

EXAME DE CORPO DE DELITO — O ART. 158 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E UMA RELEITURA À LUZ DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DAS NOVAS REGRAS DO INTERROGATÓRIO (LEI Nº 10.792/03)

MARCELO LESSA BASTOS *
MARCELLA CORDEIRO ORÇAI **

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O exame de corpo de delito e o princípio do contraditório. 3. O art. 158 do Código de Processo Penal e o princípio do livre convencimento do Juiz. 4. Exame de corpo de delito direto, indireto e prova testemunhal supletiva. Ausência dessas provas e consequência da omissão. 5. O art. 158 do Código de Processo Penal e o art. 5º, LVI, da Constituição Federal. 6. Questão da confissão do acusado: ontem e hoje. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O exame de corpo de delito talvez seja a prova que mais controvérsia suscite nos dias atuais, nada obstante o seu elevado grau de influência na formação do convencimento do juiz, por se tratar de prova técnica e, não raras vezes, decisiva.

Exatamente por este papel preponderante, em que pese inexistir, formalmente, qualquer hierarquia entre as provas no sistema processual brasileiro, é que se inquieta em face da constatação de que a produção da prova, via de regra colhida na fase investigatória, se dá sem a participação das partes e, portanto, em flagrante violação do princípio do contraditório, tomado em sua acepção participativa e não meramente argumentativa.

Por se tratar de prova irrepetível, na maioria das vezes, e por se estar premido pela necessidade de colherem os vestígios da infração penal antes que eles desapareçam, acaba-se aceitando, por inevitável, a produção da prova,

* Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos. Doutorando pela Universidade Gama Filho. Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito de Campos.

** Acadêmica da Faculdade de Direito de Campos.

contentando-se com um suposto contraditório postergado, que se denomina diferido, na verdade um contraditório meramente formal e argumentativo, já que as partes, em especial o réu, não tiveram a oportunidade de participar do momento da produção da prova e, tão-somente, dela tomam ciência na hora de sua valoração.

Estas reflexões são fustigadas, sem maior aprofundamento, no presente estudo que, no entanto, pretende trazer a fundo uma outra discussão: ainda subsiste a obrigatoriedade do exame de corpo de delito no processo penal e a vedação de seu suprimento pela confissão do acusado (art. 158 do Código de Processo Penal) em face das novas regras do interrogatório, trazidas pela Lei nº 10.792/03?

O questionamento está impulsionado exatamente pelo princípio do contraditório, já que, como se sabe, a confissão do acusado é obtida em seu interrogatório que, hoje, é potencialmente um meio de prova, produzido sob o crivo do contraditório, com a participação efetiva das partes, ao contrário do exame de corpo de delito, que permanece inquisitorial.

Citam-se, igualmente sem maior aprofundamento dados os estreitos limites deste estudo, as discussões anteriores no tocante à recepção do dispositivo pela Constituição, cujo art. 5º, LVI, somente distinguiu entre provas lícitas e ilícitas, autorizando a conclusão de que não há substrato para a distinção infraconstitucional entre meios de prova lícitos; e as discussões no tocante à forma de suprimento à falta do exame de corpo de delito pela prova testemunhal, tal como previsto no Código, bem como a diferença entre este suprimento e o exame de corpo de delito indireto.

2. O EXAME DE CORPO DE DELITO E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório já foi definido, de forma tímida, como sendo o princípio segundo o qual:

“O acusado, isto é, a pessoa contra quem se propõe a ação penal, goza do direito “primário e absoluto” da defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido. Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia: *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve também ser ouvida.”¹

Percebe-se da definição de TOURINHO FILHO – colhida propositalmente da edição de 1990 da obra mencionada para demonstrar a evolução do tratamento que

1. Tourinho Filho. *Processo Penal*, v. 1, p. 48/49.

hoje se dá ao princípio – um viés exclusivamente informador e argumentativo do princípio, eis que sua tônica estava no direito do acusado de ser informado da acusação e na necessidade de ser dada a ele a oportunidade de ser ouvido antes de ser sentenciado. Os exemplos apresentados pelo autor para ilustrar o conteúdo que dava ao princípio bem demonstram a visão acanhada que dele se tinha². Nenhuma preocupação demonstrava com a possibilidade das partes, autor e réu, participarem efetivamente da colheita da prova com a qual o Juiz decidirá o conflito – que se pode considerar o viés participativo do contraditório.

Claro que o princípio do contraditório compreende o direito do réu ser formalmente cientificado da acusação – viés informativo – e o direito de ser ouvido sobre ela antes de ser julgado – viés argumentativo. Melhor ainda, o princípio do contraditório compreende o direito da parte contrária, não importa se autor ou réu, sempre ser cientificada (por meio da citação e intimações subseqüentes) daquilo que a outra parte disse e provou a seu respeito, de modo que tenha a mesma oportunidade de contradizer e contraprovar.

Neste contexto, que aqui se chama de viés informativo e argumentativo, respectivamente, não havia maiores óbices para o exame de corpo de delito ser colhido ainda na fase pré-processual, sem a participação do réu, o qual, depois, após o exercício do direito de ação, seria citado e cientificado assim de todo o conteúdo do procedimento que serviu de base à denúncia ou queixa, de modo que teria, então, a oportunidade de contradizer e contraprovar. É o que se resolveu denominar de “contraditório diferido”.

Não se preocupava, assim, com a participação das partes no momento da realização do exame pericial, destacando-se, ao revés, a impossibilidade de influir na prova pericial. Quando muito, a doutrina, timidamente, procurava assegurar a possibilidade de apresentação de quesitos pelo indiciado e pela vítima (que nem parte viria a ser, na maioria das vezes, em face da ação penal de iniciativa pública). Nada além disto. A possibilidade de participar efetivamente da colheita da prova, inclusive com indicação de assistente técnico, era enfaticamente repelida.

Assim se pronunciava TOURINHO FILHO:

“Determinada a realização do exame pericial, seja a requerimento de qualquer das partes seja *ex officio*, deverão elas formular seus quesitos, podendo inclusive fazê-lo a autoridade. Tais quesitos poderão ser formulados até o ato da diligência, como se infere da leitura do art. 176 do

2. “O nosso CPP consigna regras realçando tais garantias constitucionais. Assim, por exemplo, dispõe o art. 261 ‘que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor’ (...). Ainda realçando o princípio do *audiatur el altera pars*, dispõe o Código que, ao receber a denúncia ou queixa, deve o Juiz determinar a citação do réu para vir defender-se da acusação que se lhe faz (...). Do princípio do contraditório decorrem duas regras importantes: a da igualdade processual e a da liberdade processual. Esta última consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem quiser e entender; na faculdade que possui de apresentar provas que entender convincentes, desde que permitidas em Direito, de formular ou não perguntas às testemunhas, etc.” (Tourinho Filho, *op. cit.*, p. 49/50).

