do art. 160, parág. único, os peritos nomeados devem apresentar laudo, manuscrito

ou dactilografado, que subscreverão e rubricarão em todas as suas fôlhas (art. 179, parág. único).

No exame por precatória, a nomeação dos peritos far-se-á no juízo deprecado. Os quesitos do juiz e das partes serão transcritos na precatória (art. 177 e seu parág. único).

Observar-se-ão, também, nos exames por peritos não oficiais, as regras constantes dos arts. 180 e 181 do Cód. de Proc. Penal, e ainda os preceitos que o Cód. de Proc. Penal manda atender a respeito de certas perícias especiais (*infra*, ns. 511, 512 e 517).

510. Para certas perícias, notadamente as que se referem ao *corpus delicti*, traz o Cód. de Proc. Penal algumas normas especiais, que aludem, em alguns casos, ao conteúdo do laudo, e, em outros, ao *modus procedendi* da perícia e a prescrições técnicas a que os peritos devem atender.

A respeito do conteúdo do laudo, encontram-se preceitos especiais: a) no art. 165, quando diz que os peritos, nos exames cadavéricos, "juntarão ao laudo", sempre que possível, "provas fotográficas, esquemas ou desenhos, devidamente rubricados", para assim representarem "as lesões encontradas no cadáver"; b) no art. 171, vem estatuído que nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculos à subtração da coisa, ou por meio da escalada, "os peritos, além de descreverem os vestígios, indicarão com que instrumentos, por que meios e em que época presume ter sido o fato praticado"; c) em relação a perícias de laboratório, observa o art. 170 que os laudos, sempre que fôr conveniente, "serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas".

No tocante a regras técnicas, verifica-se o que segue: a) o art. 162 dispõe que a "autópsia será feita pelo menos seis horas depois do óbito, salvo se os peritos, pela evidência dos sinais da morte, julgarem que possa ser feita antes daquele prazo, o que declararão no auto"; b) o art. 162, parágrafo único, ainda tratando da autópsia, determina que, nos casos de morte violenta, bastará, para a prova pericial, "o simples exame externo do cadáver, quando não houver in-

fração penal que apurar, ou quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte e não houver necessidade de exame interno para a verificação de alguma circunstância relevante"; c) ainda em relação ao exame cadavérico, encontra-se, no art. 164, a regra de que "os cadáveres serão, sempre que possível, fotografados na posição em que forem encontrados"; d) o art. 166 manda que, em caso de dúvida sobre a identidade do cadáver, proceda-se ao reconhecimento pelo Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênera, ou pela inquirição de testemunhas, lavrando-se auto de reconhecimento e de identidade, no qual se descreverá o cadáver, com todos os sinais e indicações; e) ainda no art. 166, há a determinação de que se arrecadem, nos exames cadavéricos, e também se autenticuem, todos os objetos encontrados, que possam ser úteis para a identificação do cadáver; f) o art. 172, parág. único, manda que se faça a avaliação indireta "por meio dos elementos existentes nos autos e dos que resultarem de diligências"; g) para os casos de incêndio, estatui o art. 173 que os "peritos verificarão a causa e o lugar em que houver começado, o perigo que ele tiver resultado para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o seu valor e as demais circunstâncias que interessarem à elucidação do fato".

511. A respeito das exumações para exame cadavérico, o art. 163 manda que a autoridade providencie para que, em dia e hora previamente marcados, se realize a diligência, *da qual se lavrará laudo circunstanciado*. E o parág. único do citado art. 163 acrescenta: "O administrador do cemitério público ou particular indicará o lugar da sepultura sob pena de desobediência. No caso de recusa ou de falta de quem indique a sepultura, ou de encontrar-se o cadáver em lugar não destinado a inumações, a autoridade procederá às pesquisas necessárias, o que tudo constará do auto".

No caso de lesões corporais, a sua qualificação como grave ou gravíssima poderá depender do que ficar apurado em exame complementar. Daí dizer o art. 168 que, nesse caso, o exame mencionado será efetuado "por determinação

da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor". Em seguida, fala o citado art. 168, em seu § 1.º, que os peritos, no exame complementar, "terão presente o auto de corpo de delito, a fim de suprir-lhe a deficiência ou retificá-lo". E o § 2.º acrescenta: "Se o exame tiver por fim precisar a classificação do delito no art. 129, § 1.º, n.º I, do Cód. Penal, deverá ser feito logo que decorra o prazo de 30 dias, contado da data do crime".

