



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS N° 131.655 - SP (2009/0049713-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : VANESSA BOIATI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS NUNES BARBOSA (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CP. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO REALIZADA POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE DA PRESENÇA FÍSICA DO RÉU. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO. NECESSIDADE DE PERÍCIA. CÁLCULO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À OCORRÊNCIA DAS MAJORANTES. AUSÊNCIA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. SEMIABERTO.

I - Na linha da jurisprudência desta Corte, a ausência do réu na audiência de instrução na qual é procedida a oitiva de testemunhas não configura nulidade se a ele tiver comparecido seu defensor e não lhe tenha, de outro lado, sobrevindo qualquer prejuízo, como **in casu (Precedentes)**.

II - O exame de corpo de delito é, em regra, indispensável quando a infração deixar vestígios. Apenas quando inviável a sua realização ou no caso de desaparecimento dos vestígios poderá a prova testemunhal suprir-lhe a falta (arts. 158 c/c 167, CPP).

III - **No presente caso**, o afastamento da majorante do emprego de arma é medida que se impõe face à viabilidade da realização de tal exame, pois depreende-se dos autos que o revólver utilizado no crime foi apreendido pela polícia na residência do réu, sendo reconhecido pela vítima.

IV - Tendo em vista o disposto no parágrafo único, do art. 68 e no § 2º, do art. 157, ambos do CP, o aumento de pena, acima do patamar mínimo, pela ocorrência de duas majorantes específicas, não pode se dar pela simples constatação da existência das mesmas, como **in casu**, mas deve ser feito com base nos dados concretos em que se evidenciou o fato criminoso (**Precedentes desta Corte e do c. Pretório Excelso**).

V - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial semiaberto. (**Precedentes**).

VI - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP. (**Precedentes**).

VII - *"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada." (Enunciado nº 718 da Súmula do **Pretório Excelso**, DJU de 09/10/2003).

Ordem parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de março de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 131.655 - SP (2009/0049713-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de LUIS NUNES BARBOSA, contra v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O paciente foi condenado, por infração ao art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP, à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de pena pecuniária.

Interposta apelação pela defesa, o e. Tribunal de Justiça **a quo**, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso.

Daí o presente **writ**, onde o impetrante sustenta: **a)** a nulidade da audiência de instrução realizada por videoconferência; **b)** impossibilidade de majoração do crime pelo emprego de arma ante a ausência de perícia; **c)** equívoco no aumento da pena em 3/8 em razão de duas majorantes sem a devida fundamentação; **d)** fixação do regime mais gravoso somente em face da gravidade do crime.

Pugna, assim, pela concessão da ordem para que seja acolhida a nulidade apontada ou, subsidiariamente, afastada a causa de aumento pelo emprego de arma de fogo, aplicado o índice mínimo de 1/3 referente a presença das duas majorantes e fixado regime prisional semiaberto.

Informações prestadas (fls. 56/57).

A douta Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pelo parcial conhecimento do **writ** e, nesta parte, pela parcial concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 131.655 - SP (2009/0049713-0)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CP. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO REALIZADA POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE DA PRESENÇA FÍSICA DO RÉU. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO. NECESSIDADE DE PERÍCIA. CÁLCULO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À OCORRÊNCIA DAS MAJORANTES. AUSÊNCIA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. SEMIABERTO.

I - Na linha da jurisprudência desta Corte, a ausência do réu na audiência de instrução na qual é procedida a oitiva de testemunhas não configura nulidade se a ele tiver comparecido seu defensor e não lhe tenha, de outro lado, sobrevindo qualquer prejuízo, como **in casu (Precedentes)**.

II - O exame de corpo de delito é, em regra, indispensável quando a infração deixar vestígios. Apenas quando inviável a sua realização ou no caso de desaparecimento dos vestígios poderá a prova testemunhal suprir-lhe a falta (arts. 158 c/c 167, CPP).

III - **No presente caso**, o afastamento da majorante do emprego de arma é medida que se impõe face à viabilidade da realização de tal exame, pois depreende-se dos autos que o revólver utilizado no crime foi apreendido pela polícia na residência do réu, sendo reconhecido pela vítima.

IV - Tendo em vista o disposto no parágrafo único, do art. 68 e no § 2º, do art. 157, ambos do CP, o aumento de pena, acima do patamar mínimo, pela ocorrência de duas majorantes específicas, não pode se dar pela simples constatação da existência das mesmas, como **in casu**, mas deve ser feito com base nos dados concretos em que se evidenciou o fato criminoso (**Precedentes desta Corte e do c. Pretório Excelso**).

V - Uma vez atendidos os requisitos constantes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial semiaberto. **(Precedentes).**

VI - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP. **(Precedentes).**

VII - *"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."* (Enunciado nº 718 da Súmula do **Pretório Excelso**, DJU de 09/10/2003).

Ordem parcialmente concedida.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: No presente **writ**, o impetrante sustenta: **a)** a nulidade da audiência de instrução realizada por videoconferência; **b)** impossibilidade de majoração do crime pelo emprego de arma ante a ausência de perícia; **c)** equívoco no aumento da pena em 3/8 em razão de duas majorantes sem a devida fundamentação; **d)** fixação do regime mais gravoso somente em face da gravidade do crime.

Quanto ao **tópico "a"** a súplica não comporta acolhida.

O impetrante busca a nulidade do processo em razão da audiência de instrução, na qual foi colhido os depoimentos das testemunhas, ter sido realizada sem a presença física do acusado, por meio de videoconferência. Questiona-se, portanto, a prescindibilidade da presença física do acusado na audiência de inquirição de testemunhas.

Na linha do magistério jurisprudencial desta Corte, a ausência do réu à audiência de instrução não acarreta, **por si só**, nulidade do processo. Caso reste evidenciada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a presença regular do defensor e, por outro lado, não se evidencie o prejuízo ao paciente, como **in casu**, não se declarará a nulidade suscitada. Neste sentido:

"HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE OUVIDA DE TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. INOCORRÊNCIA. PRISÃO EM FLAGRANTE. EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1 - A teor da jurisprudência desta Corte, a realização de ato da instrução criminal sem a presença do réu não é causa de nulidade absoluta, já que seu comparecimento, embora seja a regra, não é indispensável, podendo acarretar, todavia, nulidade relativa, exigida a demonstração do prejuízo dela decorrente, o que não ocorreu na espécie.

2 - (...)

3 - **Habeas corpus** parcialmente concedido para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação".

(HC 96.319/MS, 6ª Turma, Rel. Ministro Paulo Gallotti, DJe de 08/09/2008).

"HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INQUIRIRIÇÃO DE TESTEMUNHA. DESNECESSIDADE. NULIDADE RELATIVA INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO (SÚMULA 523/STF). PRISÃO PREVENTIVA. EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ORDEM DENEGADA.

1. Pacífico o entendimento nesta Corte de que a ausência do réu na audiência de oitiva de testemunhas constitui nulidade relativa, que deve ser argüida no prazo do art. 571, I, c/c o art. 406 do CPP, reclamando ainda a demonstração de efetivo prejuízo, o que não logrou fazer o paciente.