CPP. Tratando-se de perícia realizada na fase de inquérito, normalmente os quesitos são formulados pela própria Autoridade Policial. Mas, à maneira do que ocorre com a Justiça Militar, haverá mais vantagem do que inconveniência em se permitir aos interessados (indiciado e vítima) a formulação de quesitos. Grosso modo, essas perícias não podem, pelo passar do tempo, ser renovadas em juízo, e como o exame pericial, em determinadas infrações, constitui o ponto alto do conjunto probatório, haveria a possibilidade de prejuízo irremediável, tanto para a vítima como para o indiciado. Poder-se-ia conjurar esse prejuízo por meio do pedido de esclarecimentos aos peritos, em juízo. Às vezes, as indagações formuladas a eles, pela acusação e defesa, em juízo, suprem a falta de formulação de quesitos. Mas, outras vezes, não. Assim, não devem as Autoridades Policiais, cômicas de que estão apenas procurando a colheita de melhores informações para esclarecimento da verdade, impedir que a vítima e indiciado formulem seus quesitos. Aliás, no Anteprojeto Frederico Marques, o art. 369 não só possibilitava à vítima e indiciado a formulação de quesitos como, inclusive, a indicação de assistente técnico."³

TORNAGHI, sobre a questão da participação das partes no exame, era ainda mais enfático:

"Recorde-se que, quando a perícia é determinada pela autoridade policial, na fase do inquérito, nada a compele a admitir quesitos de partes. Muito menos podem essas exigir exames periciais, embora possam pedidos (art. 14). O inquérito é de tipo inquisitório; nele a autoridade concentra todo o poder e dele usa discricionariamente (não arbitrariamente), isto é, segundo sua prudência e com toda liberdade, dentro dos limites legais."⁴

Indicação de assistente técnico pelas partes parecia algo pecaminoso, valendo, neste sentido, colher a lição incrivelmente recente de GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

"Possibilidade de indicação de assistentes técnicos pelas partes interessadas: é inadmissível no processo penal. Entretanto, salienta, com pertinência, Antônio Scarance Fernandes, que 'isso não impede, contudo, que a parte possa recorrer a peritos particulares para análise da prova produzida pelos peritos oficiais, emitindo pareceres técnicos...'"⁵

Citando decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no mesmo sentido se manifesta, também recentemente, FAUZI HASSAN CHOUKR, numa situação inicial até muito mais dramática, que é no decorrer de ação penal já em curso:

"Descabimento da indicação de assistente técnico para a realização do exame pericial. A ausência de intimação do assistente técnico nomeado

3. *Id.*, *ib.*, v. 3, p. 230.

4. Hélio Tornaghi. *Curso de Processo Penal*, v. 1, p. 327.

5. Guilherme de Souza Nucci. *Código de Processo Penal Comentado*, p. 316.

pelo réu quando da realização do exame de dependência de drogas não se constitui em nulidade processual. Isto porque, no âmbito do processo penal, a teor do disposto no art. 159 do CPP, o exame de corpo de delito, assim como as demais perícias em geral, enquadrando-se nestas o laudo de dependência toxicológica, é realizado por peritos oficiais. Desse modo, não há falar, nessa seara jurídica, nas figuras dos peritos das partes ou assistente técnico (STJ – HC – Rel. Félix Fischer – 09/09/2003). Complementando-se, “no processo penal, não há a figura do assistente técnico, pois, por expressa previsão legal, as perícias são realizadas por peritos oficiais, em regra. Inteligência do art. 159 e §§ do CPP. Nos termos do art. 276 do CPP, as partes não podem intervir na nomeação do perito, sendo ato exclusivo de autoridade policial ou judiciária (TRF – 1ª Região – Rel. Juiz Cândido Ribeiro – 26/06/2001)...”⁶

ADA PELLEGRINI GRINOVER, no entanto, desde há muito vem se debruçando sobre o exame de corpo de delito. Admite sua realização sem a presença das partes, em fase policial, mas somente em caráter cautelar, quando houver risco de desaparecimento dos indícios. Assevera, noutro passo, a necessidade de, para valer com prova, ressalvada aquela incômoda possibilidade, contar com as presenças do Juiz e das partes no momento de sua confecção, antecipando, deste modo, o perfil atual do princípio do contraditório, objeto de enfoque logo em seguida. Colhe-se, por oportuna, em que pese acanhada na parte em que se contenta com o contraditório diferido, sua lição:

“Determinada a realização da perícia, devem as partes ter oportunidade de apresentar quesitos, sem o que o exame será inválido, não podendo nele se fundar a sentença; poderá o juiz, contudo, desde que motivadamente, indeferir quesitos impertinentes. (...) Maior dificuldade poderá surgir quanto às perícias realizadas na fase policial, sem prévia manifestação da defesa e que, muitas vezes, representam a comprovação da própria materialidade do crime. Excluídos os casos em que há urgência, seja porque há risco de desaparecerem os sinais do crime, seja porque é impossível ou difícil conservar a coisa a ser examinada, ou ainda as hipóteses em que inexistente suspeita contra pessoa determinada, a autoridade policial deveria dar oportunidade ao indiciado de apresentar quesitos para maior garantia de defesa. Todavia, tem-se entendido que as provas periciais obtidas na fase policial independem de manifestação do indiciado, porque o inquérito é marcadamente inquisitório e também porque pode o réu, na ação penal, impugnar a perícia, requerer novo exame ou pedir esclarecimentos aos peritos. Realiza-se, enfim, um contraditório diferido. (...) Mas se a perícia não for necessária na fase indiciária, porque inexistente perigo de que desapareçam os sinais do crime ou de que se dispersem outros elementos probatórios ou porque não servirá ela para

6. Fauzi Hassan Choukr. *Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial*, p. 309.

justificar a instauração do processo, deve ser realizada na fase processual, mediante contraditório prévio e com participação do juiz. A perícia no inquérito é prova antecipada, de natureza cautelar, e só se justificará quando presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*.⁷⁷

Com méritos, ADA PELLEGRINI GRINOVER incluiu, nos trabalhos da comissão que coordenou para a apresentação de projeto de reforma do Código de Processo Penal, a possibilidade expressa das partes apresentarem quesitos e indicarem assistentes técnicos para acompanhar o exame pericial, sempre que possível⁸.

Essa inovação guarda perfeita consonância com o perfil que, hoje, se dá ao princípio do contraditório.