Outra prova pericial em que há regras minuciosas sobre o respectivo *modus faciendi* é o exame "para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra". Estatui o artigo 174, em primeiro lugar, que se intime a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito, para comparecer ao ato (n.º I). Para a comparação de letra poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida (n.º II). A autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados. A falta de escritos para a comparação, ou quando insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe fôr ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, essa diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever (ns. III e IV).

512. O Cód. de Proc. Penal, no capítulo sobre a perícia, teve como predominante preocupação as provas periciais ligadas ao exame de corpo de delito e do *corpus instrumentorum*. Daí ter-se referido apenas a algumas perícias, tais como: a) a autópsia e o exame cadavérico (arts. 162 *usque* 166); b) o exame de lesões corporais (art. 168); c) o exame do local do crime (art. 169); d) o exame dos vestígios do crime nos delitos de furto qualificado (art. 171); e) a avaliação de coisas destruídas, deterioradas ou que constituam produto

do crime (art. 172); f) exame em caso de incêndio (art. 173); g) exame gráfico (art. 174).

Genêricamente ainda fala o Cód. de Proc. Penal em exames de laboratório (art. 170) e exame do *corpus instrumentorum* do crime (art. 175).

Todavia, o campo e as formas do exame pericial se apresentam hoje muito amplos e variados. É o que acentuam G. STEFANI e G. LEVASSEUR na passagem seguinte: "A perícia incidirá em domínios os mais variados: exame médico da vítima possibilitando o conhecimento de ter havido infração, da gravidade desta, do momento em que foi praticada, e com qual arma, etc.; exame técnico de armas, vestes e projetis (para a identificação ou exclusão de suspeitos); exames científicos sobre marcas e impressões, sobre vestígios colhidos (em tecidos, no solo enlameado), impressões nos vestígios recolhidos (tecidos, terra molhada, manchas, sangue, cabelos, etc.); perícia contábil, perícias mecânicas, análises químicas e toxicológicas, dosagem de álcool no sangue, etc. A perícia pode mesmo recair sobre o estado mental e sobre a personalidade psicológica do indiciado ou acusado".¹⁶⁴

Importantíssimo papel está reservado às perícias de ordem psiquiátrica e criminológica sobre o delinqüente. Não é só a imputabilidade o que hoje interessa ao Direito Penal, na esfera dos elementos subjetivos do delito. O estado perigoso e a capacidade para delinqüir constituem, atualmente, fatores de alto relêvo porque as medidas de segurança e a individualização da pena são problemas centrais da Justiça Criminal.

513. Juntam, às vezes, as partes (quase sempre o acusado), aos autos do processo, laudos periciais confeccionados por expertos não compromissados em juízo: é o laudo extrajudicial, ou perícia *extrajudicial*, emanado de pessoa com habilitação técnica, mas sem a qualidade de perito do juízo.

¹⁶⁴ Cf. GASTON STEFANI e GEORGES LEVASSEUR, ob. cit., pág. 289.

Um trabalho dessa natureza possui o valor de simples parecer técnico.¹⁶⁵ Como elemento de prova, será estimado pelo juiz, de maneira muito relativa, pois os dados colhidos para as considerações nêle contidas resultam de operações extraprocessuais, que não podem prevalecer sobre elementos probatórios e indiciários colhidos no curso da instância, ou, mesmo, na fase investigatória do inquérito, desde que existentes em laudos de peritos oficiais.

As conclusões e explanações de ordem científica, ali contidas, o juiz as examinará como *peritus peritorum*, dando-lhes o valor que entender merecerem. Para tanto, será fator de sumo relêvo, sem dúvida alguma, a idoneidade do perito e a sua nomeada científica.