2. No processo penal não se declara nulidade de ato se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, consoante o disposto no art. 564 do CPP e na Súmula 523 do STF, segundo a qual nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

3. (...)

4. (...)

5. O MPF manifesta-se pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada".

(HC 94.049/GO, 5ª Turma, Rel. Ministro Napoleão Nunes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Maia Filho, DJe de 07/04/2008).

*"PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE PROCESSUAL. AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DO RÉU. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. DEFESA EXERCIDA PELA PRESENÇA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.*

1. Não há falar em violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pela ausência do réu na audiência de inquirção das testemunhas, uma vez que exercida de maneira plena pelo advogado regularmente constituído presente ao ato processual.

2. A anulação do processo, em face da ausência do réu na inquirção de testemunhas, depende da comprovação de prejuízo causado à defesa, por se tratar de nulidade relativa.

3. "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu" (Verbete sumular 523/STF).

4. Ordem denegada".

(HC 79.080/SP, 5ª **Turma**, Rel. Ministro **Arnaldo Esteves Lima**, DJe de 26/05/2008).

No presente caso, sendo a nulidade suscitada relativa e inexistindo alegação ou prova de prejuízo para o réu, não há como acolher o pleito de inobservância do devido processo legal.

Ademais, cumpre ressaltar que, não obstante seja prescindível a presença do acusado na audiência de instrução, o seu acompanhamento em razão da adoção do sistema de videoconferência, participação virtual, possibilitou, com maior plenitude, o efetivo exercício da ampla defesa e do contraditório.

Quanto **ao tópico "b"** a súplica prospera.

Por necessário, permito-me fazer uma **breve introdução** acerca da prova pericial no direito processual penal pátrio.

O Código de Processo Penal ao tratar das provas em espécie, após as disposições gerais sobre a matéria, reserva o Capítulo II do Título DA PROVA ao exame do corpo de delito e das perícias em geral o que demonstra que o legislador deu um tratamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diferenciado a este meio de prova (**Marcellus Polastri Lima** in "A Prova Penal", Coleção Direito Processual Penal, Ed. Lumen Juris, 2ª edição, 2003, pág. 81). Com efeito, conforme observa **Fernando da Costa Tourinho Filho**, no processo penal os exames periciais tem natureza diversificada (v.g.: insanidade mental, dos instrumentos do crime, cadavérico, etc.), mas de todas as perícias, a mais destacada é a do **exame do corpo de delito**, a que o legislador deu especial realce (in Processo Penal, volume 3, Ed. Saraiva, 27ª edição, 2005, pág. 246).

Na clássica afirmativa de **João Mendes Júnior** "*corpo de delito é o conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso. Corpo é toda a substância formada por elementos sensíveis, ou melhor de partes elementares dispostas e conjuntas. Elementos sensíveis são aqueles princípios produtores que podem afetar os sentidos, isto é, que podem ser percebidos pela vista ou pelo ouvido ou pelo ato ou pelo gosto ou pelo olfato. São também chamados elementos físicos ou materiais não só por sua natureza, como porque constituem a força física ou resultam do movimento da força física. Ora, não há delito sem que um movimento da força física que o causa e sem um resultado desse movimento. Quer esse movimento, quer esse resultado, se resolvem em elementos que podem ser percebidos pelos sentidos, elementos que, dispostos e conjuntos, constituem o fato criminoso e o dano causado. A observação e a recomposição desses elementos sensíveis do fato criminoso, eis o que se chama formar o corpo de delito.*" (in Processo Criminal Brasileiro, Volume 2, pág. 7).

Segundo **Tubenchlak** (in "Teoria do Crime", Forense, 1978, p. 90), vale dizer, o **corpo de delito** é integrado por todos os elementos do **corpus criminis** (inclusive o objeto da ação, como no homicídio, no atentado ao pudor, etc, o sujeito passivo) e do **corpus instrumentorum** (v.g.: a gazua, a porta arrombada). O exame incide sobre o **corpus delicti**. Pode incidir sobre outros dados (indireto) e, **não sendo possível**, a prova testemunhal supre.

Sobre o **exame do corpo de delito** assim dispõe o **art. 158** do Código de Processo Penal, **in verbis**:

"Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*supri-lo a **confissão do acusado.**"*

Assim, há infrações que deixam vestígios (**delicta facti permanentis**) e outras que não os deixam (**delicta facti transeuntis**). Desta maneira, pelo dispositivo em destaque, quando a infração deixar vestígios é necessário o exame de corpo de delito, tanto que alguns autores se referem ao exame do corpo de delito como a perícia obrigatória (**Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha in "Da Prova no Processo Penal"**, Ed. Saraiva, 3ª edição, 1994, pág. 148) e outros destacam a forma imperativa usado pelo legislador - "**será indispensável o exame do corpo de delito**" - (**Fernando da Costa Tourinho Filho in "Processo Penal**, volume 3, Ed. Saraiva, 27ª edição, 2005, pág. 247).

De qualquer forma, tal previsão legal não restou imune a críticas.

Com efeito, parte da doutrina ressalta que tal previsão constitui um resquício do sistema já superado da prova legal ou da prova tarifada (**Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho in "As Nulidades do Processo Penal"**, Ed. RT, 7ª edição, 2001, pág. 149). No mesmo sentido: **Sérgio Demoro Hamilton in "Exame de Corpo de Delito. Realidade e mito" Temas de Processo Penal**, Ed. Lumen Juris, pág. 163 e **Marcellus Polastri Lima in "A Prova Penal"**, Coleção Direito Processual Penal, Ed. Lumen Juris, 2ª edição, 2003, pág. 85. Para **José Frederico Marques**, "*fora do sistema da prova legal, só um Código como o nosso, em que não há a menor sistematização científica, pode manter a exigibilidade do auto de corpo de delito sob pena de considerar-se nulo o processo.*" (**in** Elementos de Direito Processual Penal - Volume II, Ed. Millennium, 2ª edição, 2000, pág. 438). No mesmo sentido **Fernando Capez in "Curso de Processo Penal"**, Ed. Saraiva, 11ª edição, 2004, págs. 294/295, senão vejamos: "*A regra do art. 158 do CPP, tornando obrigatória a realização do exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios, excepciona o **princípio da livre apreciação da prova pelo juiz** (CPP, art. 157), bem como o da **verdade real**. Trata-se de adoção excepcional do sistema da prova legal, não podendo o julgador buscar a verdade por nenhum outro meio de prova, seja pela confissão do acusado, robusta documentação ou depoimentos testemunhais idôneos, pois a lei se apegava ao formalismo de exigir a prova*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pericial como único meio de comprovar a materialidade delitiva. Assim, quando possível a realização da perícia, a sua falta implica a nulidade de qualquer prova produzida em sua substituição (CPP, art. 564, III, b) e, por conseguinte, a absolvição do imputado com fundamento no art. 386, VI, do CPP."