Tal perfil exige que não se compreenda mais o princípio do contraditório apenas num viés informativo e num viés argumentativo, mas, também, num viés participativo. E este viés compreende o direito das partes de participarem efetivamente da produção de toda e qualquer prova que possa vir a ser utilizada para a formação do convencimento do Juiz. Nesta linha de raciocínio, sob o ponto de vista dogmático, não há como aceitar o exame de corpo de delito colhido sem a presença da partes, porque em sede de inquérito policial.

Colhe-se, a tal respeito, a lição de LEONARDO GRECO:

“Ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses sem ter tido ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação. O contraditório é consequência do princípio político da participação democrática e pressupõe: a) audiência bilateral: adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais através de comunicações preferencialmente reais, bem como ampla possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem essa prévia audiência das partes; b) direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material; c) congruidade dos prazos: os prazos para a prática dos atos processuais, apesar da brevidade, devem ser suficientes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, para a prática de cada ato da parte com efetivo proveito para a

7. Ada Pellegrini Grinover e outros. *As nulidades no Processo Penal*, 1994, p. 129/130.

8. Cuida-se do novo art. 159 proposto, pelo qual a perícia passaria a ser feita apenas por um perito oficial, garantindo-se a possibilidade da indicação de assistentes técnicos, na forma do § 3º que é acrescentado ao dispositivo, cuja redação proposta é a seguinte: “§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público e seu assistente, ao querelante, ao ofendido, ao investigado e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico, que atuará a partir de sua admissão pelo juiz” (Projeto de Reforma do Código de Processo Penal relativo às provas: proposta legislativa nº 4.205/01, disponível no sítio da Presidência da República, www.planalto.gov.br, acessado em 12/09/2007, à 1h30).

sua defesa; d) contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão; e) o contraditório participativo pressupõe que todos os *contra-interessados* tenham o direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem a sua plena participação.”⁹

No mesmo sentido, LUIGI PAOLO COMOGLIO, destacando que a garantia do contraditório na formação da prova é uma garantia específica, distinta, derivada do que denomina “contraditório entre as partes”, estando assegurada na legislação italiana pelo menos no processo penal:

“Rimane fermo il punto, in forza del quale – per una deliberata scelta del legislatore nella revisione del 1999 – il ‘principio del contraddittorio nella formazione della prova’ (art. 111, quarto comma), sia pure con le eventuali eccezioni previste dalla legge (quinto comma), è testualmente circoscritto, come garanzia specifica bensì derivata (ma comunque diversa e distinta) da quella generale del ‘contraddittorio tra le parti’ (secondo comma), al solo processo penale. (...) È anzitutto imprescindibile e, come tale, diventa inderogabile – facendo parte dell’ordine pubblico processuale – l’effettiva possibilità, opportunamente assicurata, provocata o comunque agevolata anche d’ufficio dal giudice, dell’instaurazione di un adeguato contraddittorio fra le parti, in ordine alle risultanze di tutte le prove che siano state a qualunque titolo acquisite, formate od assunte, prima che esse vengano apprezzate e valutate dal giudice medesimo, nella fase decisoria. L’esigenza di prevenire anche nella formazione del giudizio di fatto qualsiasi opzione giudiziale per una “terza via”, non conosciuta, percepita o discussa previamente dalle parti in contraddittorio tra loro, impone che quest’ultimo sia tempestivamente esteso, altresì, a quei fatti non bisognosi di prova (ad es., ai fatti ‘notori’ o alle ‘nozioni di fatto’ rientranti nella “comune esperienza”: art. 115, secondo comma, c.p.c.), sui quali il giudice può comunque fondare il suo convincimento decisorio, oppure a quei ‘fatti certi’ (o ‘indizir’), dai quali il giudice può ‘trarre’ le idonee ‘conseguenze’ per “risalire” alla sussistenza dei fatti ‘ignoranti’ (nel paradigma dell’inferenza presuntiva: art. 2727 c.c.). L’omessa instaurazione di quel contraddittorio, in ogni caso, configura vizi in procedendo ed errori decisori, che sono denunziabili avanti organi giurisdizionali di gravame, secondo le modalità e le forme dei diversi mezzi di impugnazione.”¹⁰

E, também nesta linha, comentando o art. 111 da Constituição italiana, destaca PAOLO TONINI:

9. Leonardo Greco. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. In: *Estudos de Direito Processual*, 2005, p. 241/242.

10. Luigi Paolo Comoglio. *Etica e tecnica del “Giusto Processo”*, p. 66/69.

“O cerne do art. 111 é constituído pela afirmação do contraditório. Alguns doutrinadores deram ao princípio do contraditório um único significado e, por essa razão, enfrentaram problemas para interpretar a regra. (...) Compartilhamos do entendimento segundo o qual a expressão “contraditório” no art. 111 não é utilizada em sentido único, ou seja, apresenta dúplice significado, pois a palavra é empregada em sentido objetivo e subjetivo. (...) O contraditório, em sentido objetivo, é estabelecido no início do inciso 4 e se refere ao contraditório “na formação da prova”. É uma expressão que consagra o contraditório como método de “conhecimento”. A verdadeira prova não é aquela que se obtém sob sigilo, por meio de pressões unilaterais, mas aquela cuja formação ocorre de modo dialético. A inovação está no fato de o princípio não ser afirmado de forma absoluta (...). Ao contraditório em sentido objetivo são previstas exceções, pois o princípio é adequado às exi-gências consideradas predominantes em determinados casos. Assim, não existe mais radicalismo, mas um modo de pensar que leva em consideração a necessidade de equilibrar interesses contrapostos. Bem por isso, estabelece o inciso 5 que a lei regula os casos nos quais a formação da prova não ocorre em contraditório, por consenso do acusado, em razão de ter-se verificado a impossibilidade de natureza objetiva ou como consequência de provada conduta ilícita. O art. 111 estabelece ao mesmo tempo regra e exceção. Outros incisos utilizam a palavra ‘contraditório’ em sua acepção subjetiva. (...) Trata-se do reconhecimento constitucional do direito de o acusado confrontar-se com seu acusador, direito que deve encontrar atuação perante um juiz. O direito de confrontar-se não vale somente em relação às testemunhas, como previsto na Constituição Européia. Esse direito deve ser atuado em relação a todas as ‘pessoas’ que prestam declarações contra o acusado.”¹¹

O contraditório participativo é igualmente objeto de destaque na obra garantista de LUIGI FERRAJOLI:

“O ônus da prova a cargo da acusação comporta logicamente, por parte do imputado, o direito de defesa, expresso aqui com o axioma A 10 *nulla probatio sine defensione*. Esta última garantia é o equivalente jurídico que identifiquei, o parágrafo 10.8, como a principal condição epistemológica da prova: a falsificação da hipótese acusatória experimentada pelo poder da parte interessada em refutá-la, de modo que nenhuma prova seja adequada sem que sejam infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas. A defesa, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas.”¹²

11. Paolo Tonini. *A prova no processo penal italiano*, p. 26/28.

12. Luigi Ferrajoli. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*, p. 490.

A única concessão que, exclusivamente por razões de ordem pragmática, pode ser feita, diz respeito àquelas situações em que não é possível postergar o exame, sob pena de a prova perecer, não se tendo, ainda, descoberto a autoria do delito, nem recaído sobre ninguém especificamente qualquer suspeita, de sorte que não haja quem intimar para acompanhar a realização do exame, oferecer quesitos e indicar assistentes técnicos. A aceitação do exame de corpo de delito, nessas situações dramáticas, colhido inquisitorialmente, só se justifica pelo caráter cautelar acentuado por ADA PELLEGRINI GRINOVER, como acima colacionado, e mesmo assim se não for possível, por alguma razão, repetir a prova em juízo, sob o crivo do contraditório participativo.

Neste sentido, a interessante proposta de CRISTIANE DA ROCHA CORRÊA:

"1. Exames periciais que, por seu objeto, são potencialmente repetíveis (exemplos ... exames de documentos ... exames grafotécnicos...): (...) 1.a. caso já haja pessoa investigada determinada, deve-se proceder a realização de incidente probatório, sob a presidência do juiz e com a atuação do Ministério Público e do defensor do acusado. O incidente probatório constitui medida cautelar atípica, que tem por objetivo a produção antecipada de prova com a finalidade de evitar o seu perecimento, resguardando, ao mesmo tempo, o contraditório (...). 1.b. Caso, porém, o exame seja realizado antes de ser indicada a autoria, a prova deve ser reproduzida em juízo, caso o acusado assim o requeira, possibilitando-se desse modo a interferência e assistência da defesa técnica por meio de acompanhamento do exame, da formulação de quesitos, da indicação de assistentes técnicos etc. (...) 2. Exames relativamente repetíveis (exemplo ... lesões corporais na vítima ... que ... ainda persistirem): (...) aplicam-se todas as observações realizadas no item anterior, condicionadas apenas à persistência dos vestígios materiais da infração penal. (...) 3. Exames absolutamente irrepetíveis (exemplo ... perícias realizadas no local da prática de crime...): (...) levam a um impasse. Simplesmente não é possível resguardar-se em relação a eles o contraditório, que, em conseqüência, é infringido em seu grau máximo. (...) A prova pericial deve ser simplesmente admitida, postergando-se os debates acerca de seu conteúdo e da regularidade formal de sua realização para a fase processual (contraditório diferido)."¹³

Como se vê, é preciso desmistificar o exame de corpo de delito e, por conseguinte, ter-se em mente que o papel a ele reservado pelo Código de Processo Penal, estampado no art. 158, é absolutamente incompatível com os princípios gerais que informam o processo penal, com o alcance, conteúdo e sentido a eles hoje conferidos, em especial o princípio do contraditório.

13. Cristiane da Rocha Corrêa. O Princípio do contraditório e as provas irrepetíveis no inquérito policial. Artigo publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 60. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 243/246.

Não há razão para se insistir num primado do exame de corpo de delito, crítica que já se fazia ao Código quando de sua adoção, como se tratará no tópico seguinte. Há de se dar preferência às outras provas, tornando-se o exame de corpo de delito prescindível, sobretudo diante de provas colhidas sob o crivo do contraditório, tomado em todas as suas atuais dimensões.

Esta visão contemporânea do princípio do contraditório exige uma releitura do art. 158 do Código de Processo Penal, em harmonia com a doutrina aqui trazida à colação.

3. O ART. 158 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ

A crítica quanto ao paradoxo existente entre o dispositivo em comento e o sistema do livre convencimento, pretensamente proclamado no Código de Processo Penal vigente, é antiga.

Colhe-se, a tal respeito, a lição de SÉRGIO DEMORO HAMILTON:

“Chega-se, agora, ao ponto nodal de nosso estudo, qual seja o de examinar até que ponto a regra constante do art. 158 da lei processual básica tem sentido diante do sistema da persuasão racional. Como salientado, (...) o *thema* exige análise diante de um contexto em que nenhuma prova tem valor absoluto ou mais prestígio que outra, tendo em conta que o Código dos anos 40 substituiu o critério da avaliação legal pelo da valoração motivada do juiz. Dessa maneira, o juiz encontra-se livre de amarras para decidir, ao contrário do que se dava com o sistema da certeza legal. Ora, o mandamento legal do art. 158 do CPP, ao tornar indispensável o exame de corpo de delito nas infrações penais que deixam vestígios, não podendo supri-lo, sequer, a confissão do acusado, afastou-se, sem sombra de dúvida, do sistema da livre convicção motivada, para constituir reminiscência inaceitável do superado sistema da certeza moral do legislador.”¹⁴

Lição esta alicerçada no grande FREDERICO MARQUES, que já era feroz crítico do dispositivo:

“Na verdade, fora do sistema da prova legal, só um Código como o nosso, em que não há a menor sistematização científica, pode manter a exigibilidade do auto de exame 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 estatuto

14. Sérgio Demoro Hamilton. *Temas de processo penal*, p. 163.

legal promulgado em 1941, eis o que não se pode explicar de maneira razoável. (...) 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..." (destaque nosso)¹⁵

Com efeito, não faz o menor sentido, dentro de um pretense sistema do livre convencimento motivado do Juiz, que pretendeu o Código de Processo Penal vigente proclamar¹⁶, exigir determinado meio de prova para determinado tipo de infração penal, o que se constitui num inaceitável resquício do sistema da prova legal, que remete a tempos medievais. Não se justifica, em absoluto, que o processo penal, em pleno século XXI, estabeleça de que forma uma infração penal tem que ser provada, desprezando a possibilidade de outros meios de prova.