O magistrado criminal (da mesma forma que o juiz do cível) não está vinculado às conclusões dos laudos periciais. *A fortiori*, prêso não se encontra êle às deduções científicas dos peritos extrajudiciais. Mas, por isso mesmo, faculdade lhe é dada de confrontar as conclusões técnicas dos peritos judiciais com as do laudo extrajudicial, e até mesmo optar pela orientação dêste, no tocante à interpretação científica dos dados e indícios que servem de base à perícia.

O que, no entanto, se não permite ao juiz, é dar prevalência a fatos afirmados e colhidos pelo perito extrajudicial, para relegar a segundo plano, no exame da *quaestio facti*, o que foi obtido durante a instrução do processo. As garantias do contraditório não permitem uma atuação dessa ordem, no exame da prova dos autos.

¹⁶⁵ ADELMO BORETTINI, ob. cit., págs. 321 e segs.

B) O EXAME DE CORPO DE DELITO

514. Introdução.
 515. O exame de corpo de delito no processo penal.
 516. A ausência do auto de corpo de delito.
 517. Procedimento relativo ao exame de corpo de delito.

514. O conceito científico atual de *corpo de delito* está enquadrado na doutrina do crime com o significado de comprovação do fato típico em sua integridade. De forma que, ao falar o Cód. de Proc. Penal na "prova da existência do crime" (art. 311) ou em convicção "da existência do crime" (art. 408), está exigindo, em ambas as hipóteses, o corpo de delito, ou seja, a prova de todos os elementos do crime contidos na respectiva definição legal (*retro*, n.º 88).

Mas, quando esse estatuto processual alude ao *exame de corpo de delito*, nos arts. 158, 159, 161, 167, 184, e 564, n.º III, letra b, respectivamente, está ele referindo-se ao *corpus delicti* do procedimento penal inquisitivo, tal como o delinearam e conceituaram os praxistas de antanho.

Formar o corpo de delito nada mais era que a recomposição dos elementos sensíveis do crime, isto é, daqueles elementos materiais ou físicos de um delito que podem afetar os sentidos.¹⁶⁶ Segundo MALATESTA, "a figura física do delito — o que representa o seu corpo — é constituída pelas materialidades permanentes que se acham ligadas à consumação criminosa". E, a seguir, dizia o autor citado: "é corpo de delito tudo o que consiste na materialidade do meio imediato, ou do efeito imediato do delito".¹⁶⁷

¹⁶⁶ Cf. JOÃO MENDES JÚNIOR, *Processo Criminal Brasileiro*, 1959, 4.ª edição, vol. II, págs. 7 e 8.

¹⁶⁷ NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, trad. de J. ALVES DE SA, 1927, pág. 646.

Compõem, portanto, o *corpo de delito*, nesse conceito histórico e tradicional do instituto, os elementos do *corpus criminis* e o *corpus instrumentorum*. Tríplex, assim, é o seu conteúdo, como bem se exprime FLORIAN, visto que abrange: a) os sinais da atividade do delinqüente; b) o resultado ou produto da infração; c) o *corpus instrumentorum*, ou meios empregados pelo delinqüente.¹⁶⁸

Nesse sentido foi que a expressão *corpo de delito* entrou na legislação pátria desde os tempos das velhas Ordenações do Reino e através das leis processuais do Império.¹⁶⁹ Os códigos e leis estaduais de processo penal permaneceram fiéis a essa nomenclatura, a qual, ao depois, foi mantida pelo vigente Cód. de Proc. Penal.¹⁷⁰

515. O exame de corpo de delito é o meio ou instrumento de verificação do *corpus delicti*, e o termo com que se documenta, devidamente, a investigação para esse fim levada a efeito.¹⁷¹

Outrora, tinha-se por obrigatória e imprescindível essa inspeção, nos crimes que deixam vestígios (*delicta facti permanenti*). Embora FAUSTIN HÉLIE remonte a exigência do *corpus delicti* ao tempo dos romanos,¹⁷² o certo é que foi o procedimento inquisitório quem lhe deu realce e transcen-

¹⁶⁸ *Prove Penali*, 1921, vol. II, pág. 537.

¹⁶⁹ Cf. DUARTE DE AZEVEDO, *Controvérsias Jurídicas*, 1907, páginas 475 e 476. *Retra*, n.º 88.