Na realidade, no entanto, é de se **gizar**, a concepção havida, inclusive, por muitos, como ultrapassada, daquilo que vem a ser verdade real, **não é aceita** pela **dogmática moderna**. **Jorge Figueiredo Dias** (in "Processo Penal", ed. 1974, reimpressão de 2004, Coimbra Editora) alerta que "...a verdade material que se busca em processo penal não é o conhecimento ou apreensão absoluta de um acontecimento, que todos sabem escapar à capacidade do conhecimento humano; tanto mais que aqui intervém, irremediavelmente, inúmeras fontes de possível erro..."(p. 204). Ensina que a assim denominada **verdade material** há de ser tomada em **duplo sentido**: "**no sentido de uma verdade subtraída à influência** que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; **mas também no sentido** de uma verdade que, não sendo "absoluta" ou "ontológica", há de ser antes de tudo uma **verdade judicial**, prática e, sobretudo, **não uma verdade obtida a todo preço mas processualmente válida**" (p.193/194).

Sobre a mitificação da **verdade real** em sua concepção ortodoxa - hoje tida como própria da metafísica - **Francisco das Neves Baptista** diz: "... o mundo da prova é o mundo das **presunções** e construções ideais, estranhas ao que se entende, ordinariamente, por **realidade**. E o sistema jurídico processual assim o quer: a **Constituição subordina** rigidamente a prova processual à **licitude** de sua obtenção e restringe o acesso oficial à **intimidade** das pessoas; o Código de Processo Penal impõe formas específicas para a **prova técnico-pericial** e, contrariando a corrente afirmação da "inexistência de hierarquia dos meios probatórios", põe a confissão em nível de manifesta inferioridade, relativamente às demais fontes de evidência. Adicionalmente, condiciona a admissibilidade de qualquer elemento informativo como convincente à observância do contraditório: (e)vocando a proibição de fazer uso da ciência privada, poder-se-ia dizer também, que à luz do contraditório, se configura como de ciência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privada tudo o que for utilizado sem prévia participação das partes" (citando **Marinoni**) - tudo isto em: "O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal", Renovar, p. 209/210).

E, mais adiante:

*"A presunção de inocência, **nemo tenetur se detegere** e o **in dubio pro reo** têm, intuitivamente, o propósito de exigir do Estado a reunião de elementos que justifiquem, cabalmente, o exercício do poder de punir - **sem o que, tal exercício configurará abuso**" (op.cit., p. 210).*

O princípio da verdade real, para além da terminologia, não poderia ter - **na concepção ortodoxa** - limitações. **No entanto, Tourinho Filho, em verdadeira contestação à concepção clássica, apresenta inúmeras restrições probatórias:** a) a questão do **estado das pessoas** (art. 155 do CPP); **b)** as provas obtidas por **meio ilícito** (**art. 5º, LVI da CF**); **c)** provas que afetam a autodeterminação, a liberdade e possam caracterizar um constrangimento ilegal (**ferindo a dignidade da pessoa humana, v.g.** art. 5º, incisos III, X, XLXIX da Carta Magna), tais como o detector de mentiras e a narcoanálise, obrigando o acusado a depor contra si mesmo; **d)** **art. 207** do CPP, proibição de depor em razão de função, ofício ou profissão (sobre os desobrigados); **e)** art. 233 do CPP, cartas particulares interceptadas por meios criminosos; **f)** art. 243 § 2º, do CPP, proibição de apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando o elemento do corpo de delito; **g)** limitação temporal, **v.g.** , mormente para arrolar testemunhas e leitura de documentos em plenário do júri, etc.; **h)** prova da reincidência; **i)** **prova pericial (exame de corpo de delito)**; **j)** exame de **insanidade mental** do acusado (prova da culpabilidade, ou não, do réu por via da inimputabilidade). E, **Vicente Greco Filho**, ainda lembra, o que é basilar, **quod non est in actis non est in hoc mundus** (como parâmetro, de regra, intransponível para análise do julgador). Qualquer inobservância das limitações implica, em **princípio**, em atentar contra o **devido processo legal** exigido no art. 5º, inc. LIV, da Constituição e contra o indispensável **contraditório** (inc. LV da Carta Magna).

Ainda no **punctum saliens**, diz **Aury Lopes Jr.** (**in** "Introdução Crítica ao Processo Penal", Lumen Juris Editora, 4ª ed., p. 273): "*Dessarte, há que se descobrir a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*origem e a finalidade do **mito da verdade real**: nasce na inquisição e, a partir daí, é usada para justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que " os fins justificam os meios".*

Por outra, a conjugação do **princípio do livre convencimento fundamentado** (ou da persuasão racional **ex vi** art. 157 do CPP) com a denominada busca da **verdade real** em sede processual, com as limitações estabelecidas pelo sistema, mereceu observação de **Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha** (in "Da Prova no Processo Penal", 7ª ed., Saraiva, p.82) de que "o juiz tem a liberdade de avaliar as provas pela sua convicção, porém condicionado às colhidas no processo, às **admitidas**, às sujeitas a um juízo de credibilidade e **de acordo com o valor legal, ser for o caso**". A denominada **livre convicção**, a toda evidência, **não é absoluta**, ela é condicionada (em maior ou menor grau, dependendo do caso em si). Daí porque se diz que se trata de **persuasão racional** ou **livre convencimento fundamentado** (Leia-se: **fundamentado ex vi legis**). Caso contrário, posta a situação na forma vetusta, teríamos o seguinte quadro problemático citado por **Francisco das Neves Baptista**, in verbis: "*Se a decisão criminal está presa à verdade real, o jogador não tem liberdade alguma: incumbe-lhe decidir segundo essa verdade, se o julgador se pode convencer livremente, não está sujeito à verdade real, mas àquela de que se convencer*" (op. cit, p. 212).

Não há, pois, incompatibilidade entre o disposto no **art. 157** e o contido no **art. 158** do CPP.

Fernando da Costa Tourinho, afirma, aí, a prudência do legislador em termos do **art. 158 do CPP** (in "Processo Penal, volume 3, Ed. Saraiva, 27ª edição, 2005, pág. 248). Assim, também, **Ronaldo Batista Pinto** in "Prova Penal Segundo a Jurisprudência", Ed. Saraiva, 2000, pág. 63, para quem "*pretendeu o legislador cercar-se de certas garantias contra acusações injustas*".

De fato, **v.g.**, o CPP, **em outros dispositivos**, ressalta mais ainda a importância dispensada ao **exame de corpo do delito**. Como exemplo podemos citar o **art. 525** que, ao tratar do processo e julgamento **dos crimes contra a propriedade imaterial**, dispõe que no caso de haver o crime deixado vestígio, a queixa ou a denúncia **não será**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituem o corpo de delito (Ronaldo Tanus Madeira in "Da Prova e do Processo Penal", Ed. Lumen Juris, 2003, pág. 55).

Acerca do tema cito o seguinte precedente:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL. PRAZO DECADENCIAL. ART. 529, CPP. QUEIXA-CRIME. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE.