O sistema do livre convencimento do Juiz preconiza a livre apreciação motivada da prova. É o que, aliás, estabelece o art. 157 do Código de Processo Penal¹⁷. Neste sistema, de apreciação livre da prova, não se consegue compreender a exigência da presença de determinado meio de prova, o que só se justifica no sistema das provas tarifadas. É isto que faz o art. 158 do Código de Processo Penal¹⁸. E o faz de maneira inútil, pois, apesar de exigir o exame de corpo de delito, não o coloca em condição de supremacia ante as demais provas – o que, aliás, seria o cúmulo do cúmulo do absurdo! – e, então, permite que o Juiz decida contra o exame e levando em conta as demais provas, que acabam tendo o mesmo valor da prova técnica. O Código proclama, inclusive, o sistema não vinculativo no tocante à prova pericial¹⁹ (pelo menos isto!). Ora, se é assim – e ainda bem que é assim – indaga-se: por que, então, ser exigida uma superabundância de meios de prova que, no final das contas, exprimem o mesmo grau de convencimento? Se há um boletim médico, ou testemunhas que relatam a materialidade do delito sem sombra de dúvidas (a vítima foi decapitada, por exemplo, e as testemunhas viram o corpo da vítima sem a sua cabeça), ou mesmo ante a confissão do réu, que narra com detalhes como decapitou a vítima, qual a razão lógica de se exigir o exame de corpo de delito, que servirá apenas de redundância no mosaico probatório já harmônico no sentido de apontar para a materialidade do crime?

Impossível encontrar uma resposta que não remeta ao adjetivo empregado por FREDERICO MARQUES na citação acima: "bBOSEIRA".

15. José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*, v. 2, p. 365/367.

16. Vide exposição de motivos do Código de Processo Penal, no capítulo destinado às provas (VII), em que está dito: "O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal..." (sic). Tal assertiva, como aqui se está discutindo, é absolutamente inconciliável com a exigência esdrúxula do exame de corpo de delito.

17. Código de Processo Penal, art. 157: "O Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova."

18. Código de Processo Penal, 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."

19. Código de Processo Penal, art. 182: "O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte."

Alheio a tudo isto, o legislador exigiu o exame de corpo de delito nas infrações penais que deixem vestígios, assim compreendidas como aquelas que deixam modificações nas pessoas ou coisas sobre as quais recaíram a ação delituosa. Este é o chamado corpo de delito – o conjunto de vestígios deixados pela infração penal. Tais vestígios devem ser submetidos a exame. E, como há vestígios que desaparecem com o tempo (como muitas lesões corporais, por exemplo), surge a necessidade da imediata realização do exame, com todo o transtorno que isto acarreta ao princípio do contraditório participativo, como examinado no tópico anterior.

4. EXAME DE CORPO DE DELITO DIRETO, INDIRETO E PROVA TESTEMUNHAL SUPLETIVA. AUSÊNCIA DESSAS PROVAS E CONSEQUÊNCIA DA OMISSÃO

Se o exame de corpo de delito direto já é criticável, por tudo o que já foi dito até agora, muito mais ainda o é o exame indireto, este, sim, uma autêntica inutilidade.

Ora, o perito não teve contato com a pessoa ou a coisa examinada, como no exame direto. Limita-se a ter contato com informações documentadas ou narradas por terceiros, acerca dos vestígios deixados pela infração penal, de modo a emitir seu laudo louvado nessas informações.

Nesta órbita gravita, inclusive, uma controvérsia doutrinária sem sentido, que confunde o exame indireto com a prova testemunhal supletiva.

A exemplo, a lição inexata de TOURINHO FILHO:

“Diz-se ‘direto’ quando procedido por inspeção pericial, quando os peritos procedem diretamente ao exame. Se, entretanto, não for possível o exame de corpo de delito direto, pelo desaparecimento dos vestígios, a prova testemunhal, diz o art. 167, poderá suprir-lhe a falta. Nesse caso, diz-se ‘indireto’.”²⁰

Com efeito, exame indireto e prova testemunhal supletiva não se confundem.

O exame indireto ocorrerá, somente, se o perito, à luz de um boletim médico, fotografias, enfim, qualquer outro meio de prova (até mesmo à luz de depoimentos prestados por alguma testemunha), emprestar seus conhecimentos técnicos na avaliação deste meio de prova e a partir deles emitir seu laudo.

Do contrário, na hipótese da testemunha vir a juízo e narrar o que viu, o que se terá é o simples suprimento à falta do exame direto e indireto, através da

20. Fernando da Costa Tourinho Filho. *op. cit.*, v. 3, p. 224.

prova testemunhal, nos exatos termos do art. 167 do Código de Processo Penal²¹, sendo certo que não se exige nenhuma formalidade especial para isto.

Neste sentido, a lição de TORNAGHI:

“Há casos em que os peritos, exatamente por seus conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, podem ‘opinar à vista dos elementos de que disponham’: depoimentos, filmes, fotografias, objetos encontrados, etc. Nessa hipótese a lei permite o exame indireto. Exame indireto não se confunde com o mero depoimento de testemunhas, o qual pode suprir o exame de corpo de delito (art. 167). Nele, no exame indireto, há sempre um juízo de valor feito pelos peritos. Uma coisa é afirmarem as testemunhas que viram tais ou quais sintomas, e outra os peritos concluírem daí que a *causa mortis* foi essa ou aquela.”²²

Curioso é que, a rigor, só se pode partir para a prova testemunhal supletiva se não for possível fazer o exame de corpo de delito, seja ele direto, seja ele indireto. O que significa dizer que, nos termos ultrapassados do Código, se os vestígios foram documentados de alguma forma, nem mesmo a prova testemunhal poderá suprir a falta do exame de corpo de delito, ao menos indireto.

Mais uma vez a crítica é inevitável: para quê sobreporem-se provas que possuem o mesmo poder de convencimento, eis que não há hierarquia entre elas?

E mais um detalhe: a se fazer o exame indireto, onde não há mais a preocupação em serem preservados os vestígios da infração penal, que já até desapareceram, não há absolutamente nenhuma razão para não permitir às partes acompanharem a realização do exame, em contraditório prévio e efetivo. O exame de corpo de delito indireto, colhido não raras vezes já no curso da ação penal, sem a participação prévia das partes, com quesitos e, se desejarem, indicação de assistente técnico, é absolutamente inadmissível, não se encontrando qualquer razão que o justifique.

Uma outra questão é a consequência da falta de exame de corpo de delito, direto e indireto, e também da prova testemunhal supletiva. O Código de Processo Penal apresenta como solução a nulidade do feito, nos termos de seu art. 564, III, b²³. Trata-se de outra solução equivocada do Código, para um problema que ele próprio criou também de modo equivocado. Ora, o exame de corpo de delito é um meio de prova que chegou aos autos como qualquer outro meio de prova, de sorte que não houve, em seqüência, nenhum ato processual que dele diretamente tenha dependido. Daí, inútil pensar-se em anular o processo. Muito mais

21. Código de Processo Penal, art. 167: “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.”

22. Hélio Tornaghi. *op. cit.*, v. 1, p. 319.

23. Código de Processo Penal, art. 564, III, b: “A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: (...) III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: (...) b) o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167.”

apropriado é valer-se do disposto no art. 502 do Código de Processo Penal²⁴, que autoriza o Juiz a converter o julgamento em diligências²⁵, caso ainda seja possível realizar o exame, direto ou indireto, nesta ordem, e não haja prova testemunhal supletiva. Agora, se, de antemão, já se percebe que não há possibilidade de realizar o exame, nem direto, nem indireto, nem há nos autos prova testemunhal supletiva e, muito menos, possibilidade de se obtê-la, então a solução única que se afigura cabível é a absolvição do réu, por falta de prova suficiente para a condenação, na forma do art. 386, VI, do Código de Processo Penal²⁶.