¹⁷⁰ Cf. AFONSO DIONÍSIO DA GAMA, *Manual do Advogado*, vol. X (*Processos e Ações Criminais*), parte primeira, 1927, págs. 318 e segs.; JOÃO DE OLIVEIRA FILHO, *Código do Processo Penal de Minas Gerais*, 1927, pág. 180.

¹⁷¹ O auto de corpo de delito, no dizer de DUARTE DE AZEVEDO, "é o exame inspeccional do fato, ou um dos meios de formar-se o corpo de delito" (ob. e loc. cit.).

¹⁷² *Traité de l'Instruction Criminelle*, 1866, vol. IV, págs. 360 e 361, n.º 1.783. Para VINCENZO MANZINI, "sembra che il termine corpus delicti sia stato usato per la prima volta da FARINACCIO" (*Trattato di Diritto Processuale Penale*, 1932, vol. III, pág. 377).

dência, notadamente por constituir o exame de corpo de delito, no sistema das provas legais, elemento de subido valor.¹⁷³

O *Code d'Instruction Criminelle*, ao falar, no art. 32, em "*procès-verbaux nécessaires à l'effet de constater le corps du délit*", não só preceituou o que o juiz de instrução deve, ao chegar ao local do crime, verificar "*l'état du corps du délit*", como ainda deixou implícito que tal exame deve "*précéder toute autre opération*".¹⁷⁴ No entanto, por ter aceito o princípio da verdade real, aquele Código não podia continuar adotando a regra de que *actio non datur nisi constet de corpore delicto*, pelo qual sem o exame de corpo de delito nulo estaria o processo.¹⁷⁵ O mesmo se passou na legislação italiana, em que ainda antes do Código de 1911 — que se libertou totalmente do pesado fardo dessa tradição legislativa vinda do sistema inquisitivo¹⁷⁶ — não era exigido, como *conditio sine qua non*, o auto de corpo de delito.¹⁷⁷

Na verdade, fora do sistema da prova legal,¹⁷⁸ só um Código como o nosso, em que não há a menor sistematização científica, pode manter a exigibilidade do auto de corpo de delito sob pena de considerar-se nulo o processo. Que isso ocorresse ao tempo da legislação do Império, ainda se compreende. Mas que ainda se consagre tal baboseira num

¹⁷³ Cf. C. J. A. MITTERMAYER, *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, trad. de ALBERTO ANTÔNIO SOARES, 1909, 2.^a edição, pág. 163.

¹⁷⁴ FAUSTIN HÉLIE, ob. cit., vol. IV, pág. 377, n.º 1.796.

¹⁷⁵ Cf. FAUSTIN HÉLIE, ob. cit., vol. IV, págs. 361 e 362, n.º 1.783; EDOUARD BONNIER, *Traité des Preuves en Droit Civil et en Droit Criminel*, 1888, págs. 88 e 89, n.º 109.

¹⁷⁶ Cf. E. FLORIAN, ob. cit., vol. II, pág. 535.

¹⁷⁷ LUIGI BORSANI e ALBERTO CASORATI, *Codice di Procedura Penale Italiano Commentato*, 1876, vol. II, págs. 319 e 320, § 674.

¹⁷⁸ "*C'était admis autrefois et on en concluait que l'aveu ne faisait preuve contre l'accusé que si le corps du délit avait été établi par d'autres moyens. Il en est autrement aujourd'hui, par suite de la substitution au système des preuves légales de celui de l'intime conviction, qui donne aux juges des pouvoirs souverains dans leur appréciation de la culpabilité*" (GEORGES VIDAL e J. MAGNOL, *Cours de Droit Criminel*, 1949, vol. II, págs. 1.036-1.037).

estatuto legal promulgado em 1941, eis o que se não pode explicar de maneira razoável.¹⁷⁹

O absurdo dessa orientação já fôra aliás pôsto em foco, ao tempo da legislação anterior, com bastante argúcia, pelo insigne COSTA MANSO, na passagem seguinte: "Qual o efeito da falta ou da nulidade do auto de corpo de delito? Parece-me claro que esse documento não constitui uma formalidade substancial do processo. É simples meio de prova, que, como ainda ficou dito, pode ser suprido por provas de outro gênero. A falta ou defeito do auto, portanto, deve dar lugar, não a que o processo seja anulado, mas a que recorra o juiz a outros elementos de convicção, e, não os encontrando suficientes, declare não provado o crime."¹⁸⁰