*A persecução penal dos denominados crimes contra a propriedade imaterial, que deixam vestígios, **exige**, como condição para o recebimento da queixa-crime, a demonstração prévia da existência da materialidade do delito atestada por meio de perícia técnica.*

*A norma do art. 529, do Código Processual Penal, de caráter especial, prevalece sobre a geral do art. 38, desse mesmo diploma legal. Em consequência, o direito de queixa é de 30 (trinta) dias, contados da sentença **homologatória do laudo pericial**.*

Recurso conhecido e provido."

(REsp 336.553/SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 24/03/2003) (g.n.).

Outro exemplo é o art. 184 que autoriza o juiz ou a autoridade policial, **ressalvado o caso de exame de corpo de delito**, a negar a realização de perícia requerida pelas partes quando não for necessária ao esclarecimento da verdade. Sobre o referido dispositivo tem-se as palavras de **Ronaldo Tanus Madeira (op.cit., p. 55)**:

*"A importância do **exame de corpo de delito** é tão evidente em nosso Processo Penal que o juiz ou a autoridade policial poderá negar a perícia requerida pela parte, **salvo o caso de exame de corpo de delito**, art. 184 do Código de Processo Penal."*

Destarte, **mesmo que a materialidade esteja evidenciada diretamente por elemento constante dos autos (v.g.: o próprio documento falsificado)** não é possível prescindir-se do exame de corpo de delito (Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho in "As Nulidades do Processo Penal", Ed. RT, 7ª edição, 2001, pág. 150). **O exame de corpo de delito direto, portanto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido (Espínola Filho in "Código de Processo Penal Brasileiro Anotado", Volume II, Ed. Bookseller, pág. 502). Além do mais, é de se atentar, **de vez**, para o contido nos arts. 6, incisos I e II, 158, 167, 184 e 243 § 2º do CPP (até ad **argumentandum**). Nesse sentido os seguintes precedentes do c. **Pretório Excelso**:

"HABEAS CORPUS - CRIME SEXUAL COMETIDO CONTRA VÍTIMA MENOR (CRIANÇA DE 7 ANOS) - EXAME DE CORPO DE DELITO INDIRETO - VALIDADE - PRESUNÇÃO LEGAL DE VIOLÊNCIA - ALEGAÇÃO DE FRAGILIDADE DAS PROVAS TESTEMUNHAIS - INDAGAÇÃO PROBATÓRIA EM TORNO DOS ELEMENTOS INSTRUTÓRIOS - INVIABILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO "HABEAS CORPUS" - PEDIDO INDEFERIDO. - Nos crimes contra a liberdade sexual cometidos mediante grave ameaça ou com violência presumida, não se impõe, necessariamente, o exame de corpo de delito direto, porque tais infrações penais, quando praticadas nessas circunstâncias (**com violência moral ou com violência ficta**), **nem sempre deixam vestígios materiais**. - O exame de corpo de delito indireto, fundado em prova testemunhal idônea e/ou em outros meios de prova consistentes (CPP, art. 167), revela-se legítimo (RTJ 63/836 - RTJ 81/110 - RT 528/311), **desde que, por não mais subsistirem vestígios sensíveis do fato delituoso, não se viabilize a realização do exame direto**. Precedentes. - Não cabem, na via sumaríssima do processo de "habeas corpus", o exame aprofundado e a revisão crítica dos elementos probatórios produzidos no processo penal de conhecimento. Precedentes. - A questão da prova e do depoimento infantil nos delitos contra a liberdade sexual: o exame desse tema pela jurisprudência dos Tribunais."

(HC 69.591/SE, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 29/09/2006).

"LATROCÍNIO - EXAME DE CORPO DE DELITO. Possível e a imposição de pena embora não efetuado, de forma direta, o exame de corpo de delito. O preceito do artigo 158 do Código de Processo Penal há de ser interpretado de forma sistemática, ou seja, levando-se em conta que, **"não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta"** (artigo 167 do referido Diploma). **PROVA TESTEMUNHAL - VALIA.** O habeas-corpus não é o meio adequado a reapreciação da prova testemunhal, com o objetivo de **revela-la inconsistente** e, portanto, **impropria aos fins previstos no artigo 167 do Código de Processo Penal.**"

(HC 72.283/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

09/06/1995).

"HABEAS-CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: FRAUDAR A FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA, INSERINDO ELEMENTOS INEXATOS, OU OMITINDO OPERAÇÃO DE QUALQUER NATUREZA, EM DOCUMENTO OU LIVRO EXIGIDO PELA LEI FISCAL. NULIDADES ALEGADAS: INVERSÃO PROCESSUAL MEDIANTE ABERTURA DE NOVA VISTA À ACUSAÇÃO APÓS AS ALEGAÇÕES FINAIS DA DEFESA; NÃO REALIZAÇÃO DO OBRIGATÓRIO EXAME DE CORPO DE DELITO; FALTA DE EXAME INTEGRAL, NA SENTENÇA E NO ACÓRDÃO, DAS TESES DA DEFESA, FICANDO À MARGEM DE FUNDAMENTAÇÃO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA DUAS DAS TRÊS CONDUTAS IMPUTADAS, QUE ESTARIAM AUTORIZADAS PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. 1. A inversão processual, falando antes a defesa e depois a acusação nas alegações finais (CPP, art. 500, I e III), implica em nulidade tanto quanto no caso da sustentação oral (RECrIm nº 91.661- MG, in RTJ 92/448), por ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Entretanto, quando a defesa argúi questão preliminar nas alegações finais, é legítima a abertura de vista e a manifestação do Ministério Público, ambos com respaldo legal na aplicação analógica do art. 327, primeira parte, do Código de Processo Civil, como previsto no art. 3º do Código de Processo Penal, pois em tal caso é de rigor que a outra parte se manifeste, em homenagem ao princípio do contraditório, cujo exercício não é monopólio da defesa. 2. **A quem acusa cabe o ônus da prova (CPP, art. 156), devendo o Ministério Público requerer o exame de corpo de delito quando se tratar de infração que deixa vestígios, o qual não pode ser suprido, sequer, pela confissão (CPP, art. 158), sob pena de nulidade (CPP, art. 564, III, b).** Esta norma tem por escopo trazer aos autos prova incontroversa da existência material do delito, providência que, entretanto, é supérflua quando, como no caso, o próprio **corpus delicti** veio aos autos. Precedentes. 3. Alegação de omissão na decisão condenatória por não ter examinado integralmente as teses da defesa, com fundamento em que duas das três condutas imputadas ao paciente poderiam ter amparo na legislação tributária. **Prima facie** a alegação naufraga em paralogismo, pois se há três condutas autônomas que tipificam um mesmo delito, da exclusão de duas delas remanesce uma, que é suficiente para embasar a condenação à pena mínima aplicada ao paciente. As teses defendidas pelos impetrantes para justificar as condutas típicas deveriam ter sido submetidas ao contencioso administrativo ou judicial, e não exercidas mediante alguma coisa parecida com o exercício arbitrário das próprias razões porque, quando em detrimento do fisco, configuram crime contra a ordem tributária, por expressa manifestação de vontade do legislador. De resto, quando a decisão acolhe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*fundamentadamente uma tese, afasta implicitamente as que com ela são incompatíveis, não sendo necessário o exame exaustivo de cada uma das que não foram acolhidas. 4. **Habeas-corpus** conhecido, mas indeferido."*

(HC 76.420/SP, 2ª Turma, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, DJU de 14/08/1998).