Nesta linha de raciocínio, ao menos no tocante à absolvição por falta de provas – ao invés da nulidade – ante a ausência de comprovação idônea da materialidade delitiva, a lição de FAUZI HASSAN CHOUKR:

“Na estrutura do Código de Processo Penal, sendo o caso de comprovação da materialidade pelo laudo pericial, a inexistência deste nos autos é causa de absolvição. Condenações sem essa comprovação são insustentáveis...”²⁷

5. O ART. 158 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E O ART. 5º, LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Estabelece o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Indaga-se, diante disto: ainda subsiste a possibilidade, diante da nova regra constitucional (que só distingue entre provas lícitas e ilícitas, para validar as primeiras, *a contrario sensu*, e invalidar, pelo menos em princípio²⁸, as segundas), do legislador infraconstitucional fazer

24. Código de Processo Penal, art. 502: “Findos aqueles prazos, serão os autos imediatamente conclusos, para sentença, ao juiz, que, dentro em 5 (cinco) dias, poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade.”

25. Não se pretende aqui entrar na discussão acerca da iniciativa probatória do Juiz, conferida pelo Código de Processo Penal em diversos dispositivos, e sua compatibilidade vertical com a Constituição de 1988, por conta do sistema acusatório e da exigência da imparcialidade do Juiz, discussão esta que grassa na doutrina, sendo objeto do projeto de tese de doutoramento do autor, ainda em gestação. De antemão, no entanto, afirma-se entender o autor deste estudo que não há qualquer incompatibilidade entre aquelas normas, de sorte que é perfeitamente lícito ao Juiz a iniciativa probatória, em caráter supletivo à iniciativa das partes, na busca de formar o seu convencimento o mais próximo possível da verdade do que realmente aconteceu. Este o objetivo do processo, no entender do autor: descobrir a verdade dos fatos e não, como parecem pensar muitos, comemorar eventuais dúvidas que ainda tenha o Juiz, mas que possa, lícitamente, esclarecê-las. Isto não comprometerá sua imparcialidade, segundo se acredita, eis que, simplesmente, o Juiz não poderá adivinhar o resultado da prova que porventura mandou produzir.

26. Código de Processo Penal, art. 386, VI: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) VI – não existir prova suficiente para a condenação”.

27. Fauzi Hassan Choukr, *op. cit.*, p. 308.

28. Aqui não há espaço para se aprofundar neste ponto, que é tema que demanda um estudo específico.

distinção entre provas lícitas, como faz no art. 158 do Código de Processo Penal? Teria este dispositivo sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988?

GUILHERME SOUZA NUCCI entende que sim, adiantando, inclusive, a discussão proposta no tópico derradeiro deste estudo:

“Como se pode dizer que a Constituição revogou o art. 158, parte final? Se assim fosse, poder-se-ia dizer que o revogou por completo, pois a exigência do exame de corpo de delito delimita a produção de outras provas, o que, na visão de Cernicchiaro, seria estabelecer a “indevida” hierarquia de provas. O lícito e o ilícito referem-se não somente à prova em si, mas à sua produção e à sua finalidade. Portanto, cabe ao legislador conferir legitimidade a uma determinada prova para atingir o seu fim, que é servir de esteio para estruturar a decisão do juiz no processo penal. A confissão, não somente porque é uma prova falha, relativa e frágil, continua sem possibilidade de formar, sozinha, o corpo de delito da infração penal que deixa vestígio.”²⁹

Com a devida vênia, não se consegue compreender como boa parte da doutrina ainda se apega ao exame de corpo de delito, recusando-se a evoluir no pensamento e partir para, enfim, expurgar os últimos resquícios do sistema da prova legal e consagrar de vez o sistema do livre convencimento motivado do Juiz. Em primeiro lugar, a confissão, hoje, não pode ser tida como prova frágil, eis que obtida sob o crivo do contraditório, porque no interrogatório, o que se discutirá a seguir. Em segundo lugar, se a confissão é prova frágil, muito mais frágil o é, na maioria das vezes, o exame de corpo de delito, sob o prisma da efetiva concorrência das partes na sua formação, o que interessa ao objeto do presente estudo. O que o exame de corpo de delito pode ter de melhor do que os demais meios de prova é, tão-somente, o fato de ser uma prova técnica, o que traz conforto ao julgador na formação de seu convencimento. Mas isto é elemento de prova, nada tendo a ver com o meio de prova que o produziu. Outros meios de prova podem também ser tão convincentes quanto o exame de corpo de delito. Pergunta-se, então: o que vale mais – o documento proveniente do médico que atendeu o paciente, que teve contato direto com ele, ou o exame indireto feito pelo perito com base naquele documento, perito este que nunca teve contato com a vítima?

Chega a ser um paradoxo se apegar a uma prova pelo conforto que ela pode trazer na hora de formar o convencimento e, ao mesmo tempo, esquecer-se de que para a formação daquela prova as partes, em especial o réu, não concorreram!

Já se passou da hora de reduzir a importância que foi dada ao exame de corpo de delito na primeira metade do século passado! Importância esta que já foi criticada naquela mesma época, por ninguém menos do que FREDERICO MARQUES, como neste estudo se expôs no tópico nº 3.

29. Guilherme de Souza Nucci, *op. cit.*, p. 314.

Um alento, neste sentido, veio do Superior Tribunal de Justiça, em 1993, pela pena do então Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO:

“O corpo de delito, na clássica definição de João Mendes, é o conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso. (...) A Constituição da República resguarda serem admitidas as provas que não forem proibidas por lei. Restou, assim, afetada a cláusula final do art. 158 do CPP, ou seja, a confissão não ser idônea para concorrer para o exame de corpo de delito. No processo moderno, não há hierarquia de provas, nem provas específicas para determinado caso. Tudo que lítico for, idôneo será para projetar a verdade real.”³⁰

Lamenta-se não ter o conspícuo sodalício firmado e até aperfeiçoado sua jurisprudência neste sentido, preferindo, ao que parece, o comodismo da prova técnica enquanto elemento de prova, consolidando as amarras atávicas do livre convencimento motivado³¹.