516. O art. 158 do Cód. de Proc. Penal, repetindo uma disposição de todo peculiar ao sistema das provas legais, diz o seguinte: "Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado". E o art. 167, do mesmo Código, acrescenta: "Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta". Por fim, o artigo 564, III, b, declara que há nulidade pela falta do "exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167".

Da conjugação desses três dispositivos, o que se infere é que o auto ou exame de corpo de delito deve ser realizado em todo o delito que deixa vestígios, sob pena de nulidade. Por outra parte, não pode a confissão supri-lo; e ante a impossibilidade de exame dos vestígios do crime, a prova testemunhal é a única que o pode suprir.

¹⁷⁹ O vigente Cód. de Proc. Penal repeliu, neste passo, o que se continha nos antigos códigos estaduais, sem levar em conta a excrescência que representa o 564, n.º III, letra b, no sistema do livre convencimento e em face do princípio da verdade real (cf. L. BORSANI e A. CASORATI, ob. cit., § 674).

¹⁸⁰ O *Processo na Segunda Instância*, 1923, pág. 501.

Isto significa que se o réu confessar o crime e a confissão vier corroborada por indícios, não pode ele ser julgado, pois o processo será nulo por falta de exame de corpo de delito direto ou indireto.

A obrigatoriedade do exame do corpo de delito só existe, porém, no tocante aos crimes que deixam vestígios. É que, ao lado dos *delicta facti permanenti*, existem os delitos que não deixam vestígios (*delicta facti transeuntis*). Como explica TOMAS JOFRÉ, "existem duas categorias de crimes: uns de fato momentâneo ou passageiro, de que não ficam vestígios, tal como acontece no adultério, nas injúrias verbais, etc.; e outros em que ficam vestígios, como o homicídio, o incêndio, as injúrias impressas".¹⁸¹ Só em relação ao últimos constitui o exame de corpo de delito, prova indispensável e necessária.¹⁸²

517. O exame de corpo de delito é hoje simples perícia para a verificação dos elementos sensíveis e materiais da infração penal. Não há mais necessidade, portanto, de que o próprio juiz, através de inspeção pessoal, procure examinar o local do crime, com os vestígios deixados pela prática delituosa. Nem mesmo à autoridade policial essa obrigação vem imposta, conforme é fácil de verificar-se pelo que dispõe o art. 6.º do Cód. de Proc. Penal.

O exame para a formação do *corpus delicti* é realizado por peritos oficiais e, à sua falta, "por duas pessoas idôneas, escolhidas de preferência as que tiverem habilitação técnica" (art. 159).

O Cód. de Proc. Penal ainda traz regras próprias para alguns exames especiais do *corpus criminis* ou do *corpus instrumentorum*. Assim é que o art. 162 fala das cautelas e regras sobre a autópsia, enquanto que o art. 168 cuida do exame de lesões corporais. Para os crimes em que há destrui-

¹⁸¹ Manual de Procedimiento Civil y Penal, 1941, 5.ª edição, volume II, pág. 95.

¹⁸² Cf. L. BORSANI e A. CASORATI, ob. cit., vol. II, § 674, pág. 320.

ção e rompimentos de coisas, normas vêm traçadas no art. 171. Seguem-se preceitos sobre exames ou perícias em crimes onde há incêndio (art. 173) e outros pertinentes ao reconhecimento de escritos por comparação de letra (art. 174).

Em alguns desses preceitos, há regras procedimentais sobre o modo de se encaminhar o exame pericial. Em outros, porém, existem minúcias desnecessárias, que bem retratam a técnica obsoleta do Código, que, nessa matéria de corpo de delito, se mantém constantemente fiel ao princípio da prova legal contra cujos postulados, em outras passagens, investe decididamente.¹⁸³

¹⁸³ Cf. E. FLORIAN, ob. cit., vol. II, pág. 535.