"PROCESSUAL PENAL. PERICIA DOCUMENTAL. PROVA TESTEMUNHAL E CONFISSÃO NÃO SUPREM A PERICIA OFICIAL DOS DOCUMENTOS, NO CASO DE CRIME DE FALSIDADE DOCUMENTAL, SE RESTAM DOCUMENTOS A PERICIAR. - APLICAÇÃO DO ART. 158 DO CPP. NÃO O JUIZ, MAS A PRÓPRIA PERICIA, DIRA DA PRESTABILIDADE OU NÃO PARA O EXAME, OS DOCUMENTOS, QUE ELE DISSE IMPRESTAVEIS PARA PERICIAR-SE. APLICAÇÃO DO ART. 167 DO CPP. HÁ ILEGALIDADE NA SENTENÇA QUE, SEM PERICIAR DOCUMENTO APREENDIDO, DE "MOTU" PRÓPRIO, ENTENDE-OS IMPRESTAVEIS PARA EXAME E CONDENA COM BASE EM TESTEMUNHAS E CONFISSÃO. RECURSO DE "HABEAS CORPUS" A QUE SE DA PROVIMENTO."

(RHC 58.966/GO, 1ª Turma, Rel. Min. **Cunha Peixoto**, DJU de 27/11/1981).

E, também desta Corte:

"HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. LAUDO PERICIAL. NULIDADES. INOCORRÊNCIA.

1. **"Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta."** (artigo 167 do Código de Processo Penal).

2. **É incompatível com o âmbito angusto do habeas corpus a pretensão de reexame de prova.**

4. **Habeas corpus** parcialmente conhecido e denegado."

(HC 37.900/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. **Hamilton Carvalhido**, DJU de 01/08/2005).

"HABEAS CORPUS. EXAME DE CORPO DE DELITO INDIRETO. POSSIBILIDADE. EMENDATIO LIBELLI. MANIFESTAÇÃO DO RECORRIDO ACERCA DA NOVA CAPITULAÇÃO JURÍDICA. DESNECESSIDADE.

'O exame de corpo de delito direto pode ser suprido, quando desaparecidos os vestígios sensíveis da infração penal, por outros elementos de caráter probatório existentes nos autos, notadamente os de natureza testemunhal ou documental.' (HC 23.898/MG, Rel. Min. **Felix Fischer**).

Estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da infração penal, porquanto o réu se defende daqueles fatos e não de sua capitulação inicial.

Ordem denegada."

(HC 25.097/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 16/06/2003).

"HABEAS CORPUS. LESÕES CORPORAIS. CORPO DE DELITO INDIRETO. DESAPARECIDOS OS VESTÍGIOS, E PERFEITAMENTE POSSÍVEL O EXAME DO CORPO DE DELITO, DE FORMA INDIRETA, ATRAVÉS DA PROVA TESTEMUNHAL, COMO PREVISTO NOS ARTS. 158 E 167, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM DENEGADA."

(HC 1.257/PE, 6ª Turma, Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, DJU de 14/09/1992).

Hélio Tornaghi in "Curso de Processo Penal", 1980, Saraiva, V. I, p. 316 e 323, após distinguir o testemunho da perícia - **esta** como observação, **avaliação** e declaração, dando **opinião técnica**; **aquele**, como observação e declaração, **sem opinar** (art. 213 do CPP) - destaca que a falha na observação por prova pessoal (e até na hipótese de confissão) tem acarretado, **em crimes que deixam vestígio**, famosos erros ou quase **erros** judiciais. Por exemplo, em crime impossível (a ação pretensamente homicida, e confessada, realizada contra cadáver; infanticídio almejado, tendo, porém, a criança nascido morta; casos, pois, específicos de **delito putativo por erro de tipo**), o que deixa clara a insuficiência da prova pessoal em casos tais. O mesmo se diga em **arrombamentos**, quando a **aparência** pode induzir em erros ou distorções da realidade (v.g., momento do arrombamento, se era, ou não, preexistente, etc.). **Vicente Greco Filho** in "Manual de Processo Penal", Saraiva, 1991, lembra, por seu turno, que o **art. 167 do CPP**, como uma exceção ou mitigação à garantia do acusado quanto à constatação dos vestígios por exame pericial, "*deve ser interpretado estritamente, impondo que se aplique, exclusivamente, à hipótese de desaparecimento natural ou por ação do próprio acusado, e não por inércia dos órgãos de persecução penal que atuam contra o eventual réu.*". Tornaghi enfatiza que a impossibilidade, na forma supra, do exame, pode ser suprido pelo exame indireto e, **por último**, pela prova testemunhal. (*op.cit.*, p. 323). Portanto, a **imprescindibilidade do exame de corpo de delito, quando a infração penal deixar**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vestígios é uma decorrência de texto expresso de lei (art. 158 do Código de Processo Penal). A inobservância dessa exigência - considerada indispensável pela própria lei processual penal - constitui circunstância bastante para determinar a nulidade do processo (art. 564, inciso III, letra b, do CPP). **A realização do exame de corpo de delito direto não fica, portanto, ao mero talante da autoridade, mas ao contrário, o exame de corpo de delito indireto, supletivo, por imposição legal, somente poderá substituir o direto, quando e somente quando, tiverem desaparecido os vestígios da infração penal.** Com efeito, se havia a possibilidade de se 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 à determinação expressa de lei - art. 158 do CPP. Nessa linha, também, é a lição de **Heleno Cláudio Fragoso** in "Jurisprudência Criminal" (1º Volume, Ed. Forense, 4ª edição, 1982, págs. 275/277), a saber:

"221. Exame de corpo de delito indireto.

O exame de corpo de delito indireto não pode ser admitido quando era possível a realização do exame direto. Assim decidiu, com absoluto acerto, a 2ª C. Crim. do TA. do antigo Estado da Guanabara, na AC 4.426, relator o eminente Juiz João Claudino: "Só na impossibilidade de realização do exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta". Pretendia-se ter provadas lesões corporais **com o simples boletim de socorro**, o qual, como se sabe, é firmado por um só médico. A decisão foi unânime (DO 12.7.71, 514).

O exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio **é essencial** (art. 158 CPP), sob pena de nulidade (art. 564, III, letra "b").

É certo que o corpo de delito direto pode ser suprido pelo indireto (art. 167), que se realiza através 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. Não se admite o corpo de delito indireto quando nenhum impedimento havia para a realização do exame:

"Nulo é o processo em que tendo a infração deixado vestígios e não havendo qualquer obstáculo à realização do exame de corpo de delito, este não é realizado. O art. 158 CPP encerra uma regra de observância compulsória, cuja preterição é fulminada com a pena de nulidade, não a suprimindo a confissão do réu, nem a prova testemunhal" (TJ de São Paulo. HC 38.267, relator Des. Thomaz Carvalhal, RT 208/71).