A posição conservadora de parte Doutrina e da Jurisprudência pátrias, em prol do exame de corpo de delito, é mesmo incrível!

Não há como, no processo penal moderno – que condena a hierarquização dos meios de prova, citando o medieval sistema da prova legal somente como referência histórica; que proclama a livre apreciação da prova pelo Juiz; que veda somente a atividade probatória ilícita; e que impõe o princípio do contraditório em todas as suas dimensões, em especial a participativa, a qual assegura às partes, ao menos como regra, o direito de atuar ativamente na formação das provas que vão servir para formar o convencimento do julgador – e em pleno Terceiro Milênio, suportar conviver com uma regra do naipe do art. 158 do Código de Processo Penal, em toda a extensão de seu conteúdo (uma “bBOSEIRA”, no magistério autorizado de FREDERICO MARQUES, citado neste estudo).

Compartilhando desta irresignação, a lúcida lição de JÚLIO FABBRINI MIRABETE, apoiada no posicionamento assumido por LUIZ VICENTE CERNICCHIARO:

“Os artigos 158 e 563, III, b, (...) arranham os princípios da liberdade probatória e do livre convencimento do juiz, dificultando a busca da verdade real. Como afirma o ministro Luiz Vicente Cernicchiaro: ‘Constata-se, então, esta curiosa situação. Falha do condutor do inquérito ou do processo (sem considerar eventual malícia) deixa de materializar aqueles indícios. Interpretação literal dos dispositivos mencionados leva, inexoravelmente, à conclusão de não serem considerados outros meios de prova, embora

30. Superior Tribunal de Justiça, *habeas corpus* nº 1.394/RN, 6ª Turma, Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, julgamento em 08/02/1993. Disponível na internet, no sítio www.stj.gov.br, acessado em 14 de setembro de 2007, à 1h37.

31. “O exame de corpo de delito, em regra, é indispensável quando a infração deixar vestígios. Não obstante, sendo inviável a realização de tal exame, poderá a prova testemunhal suprir-lhe a falta (arts. 158 c/c 167, CPP). No presente caso, era perfeitamente viável a realização de tal exame. (...) Recurso parcialmente provido”. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 836128/RS, 5ª Turma, Relator: Ministro Félix Fischer, julgamento em 22/05/2007: “O exame de corpo de delito

idôneos, claros, insofismáveis, esclarecedores do fato. Tem-se, então, uma curiosa e perplexa conclusão: o fetichismo dos meios de prova supera o próprio valor dos meios probatórios, reduzindo a instrução criminal a um jogo formal de dados, quando não a um jogo bem-sucedido de interesses escusos (Livro de Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos. 5/207-217). Diz ainda a lei que o exame de corpo de delito direto não pode ser substituído exclusivamente pela confissão do acusado, mas, não se excluindo, pela Constituição, senão as provas obtidas ilicitamente, a disposição não deve mais vigorar.”³²

E também a lição de SÉRGIO DEMORO HAMILTON:

“Somente um Código sem técnica e sem sistema como o nosso é que poderia reproduzir regra tão estapafúrdia como a do art. 158. (...) Agora, no entanto, diante da nova ordem constitucional, parece-me que o assunto não comporta tergiversação. (...) Se a confissão é meio de prova legítimo, pois contemplada expressamente na lei processual (art. 197 a 200, CPP), por que não poderia ela suprir o exame de corpo de delito? Por quê? (...) Se o sistema de prova adotado em nosso Código de Processo Penal é o da livre convicção motivada, é chegado o momento de dar um basta a certas normas que só impedem a busca da verdade real. (...) Não se vislumbra nessas desprezíveis observações o intuito de minimizar o exame de corpo de delito. Trata-se, ao revés, de perícia da maior relevância no objetivo de demonstrar o elemento material da infração penal e que, sempre que possível, deve ser realizada. Porém, o que se pretendeu dizer é que sua indispensabilidade é um mito destituído de sentido técnico no processo penal moderno.”³³

Um fio de esperança na consolidação deste entendimento vem do Supremo Tribunal Federal:

“Ementa: *Habeas Corpus*. 2. Crime de Peculato. Art. 312 do Código Penal. 3. Substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos ou outra pena alternativa. Questão não examinada pelo Superior Tribunal de Justiça. Não conhecimento da ordem, no ponto, sob pena de supressão de instância. 4. Improcedência da alegação de nulidade do processo pela falta do exame de corpo de delito. Art. 158 do Código de

direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido. Portanto, se era possível sua realização, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art. 159 do CPP), a prova testemunhal não supre sua ausência. (...) Recurso especial parcialmente provido.” Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 901856/RS, 5ª Turma, Relator: Ministro Félix Fischer, julgamento em 26/06/2007. Disponíveis na internet, no sítio www.stj.gov.br, acessado em 14 de setembro de 2007, às 2h03.

32. Júlio Fabbrini Mirabete. *Código de Processo Penal Interpretado*, p. 416.

33. Sérgio Demoro Hamilton. *op. cit.*, p. 166/168.

Processo Penal. 5. Existentes outros elementos de prova, o exame pericial não é imprescindível. Precedentes. 6. Não configura falta de fundamentação da decisão o fato de ela reportar-se à sentença e ao parecer ministerial. 7. *Habeas corpus* indeferido.”³⁴

6. QUESTÃO DA CONFISSÃO DO ACUSADO: ONTEM E HOJE

De certa forma, o tema posto em relevo no tópico derradeiro do presente estudo já foi objeto de inserções no item anterior, quando se rejeitava a vedação à confissão supletiva da falta de exame de corpo de delito através do cotejo vertical do art. 158 do Código de Processo Penal com o art. 5^a, LVI, da Constituição Federal, raciocínio que está absolutamente correto.

Sem embargo disto, propõe-se agora, de forma original, o reexame da questão sob outro prisma – sob o prisma da revogação tácita do art. 158 do Código de Processo Penal (que já não havia sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988), em virtude da superveniência da Lei n° 10.792/03, de 1^a de dezembro de 2003, publicada no dia 2 de dezembro de 2003 e vigente desde a data de sua publicação.

Tal norma, como se sabe, em seu art. 2^a, deu nova redação aos artigos do Código de Processo Penal que disciplinam o interrogatório (arts. 185 a 196), estabelecendo, dentre outras mudanças, aquela que nos interessa, que foi a transformação da natureza do ato que, antes, era unilateral do Juiz e, portanto, inquisitório, passando a ser, doravante, submetido ao contraditório, com a abertura às partes para reperguntas ao interrogando.