"É imprescindível o corpo de delito direto. Se não se prova a impossibilidade de obtê-lo, nenhuma valia tem o indireto. A vítima que se recusa ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exame deve ser compeli da sob pena de desobediência" (TJ Distrito Federal, relator Des. José Duarte, RF 90/816). Cf. também RT 268/533.

A 2ª C. Crim. do TA do antigo Estado da Guanabara decidiu também na AC 4.091, relator igualmente o saudoso Juiz João Claudino, que "só na impossibilidade de realização do exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta" (DO 2.8.71, 556).

222. *Exame de corpo de delito indispensável nos crimes que deixam vestígio*

No HC 39.195, o STF decidiu conceder a ordem para anular o processo, considerando indispensável o exame de corpo de delito. Tratava-se de falsidade documental, sendo o réu acusado de ter falsificado uma carteira de identidade. Todavia, embora se achasse nos autos uma fotocópia do documento falso, o original não foi apresentado, nem submetido a exame de corpo de delito. O Min. Cunha Melo denegava a ordem, por entender que a fotocópia apresentada, com a declaração da autoridade policial quanto à falsidade, representava o corpo de delito. A maioria assim não entendeu, afirmando que a regra do art. 158 CPP é de observância obrigatória. O corpo de delito nos crimes que deixam vestígio não pode ser suprido nem pela confissão do acusado. O processo foi anulado a partir da denúncia. Relator o eminente Min. Vilas Boas (DJ 4.7. 63, 488).

A ausência do exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio implica em nulidade. Essa regra de nosso processo, que se destina a tornar certa a existência material do fato punível, foi reafirmada pelo STF no HC 41.866, relator o eminente Min. Cândido Motta Filho, por unanimidade (RTJ 32/106)."

Por igual **Heráclito Antônio Mossin** in "Curso de Processo Penal", Volume 2, Ed. Atlas, 1998, págs. 330/332, **in verbis**:

"A regra que prepondera, em termos de prova, é a da imprescindibilidade do exame de corpo de delito direto nos crimes de resultado, naqueles que deixam vestígios, sob pena de nulidade e do reconhecimento da não-comprovação da materialidade delitiva. O exame é denominado de direto porque incide sobre o próprio corpo do delito, sobre a pessoa ou coisa a ser examinada (v.g., cadáver, o revólver usado para cometer o homicídio, a porta arrombada, etc.)

Entende-se por **exame de corpo de delito** indireto aquele que é feito por "raciocínio dedutivo sobre um fato retratado por testemunhas, por não se ter a possibilidade do uso da forma direta". Há aqui apenas uma reprodução, uma vez que não examina diretamente a pessoa ou a coisa objeto da perícia. É o que ocorre, *verbi gratia*, quando o experto elabora o laudo pertinente com fundamento em relatório, fichas hospitalares ou mesmo ouvindo as pessoas que promoveram o atendimento à pessoa que foi vítima da ação delitiva.

O exame de corpo de delito indireto somente é admissível quando for



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

absolutamente impossível a realização da inspeção direta, como nos exemplos apontados por Hélio Tornaghi: **perecimento dos vestígios do crime; desaparecimento do corpo de delito** (às vezes, até, sonegado ou escondido pelo próprio criminoso; restauração do estado anterior ao crime, por **obra da natureza** ou pela **mão do homem**; inacessibilidade do local em que se encontra etc. Quando isso ocorre, os peritos podem, por meio de depoimentos, filmes, fotografias, objetos encontrados etc. fazer o exame pericial denominado indireto.

O regramento processual ancorado no art. 158 do Código de Processo Penal é tão absoluto que o legislador não permite a substituição do corpus delicti direto e indireto pela confissão do acusado: *antequam resu propria confessione possit condemnari, oportet ut constet de corpore delicti*.

O preceito é bastante prudente e coeso com a verdade real. A confissão do acusado não tem o condão de suprir a necessidade de constatação material da infração típica, que deve ser comprovada e demonstrada de modo inequívoco por ato processual próprio confeccionado por experto. **Ademais, nada impede que a confissão seja obtida por meio ilícito ou, sendo voluntária, não corresponda á realidade, como acontece com o exemplo dado por Hélio Tornagui**, quando a agente confessa um crime impossível: ter morto alguém que já era cadáver quando a ação, supostamente criminosa, foi praticada. A prova quanto à materialidade deve conduzir à certeza, quer para a exata administração da Justiça, quer para evitar eventual erro judiciário. Daí por que a confissão não pode, *ex abundantia*, suprir a prova pericial.

De outro lado, embora o art. 167 do Código de Processo Penal tenha por objetivo amenizar o rigor do art. 158 do mesmo estatuto, deve esse preceito ser visto e interpretado com certas reservas para que o exame de corpo de delito não seja indevidamente preenchido pela prova testemunhal, que por sinal não se confunde com exame de corpus delicti indireto.

O legislador é bastante claro ao dizer expressamente naquela norma que a substituição da prova pericial pela testemunhal somente será viável em não sendo "possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios". Verifica-se pelo texto legal que a prova testemunhal apresenta-se como expediente **meramente supletivo** para a comprovação do corpo de delito, somente sendo admissível quando for impossível a perícia **por impedimento legal** ou **por fato absolutamente invencível**. Logo, se a inspeção, por exemplo, não pode ser realizada porque por incúria da pessoa interessada ou da própria autoridade a quem incumbia produzir a prova os vestígios desapareceram, não pode essa inspeção ser substituída pela prova testemunhal, uma vez que não se verifica na espécie fato absolutamente invencível."

Irajá Pereira Messias (in "Da Prova Penal", Ed. Bookseller, 2ª edição, 2001, pág. 312), por igual, assevera:

"Caberia, no entanto, uma indagação: e se o exame direto for possível, e, mesmo assim, não for realizado, **por inércia ou desídia da autoridade** (ou, pelos mesmos motivos, for realizado de forma nula, vindo essa nulidade a ser proclamada),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caberia o exame pela forma indireta? Entendemos que ocorrerá a nulidade do art. 564, inc. III, letra b, estando expressa ali a ressalva do art. 167, que - por sua vez - permite o exame indireto nas hipótese de "...haverem desaparecido os vestígios", e não por incúria da autoridade na sua realização. Também a realização de forma direta ou indireta não é opção ou escolha da autoridade, mas o indireto somente é possível quando desaparecidos os vestígios."

A injustificável falta do exame de corpo de delito, a par de constituir uma nulidade por força da lei, pode eventualmente ensejar, como conseqüência, a falta de prova essencial de materialidade do delito ou de circunstância qualificadora ou majorante. Tudo depende processualmente do caso em si. O que não pode acontecer é reconhecer-se, como homenagem à suposta verdade real, algo como provado, quando em verdade, em termos legais, tal demonstração incorreu.

Dessarte, no caso de comprovação da utilização de arma no crime de roubo, a argumentação acima desenvolvida não pode ser olvidada.

É pacífico, tanto na **doutrina**, como na **jurisprudência dos Tribunais Superiores** que, para **determinados crimes**, é indispensável a realização da perícia quando a infração deixa vestígios. No **crime de homicídio**, por exemplo, em que pese a certificação da morte da vítima mediante a apresentação do devido atestado de óbito, a perícia obrigatoriamente é de ser realizada, evidente somente se possível, de modo que não se cogita da sua dispensabilidade. O mesmo raciocínio se aplica aos delitos de lesões corporais e tráfico de entorpecentes. Em relação a este último esta Corte já consignou que: "*É indispensável a juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo, a fim de se comprovar a materialidade de infração equiparada ao tráfico ilícito de entorpecentes.*" (HC 76.755/RJ, 5ª **Turma**, de **minha relatoria**, DJ de 20/08/2007). Assim, ainda que atestado, preliminarmente, na apreensão da droga, por policiais do respectivo setor especializado de repressão, a natureza entorpecente da substância, ainda sim, o laudo pericial definitivo será de elaboração obrigatória.

Desse modo, tenho que para a configuração da referida majorante a realização da perícia, **quando possível**, torna-se imprescindível.

Esta a hipótese dos autos. Depreende-se pela leitura da denúncia (fl. 20) e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do depoimento da vítima Wanderley Medeiros (fl. 28) que a **arma utilizada no roubo foi encontrada na casa do réu e identificada pela vítima**. Dessa forma, não tendo sido realizada perícia como determina o Código de Processo Penal não haveria como se reconhecer a qualificadora do emprego de arma.

Assim, como o exame de corpo de delito 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, se era possível sua realização e esta não ocorreu, a prova testemunhal não supre sua ausência, devendo ser afastada a majorante em questão.

Quanto ao **tópico "c"** a súplica também comporta concessão.

Consoante foi decidido no Recurso Especial nº 264.224/DF, de minha relatoria, cujo acórdão foi publicado no DJU de 08/04/2002, o que legitima a majoração da reprimenda acima do patamar mínimo não é a quantidade de causas de aumento de pena que incidem ao caso e sim a fundamentação emitida pelo órgão julgador. É perfeitamente admissível, desde que motivado, o decisório que, diante de uma única causa de aumento de pena, exacerbe a reprimenda acima do mínimo legal, bem como aquele que, ante a ocorrência de mais de uma majorante, determine o acréscimo da pena no patamar mínimo.

Portanto, qualquer que seja a solução, ela deve ser fundamentada. Não pode ser automática. Isso porque o Código Penal diz, tanto no parágrafo único do art. 68, como no § 2º do art. 157, "pode o juiz" e "aumenta-se de 1/3 até a 1/2", indicando claramente, que a opção do magistrado há que ser fundamentada sob pena de se transmutar a discricionariedade permitida com um inaceitável arbítrio próprio do princípio da convicção íntima.

Na espécie, segundo a iterativa jurisprudência desta Corte e do c. Supremo Tribunal Federal, **o aumento deve ser dar no mínimo legal (1/3)**, em razão da exclusão da majorante do emprego de arma e ausência de circunstâncias concretas que possam justificar uma exacerbação além do patamar mínimo.

Nesse sentido, os seguintes julgados prolatados pelo c. **Supremo Tribunal Federal**: HC 69515/RJ, **1ª Turma**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, DJU de 12/03/93; HC 71741/RJ, **2ª Turma**, Rel. Min. **Maurício Correa**, DJU de 26/05/95; HC 73070/SP, **2ª**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, Rel. p/ acórdão Min. **Maurício Corrêa**, DJU de 29/09/2000.

E desta Corte:

"PENAL. **HABEAS CORPUS**. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO DA ATENUANTE. OBRIGATORIEDADE. REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DUAS MAJORANTES. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CONCURSO DE AGENTES. EXASPERAÇÃO DO AUMENTO DA PENA SEM FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

(...)

4. Consoante reiterada jurisprudência deste Tribunal, a presença de duas causas especiais de aumento da pena no crime de roubo (concurso de agentes e emprego de arma de fogo) pode agravar a pena em até metade, quando o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indiquem a necessidade da elevação da pena acima da fração mínima.

5. Assim, não fica o Juízo sentenciante adstrito, simplesmente, à quantidade de majorantes para fixar a fração de aumento, pois, na hipótese de existência de apenas uma, havendo nos autos elementos que conduzem à exasperação da reprimenda – tais como a quantidade excessiva de agentes no concurso de pessoas (CP, art. 157, § 2º, II) ou o grosso calibre da arma de fogo utilizada na empreitada criminosa (CP, art. 157, § 2º, I) –, a fração pode e deve ser elevada, acima de 1/3, contanto que devidamente justificada na sentença, em observância ao art. 68 do CP. O mesmo raciocínio serve para uma situação inversa, em que o roubo foi praticado com arma branca (faca ou canivete) e por número reduzido de agentes, hipótese em que pode o magistrado aplicar a fração mínima, apesar da duplicidade de majorantes.

6. **In casu**, o decreto condenatório não fundamentou o acréscimo da reprimenda em 3/8, motivo por que o percentual de aumento da pena pelas majorantes previstas no art. 157, § 2º, I e II, do CP deve ser fixado em apenas 1/3.

7. Ordem concedida para reduzir a reprimenda para 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 12 dias-multa."

(HC 101.005/SP, 5ª **Turma**, Rel. Ministro **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 01/09/2008).

"**HABEAS CORPUS**. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. TRÊS MAJORANTES. AUMENTO DA PENA EM 5/12 SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. IMPOSSIBILIDADE. CRITÉRIO SUBJETIVO. REGIME FECHADO DETERMINADO COM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. DESCABIMENTO. ART. 33, § 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. ALTERAÇÃO PARA O MODO SEMI-ABERTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. É entendimento deste Tribunal que a presença de três qualificadoras pode exacerbar a pena acima do patamar mínimo de 1/3 quando as circunstâncias do caso concreto assim autorizem.

2. *In casu*, a Corte de origem aplicou a fração de 5/12 apenas com base na quantidade de majorantes, em dissonância com o posicionamento firmado neste Tribunal.

3. O art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal estabelece que o condenado à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito), poderá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime semi-aberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e detentor de bons antecedentes, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso.

5. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade genérica do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

6. **Habeas corpus** concedido para alterar o patamar de aumento da pena de 5/12 (cinco doze avos) para o mínimo legal, qual seja 1/3 (um terço), reduzindo a pena fixada em 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses e estabelecer o regime inicial semi-aberto."

(HC 91.162/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJU de 16/06/2008).

"PENAL. **HABEAS CORPUS**. ROUBO MAJORADO. MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO. FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À OCORRÊNCIA DAS MAJORANTES. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. REINCIDÊNCIA.

(...).