O atual art. 188 do Código de Processo Penal garante às partes o direito de participarem do interrogatório, prestigiando o princípio do contraditório em sua acepção participativa³⁵.

Evidente que isto não obriga ao réu que responda às reperguntas das partes, em especial do Ministério Público, já que continua a lhe socorrer, em sua plenitude, o direito ao silêncio e a garantia contra a auto-incriminação, prerrogativas estas que têm sede constitucional. No entanto, se quiser responder a essas perguntas, aquilo que disser poderá, perfeitamente, fornecer elemento de prova em seu desfavor.

Daí se entender que o interrogatório é, inicialmente, um ato de defesa, eis que o réu não está obrigado a responder a nenhuma pergunta, nem mesmo as do Juiz, não podendo suportar nenhum prejuízo por conta disto, tendo em vista

34. Supremo Tribunal Federal, *habeas corpus* n° 85.744-2/RJ, 2ª Turma, Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 02/08/2005. Disponível na internet, no sítio www.stf.gov.br, acessado em 14 de setembro de 2007, às 3h51.

35. Código de Processo Penal, art. 188: “Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.”

que seu silêncio não pode ser interpretado em prejuízo de sua defesa. Contudo, se o réu se prontifica a responder às perguntas que lhes são formuladas, ainda que parcialmente, o interrogatório, agora submetido ao contraditório, assume feições de autêntico meio de prova. Pode-se dizer, portanto, que o interrogatório, nos dias atuais, é um ato de defesa inicialmente; porém, potencialmente, um meio de prova, apto, então, a fornecer elementos de prova, bastando, para tanto, que o réu abra mão da sua prerrogativa de se manter calado e forneça elementos de convicção desfavoráveis à tese de defesa, que podem, perfeitamente, ser levados em conta pelo Juiz na formação de seu convencimento.

É exatamente neste interrogatório – contraditório, reafirma-se, portanto em perfeita consonância com o princípio do contraditório em todas as suas dimensões! – que, se for o caso, será obtida a confissão do réu.

A confissão do réu passa a ser, portanto, a partir da inovação legislativa de 2003, um meio de prova submetido ao contraditório participativo, eis que, como ressaltado, foi obtida por ocasião do interrogatório feito à luz das normas traçadas pela Lei 10.792/03.

Ora, se é assim, é evidente que não há mais razão para subsistir, nem mesmo no plano da legislação infraconstitucional, a vedação contida na parte final do art. 158 do Código de Processo Penal, o que conduziria ao despautério de ser sobrepor o exame de corpo de delito – na maioria das vezes uma prova inquisitorial, porque colhido sem a participação das partes – à confissão – agora uma prova obtida sob o crivo do contraditório.

Quer dizer: uma prova unilateral teria o condão de comprovar a materialidade do crime e uma prova bilateral não... Há absurdo maior do que este? Crê-se que não.

É inexorável, portanto, a conclusão de que o art. 158 do Código de Processo Penal não resiste mais a nenhum tipo de concessão, já não tendo sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e, agora, tendo sido objeto de revogação tácita pelas novas regras do interrogatório, trazidas pela Lei nº 10.792/03.

Não se pode confundir o convencimento que se extrai de um meio de prova (elemento de prova), com a validade deste meio de prova em si.

Por evidente que, se a confissão, num processo determinado, for frágil, parecer inverossímil, não haverá prova suficiente para a condenação. Não por que se baseou exclusivamente na confissão, como se não fosse um meio idôneo a fornecer elemento de prova neste ou naquele processo; mas porque aquela confissão não forneceu elementos de prova suficientes para convencer o julgador. O próprio exame de corpo de delito pode não fornecer elementos de prova suficientes para formar o convencimento do julgador que, neste caso, idêntica atitude deverá tomar – absolver o réu. Nem por isto se diz que o exame de corpo de delito é meio de prova inidôneo. Muito pelo contrário, se exalta, de forma obsoleta, este meio de prova na maioria das vezes inquisitorial, fazendo-se *tabula rasa* do princípio do contraditório em sua acepção participativa.

Se a confissão, outrossim, for verossímil, segura, conseguir fornecer elemento suficiente para a formação do convencimento do julgador, pode, sim, servir de

base à condenção, tornado-se despciendo o exame de corpo de delito e qualquer outro meio de prova.

7. CONCLUSÃO

O exame de corpo de delito é resquício do sistema da prova legal, o que constitui uma regressão atávica no sistema do livre convencimento motivado do Juiz, eu informa o direito processual moderno.

Em sede constitucional, apenas as provas ilícitas não de ser desprezadas, sendo certo que toda a prova produzida licitamente tem o condão de servir para formar o convencimento do Juiz.

Neste contexto, não há mais espaço para a imprescindibilidade do exame de corpo de delito, exigida pelo obsoleto art. 158 do Código de Processo Penal, muito menos para a vedação do suprimento à falta deste exame pela confissão do acusado que, colhida no interrogatório, é um meio de prova submetido ao contraditório participativo, ao contrário exame de corpo de delito, não fazendo sentido querer que se uma prova inquisitorial e unilateral – o aludido exame – se sobreponha a uma prova bilateral, contraditória.

Daí a conclusão de que o art. 158 do Código de Processo Penal, que já não havia sido recepcionado pela Constituição Federal de 1998, agora foi revogado tacitamente, em virtude das novas regras do interrogatório do réu, trazidas pela Lei nº 10.792/03.

Lamenta-se, outrossim, que o projeto de reforma do Código de Processo Penal, em tramitação no Congresso Nacional, tenha perdido a oportunidade de suprimir do Código o art. 158 e as excrescências correlatas, banindo, de vez, os últimos resquícios do sistema da prova legal ainda existentes no processo penal brasileiro.

Ainda há tempo de se corrigir, através de emenda ao projeto de Lei nº 4.205/01.

É o que se propõe, como contribuição final do presente estudo.

8. BIBLIOGRAFIA

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2005.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto proceso"*. Torino : G. Giappichelli Editora, 2000.

CORRÊA, Cristiane da Rocha. O Princípio do contraditório e as provas irrepetíveis no inquérito policial. Artigo publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 60. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de Processo Penal*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1998.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. In: *Estudos de Direito Processual*. Rio de Janeiro : Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *As nulidades no Processo Penal*. São Paulo : Malheiros, 1994.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito Processual Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1961.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *As nulidades no Processo Penal*. São Paulo : Malheiros, 1994.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito Processual Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1961.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo : Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal Italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo : Saraiva, 1990.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo : Saraiva, 1990.