V - **De outro lado**, tendo em vista o disposto no parágrafo único, do art. 68 e no § 2º, do art. 157, ambos do CP, o aumento de pena, acima do patamar mínimo, pela ocorrência de três majorantes específicas, não pode se dar pela simples constatação da existência das mesmas, como *in casu*, mas deve ser feito com base nos dados concretos em que se evidenciou o fato criminoso (**Precedentes desta Corte e do c. Pretório Excelso**).

Habeas corpus parcialmente concedido."

(HC 97.882/SP, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJU de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

05/05/2008).

Diante do exposto, aplicou o aumento mínimo de 1/3 (um terço), em razão da majorante do concurso de agentes, resultando a pena do paciente em **05 (cinco) anos, 04 (quatro) meses e 13 (treze) dias de reclusão**.

Concernente ao **tópico "d"**, assiste razão à impetrante.

É pacífico o entendimento, nesta Corte, no sentido de que o deferimento do regime semiaberto deve dar-se desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a completa inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Examinando os autos, verifica-se que os referidos requisitos foram atendidos. A pena-base foi fixada no mínimo legal em razão da ausência de toda e qualquer circunstância judicial desfavorável ao paciente. A quantidade da pena aplicada é inferior a 8 (oito) anos e superior a 4 (quatro). Por fim, trata-se de paciente primário.

Diante desse contexto, não há razão para não se conceder o regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda. A gravidade genérica do delito não constitui motivo suficiente a se justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, "b", e § 3º, e 59 do CP.

Vejam-se, oportunamente, alguns julgados proferidos pelo c. **Supremo Tribunal Federal** que ratificam esse entendimento:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO QUALIFICADO (CP, ART. 157, § 2º, II). FIXAÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PENA. REGIME SEMI-ABERTO. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS 718 E 719 DO STF. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. ORDEM CONCEDIDA.

I - A gravidade em abstrato do delito de roubo qualificado, mesmo havendo causa de aumento de pena (concurso de pessoas) não pode ser considerada para fins de fixação do regime de cumprimento de pena.

II - Ausente o trânsito em julgado em processos-crime não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podem ser considerados como antecedentes criminais.

III - Ordem concedida."

(HC 89330/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 22/9/2006).

"HABEAS CORPUS. PACIENTES CONDENADOS POR TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO. APLICAÇÃO DE REGIME MAIS SEVERO DO QUE A PENA APLICADA PERMITIRIA, AO ARGUMENTO EXCLUSIVO DA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. Nos termos da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidada nas Súmulas 718 e 719, a gravidade em abstrato do delito de roubo qualificado considerada pelas instâncias ordinárias não pode ser considerada para fins de fixação do regime de cumprimento da pena. **Habeas corpus** deferido."

(HC 83927/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 4/6/2004).

"HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO. REGIME INICIAL. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 718 E 719. ORDEM CONCEDIDA. 1. Nos crimes de roubo em que a pena aplicada seja inferior ou igual a oito anos, de acordo com as circunstâncias judiciais reconhecidas, é possível fixar o regime inicial semi-aberto para o cumprimento da reprimenda. 2. A gravidade em abstrato considerada pelo magistrado não pode ser considerada para fins de fixação do regime de cumprimento da pena. 3. Para determinação do regime mais grave (fechado), é necessário fundamentação com base em fatos concretos, considerando-se os fins da pena."

(HC 83508/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU de 6/2/2004).

Tal entendimento, aliás, configura o teor do Enunciado nº 718 do **Pretório**

Excelso, verbis:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" (DJU de 09/10/2003)."

Nesse mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes prolatados no âmbito do **Superior Tribunal de Justiça**:

"CRIMINAL.

HC.

ROUBO

DUPLAMENTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUALIFICADO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA DE ROUBO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO DO DELITO. DESNECESSIDADE DE QUE O BEM SAIA DA ESFERA DE VIGILÂNCIA DA VÍTIMA. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE DO CRIME. PERICULOSIDADE DO AGENTE. IMPROPRIEDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. PACIENTE PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. DIREITO AO REGIME SEMI-ABERTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. (...)

II.(...)

III. Se o paciente preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime semi-aberto, em função da quantidade de pena imposta e diante do reconhecimento da presença de circunstâncias judiciais favoráveis na própria dosimetria da reprimenda, como a primariedade e a ausência de maus antecedentes, não cabe a imposição de regime fechado com fundamento exclusivo na gravidade do delito praticado e na suposta periculosidade do agente. Precedentes desta Corte.

IV. Entendimento consolidado nas Súmulas n.º 718 e n.º 719 do STF.

V. Deve ser determinado o regime semi-aberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente.

VI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator".

(HC 68.654/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro **Gilson Dipp**, DJ de 12/03/2007).

"PENAL. **HABEAS CORPUS**. ROUBO MAJORADO. REGIME PRISIONAL. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME SEMI-ABERTO. DOSIMETRIA DA PENA.

I - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial semi-aberto. (Precedentes).

II - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP. (Precedentes).

III - "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada." (Enunciado nº 718



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Súmula do Pretório Excelso, DJU de 09/10/2003).

Writ concedido".

(HC 59.370/SP, 5ª Turma, Rel. p/ Acórdão Ministro **Felix Fischer**, DJ de 13/08/2007).

"PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO COM CONCURSO DE DUAS MAJORANTES, EXTORSÃO E RESISTÊNCIA. PROGRESSÃO DE REGIME ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. SÚMULA 716 DO STF. POSSIBILIDADE. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. (...)

2. Quanto ao regime de cumprimento da pena aplicada, a Súmula 718/STF traça a seguinte diretriz: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada".

3. E, ainda, segundo Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

4. Na hipótese em exame, não havendo notícia de reincidência e tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, justamente por força do reconhecimento das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal como totalmente favoráveis ao paciente, impõe-se a fixação do regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena aplicada (6 anos, 6 meses e 12 dias de reclusão), em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra b, do referido diploma legal.

5. Ordem concedida para fixar o regime semi-aberto para o início de cumprimento da condenação imposta ao paciente e permitir a progressão de regime, a depender da análise dos requisitos objetivos e subjetivos pelo Juízo das Execuções Criminais".

(HC 64.817/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro **Arnaldo Esteves Lima**, DJ 06.08.2007).

"HABEAS CORPUS. CONDENÇÃO POR ROUBO QUALIFICADO. REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. JUSTIFICATIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INADMISSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO 718/STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Nos termos da orientação pacífica deste Superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, tratando-se de réu primário, que apresenta circunstâncias judiciais favoráveis, e tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal para o tipo, a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção aplicada constitui constrangimento ilegal. Precedentes: HC 63.998/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, 5T, DJU 30/10/2006 e HC 56.081/SP, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, 6T, DJU 4/6/2007 e HC 58.602/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, 5T, DJU 4/9/2006.

2. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

3. Ordem concedida para fixar o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

(HC 57.307/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 06/08/2007).

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem, nos termos acima delineados.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0049713-0

HC 131655 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10005913 3952005 993061377799

EM MESA

JULGADO: 09/03/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLÉÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **HELENITA CAIADO DE ACIOLI**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VANESSA BOIATI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS NUNES BARBOSA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 09 de março de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário