

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

LAUREN VITÓRIA HAAS ANDREOTTI

**HOMICÍDIO SEM CADÁVER:
COMO PROVAR A MATERIALIDADE DELITIVA EM CASOS DE CADÁVER
OCULTO OU NÃO ENCONTRADO?
MONOGRAFIA**

Santa Rosa
2020

LAUREN VITÓRIA HAAS ANDREOTTI

**HOMICÍDIO SEM CADÁVER:
COMO PROVAR A MATERIALIDADE DELITIVA EM CASOS DE CADÁVER OCULTO
OU NÃO ENCONTRADO?
MONOGRAFIA**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.º Ms. Rafael Lago Salapata

Santa Rosa
2020

LAUREN VITÓRIA HAAS ANDREOTTI

**HOMICÍDIO SEM CADÁVER:
COMO PROVAR A MATERIALIDADE DELITIVA EM CASOS DE CADÁVER OCULTO
OU NÃO ENCONTRADO?
MONOGRAFIA**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora

Prof.^a Ms. Rafael Lago Salapata (Presidente)

Rafael Salapata

Rafael Salapata (Jul 24, 2020 10:24 ADT)

Prof. Ms. Bruno Pugialli Cerejo (Membro)

Bruno Pugialli Cerejo

BRUNO PUGIALLI CEREJO (Jul 24, 2020 10:26 ADT)

Prof.^a Esp. Roberto Laux Júnior (Membro)

Roberto Laux Junior

Roberto Laux Junior (Jul 24, 2020 10:53 ADT)

Santa Rosa, 23 de julho de 2020.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha mãe Angela Elisabete Haas, por ser a pessoa mais importante na minha vida, por me incentivar a ser uma pessoa melhor e não desistir dos meus sonhos, apesar das dificuldades, sempre fez e faz de tudo para me ver feliz.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar gostaria de agradecer a Deus que me deu forças e iluminou meu caminho durante essa jornada.

Gostaria de agradecer a minha mãe que sempre esteve ao meu lado e contribuiu todos os dias para que meu sonho se tornasse realidade. Agradeço a toda minha família e amigos pelo apoio.

Agradeço também a instituição de ensino Fundação Educacional Machado de Assis pelos ensinamentos e pelo apoio ao longo desses cinco anos, e, também a todos os professores que me aconselharam, incentivaram e ajudaram sempre que precisei.

Agradeço a Defensoria Pública e o Ministério Público de Santa Rosa que foram de suma importância para minha formação acadêmica e profissional, a todos os Defensores, Promotores, agentes públicos e estagiários que me ensinaram durante os meus anos de estágio.

Em especial gostaria de agradecer o meu professor orientador Rafael Lago Salapata pela dedicação, apoio e paciência ao longo de elaboração da minha monografia.

Agradeço todos os amigos que fizeram parte dos dias bons e dos dias ruins, em especial aqueles que irão permanecer comigo para o resto da minha vida como família.

“No processo criminal, máxime para condenar, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade desta ou daquele. E não pode, portanto, ser a certeza objetiva, formada na consciência do julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio.”

- TJSP/RT, 619/267

RESUMO

O tema do presente trabalho concentrou-se no estudo da comprovação da materialidade no crime de homicídio quando não realizado o exame do corpo de delito direto. A delimitação temática baseou-se na comprovação da materialidade no crime de homicídio quando oculto ou não encontrado o cadáver da vítima, expondo as provas admitidas no Código de Processo Penal Brasileiro, examinando as principais classificações dogmáticas para tal delito. No ordenamento jurídico brasileiro, em relação ao crime de homicídio sem cadáver, o problema procurou esclarecer a seguinte questão: Existe a possibilidade de o acusado ser condenado pela prática do crime de homicídio quando ausente o exame do corpo de delito direto? O objetivo geral deu-se na análise de hipóteses em que não foi realizado o exame de corpo de delito direto, no crime homicídio sem cadáver, por circunstâncias fáticas justificadas, verificando se, nesses casos, é possível a condenação do acusado. Em relação aos objetivos específicos, abordou-se as temáticas de conceituação e análise dogmáticas do homicídio no ordenamento penal brasileiro, descrevendo o entendimento doutrinário acerca de aspectos deste delito, e procurou-se examinar algumas concepções atuais a respeito da prova no direito penal brasileiro, especialmente em relação à prova direta e indireta, analisando em específico o exame de corpo de delito – prova principal no crime de homicídio, ainda, buscou-se discorrer sobre o homicídio sem cadáver no ordenamento jurídico brasileiro, cadáver oculto ou não encontrado. A metodologia utilizada quanto à natureza é teórica, quanto ao tratamento dos dados é qualitativa e quanto aos procedimentos técnicos é bibliográfica. Na coleta de dados utilizou-se documentação indireta através de pesquisa documental em fontes primárias, em arquivos públicos, legislações vigentes específicas sobre o tema, e, em pesquisas bibliográficas secundárias, como livros, artigos e outros. Na análise e interpretação dos dados, adotou-se o método hipotético-dedutivo, e na condução da pesquisa o método histórico. O trabalho dividiu-se em três capítulos, no primeiro abordou-se sobre o crime de homicídio, considerando brevemente seu surgimento, bem como, o entendimento dos doutrinadores, explanando de forma objetiva o homicídio doloso e culposo, após homicídio qualificado, privilegiado e as majorantes do crime de homicídio, por fim abordou-se sobre a materialidade no crime de homicídio. No segundo capítulo foi abordado aspectos que envolvem a prova no processo penal, sua conceituação com base em doutrinadores, tratando ainda da finalidade e objeto, em seguida, apresentou-se a fonte, os meios e o ônus da prova, bem como, a prova pericial. E, no terceiro e último capítulo foi abordado o exame de corpo de delito direto e indireto e ainda do exame necroscópico, finalizou-se o capítulo abordando a possibilidade de condenação por homicídio tendo como base prova indireta em casos de homicídio sem cadáver. Do estudo realizado na pesquisa, baseado na legislação brasileira, doutrinas e jurisprudências, esclareceu-se que existe a possibilidade do acusado ser condenado pela prática do crime de homicídio quando ausente o exame do corpo de delito direto, a partir da aceitação de provas indiretas, desde que essa prova indireta afaste a incerteza sobre a prática delituosa.

Palavras-chave: Homicídio – Cadáver – Materialidade – Condenação.

ABSTRACT

The theme of the present work is focused on the study of the evidence of materiality of the crime of homicide when the examination of the body of direct crime is not carried out. The thematic delimitation was based on proof of materiality in the crime of homicide when the victim's corpse was hidden or not found, exposing the evidence admitted in the Brazilian Criminal Procedure Code, examining the main dogmatic classifications for such an offense. In the Brazilian legal system, in relation to the crime of homicide without a corpse, the problem sought to clarify the following question: Is there a possibility that the accused may be convicted of the crime of homicide when the examination of the direct crime body is absent? The general objective was analysis of hypotheses in which the direct offense body examination was not carried out, in the crime of homicide without a corpse, due to justified factual circumstances, verifying whether, in these cases, it is possible to convict the accused. In relation to the specific objectives, the themes of dogmatic conceptualization and analysis of homicide in the Brazilian penal system were addressed, describing the doctrinal understanding about aspects of this crime, and an attempt was made to examine some current concepts regarding evidence in Brazilian criminal law, especially in relation to the direct and indirect evidence, analyzing specifically the examination of the body of crime - main evidence in the crime of homicide, it was also sought to discuss homicide without a corpse in the Brazilian legal system, a hidden or not found corpse. The methodology used for nature is theoretical, for data processing is qualitative and for technical procedures is bibliographic. In the data collection, indirect documentation was used through documentary research in primary sources, in public archives, specific legislation in force on the subject, and in secondary bibliographic searches, such as books, articles and others. In the analysis and interpretation of the data, the hypothetical-deductive method was adopted, and in conducting the research, the historical method. The work was divided into three chapters, in the first one it dealt with the crime of homicide, briefly considering its appearance, as well as the understanding of the indoctrinators, objectively explaining intentional and wrongful homicide, after qualified, privileged homicide and the majorants in the crime of homicide, finally addressed the materiality of the crime of homicide. In the second chapter, aspects involving evidence in criminal proceedings were addressed, its conceptualization based on indoctrinators, still addressing the purpose and object, then the source, means and burden of proof were presented, as well as the evidence expert. And, in the third and last chapter, the examination of the body of direct and indirect offenses and the necroscopic examination were addressed, the chapter ended with the possibility of conviction for homicide based on indirect evidence in cases of homicide without a corpse. From the study carried out in the research, based on Brazilian legislation, doctrines and jurisprudence, it was clarified that there is a possibility that the accused may be convicted of the crime of homicide when the examination of the direct crime body is absent, based on the acceptance of indirect evidence, provided that this indirect proof removes the uncertainty about the criminal practice.

Keywords: Homicide - Corpse - Materiality - Conviction.

LISTA DE ABREVIACOES, SIGLAS E SÍMBOLOS

 - Parágrafo

ART.- Artigo

CF/88 - Constituição Federal de 1988

a.C – Antes de Cristo

APUD - Em bibliografia para designar a origem de uma citação indireta.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	03
1 O CRIME DE HOMICÍDIO	05
1.1 HOMICÍDIO DOLOSO E HOMICÍDIO CULPOSO.	08
1.2 HOMICÍDIO QUALIFICADO E HOMICÍDIO PRIVILEGIADO.....	10
1.3 A MATERIALIDADE DO CRIME DE HOMICÍDIO: A PROVA NO CRIME DE HOMICÍDIO.....	13
2 A PROVA NO PROCESSO PENAL	16
2.1 CONCEITO, FINALIDADE E OBJETO.....	16
2.2 FONTE DE PROVA, MEIO DE PROVA E ÔNUS DA PROVA.....	19
2.3 DA PROVA PERICIAL EM CRIMES QUE DEIXAM VESTÍGIOS	23
3 HOMICÍDIO SEM CADÁVER (CADÁVER OCULTO OU NÃO ENCONTRADO) ...	28
3.1 EXAME DE CORPO DE DELITO DIRETO E INDIRETO E EXAME NECROSCÓPICO	28
3.2 A CONDENAÇÃO POR HOMICÍDIO LASTREADA EM PROVA INDIRETA EM CASOS DE HOMICÍDIO SEM CADÁVER	32
3.3 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA FRENTE AO ART. 167 DO CPP	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

Uma expressão bastante comum no dito popular é de que “sem corpo não há crime!” Mas afinal, como se comporta o Direito Penal nos casos em que o cadáver não é encontrado, e se tem fortes indícios de que a pessoa desaparecida foi morta, caracterizando o crime de homicídio? De tempos em tempos os meios de comunicação noticiam casos curiosos, que chamam a atenção da população e causam grandes discussões a respeito do tema, como, por exemplo, o conhecido caso do goleiro Bruno e a noiva Eliza Samudio, em que o acusado foi condenado mesmo sem nunca ter sido localizado o corpo de sua noiva.

Esse contexto de suposta indefinição foi o propulsor para a escolha do tema deste estudo, o qual foi desenvolvido acerca da comprovação da materialidade no crime de homicídio quando não realizado o exame do corpo de delito direto, delimitando-se aos casos de cadáver oculto ou não encontrado. De modo a responder à questão problema norteadora: existe a possibilidade de o acusado ser condenado pela prática do crime de homicídio quando ausente o exame do corpo de delito direto?

O objetivo principal desta pesquisa foi analisar o crime de homicídio sem cadáver em hipóteses nas quais, por circunstâncias fáticas justificadas, não se realiza o exame de corpo de delito direto, verificando ainda se, em tais casos, é possível a condenação do acusado. Quanto aos objetivos específicos, buscou-se conceituar e analisar dogmaticamente o homicídio no ordenamento penal brasileiro, descrevendo o entendimento doutrinário acerca de aspectos relevantes de tal delito; examinando as concepções atuais a respeito da prova no direito penal brasileiro, especialmente no que toca à prova direta e indireta, analisando em específico o exame de corpo de delito, prova principal no crime de homicídio; para então com base nestes elementos, discorrer objetivamente, sobre o homicídio sem cadáver no ordenamento jurídico brasileiro (cadáver oculto ou não encontrado).

O presente trabalho tem o propósito de analisar o crime de homicídio sem cadáver, ou seja, examinar sob a ótica processual penal situações em que o cadáver da vítima está oculto ou não foi encontrado para realização do exame de corpo de

delito direto. Por consectário lógico, pretende-se ainda avaliar a possibilidade de o acusado, em tais hipóteses, ser condenado pela prática do delito.

A partir dessa assertiva, verifica-se que a pesquisa apresenta relevância, por se tratar de uma temática pertinente, visto que existem casos de conhecimento público nos quais todo um conjunto probatório aponta o acusado como autor do delito, ainda que o corpo da vítima nunca tenha sido localizado.

Justificou-se o estudo por este fortalecer o entendimento no ambiente acadêmico, tanto para alunos como para professores da área jurídica, contribuindo na formação de acadêmicos e profissionais do Direito, bem como a sociedade em geral, já que os crimes de homicídio que apresentam essa característica costumam chamar a atenção da população, gerando comentários e discussões sobre as possibilidades de condenação ou não pela falta do cadáver.

Assim, para compreensão do referido assunto, serão analisadas e interpretadas legislação penal brasileira vigente, pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais.

A metodologia utilizada para alcançar os objetivos e responder à questão problema foi de natureza teórica, visto que foi desenvolvida com base em teorias doutrinárias acerca do tema abordado, aí incluindo conceitos e ideias. Em relação ao tratamento dos dados, utilizou-se a forma qualitativa, apresentada de modo descritivo, para o qual utilizou-se a pesquisa bibliográfica, por meio de documentação indireta através de pesquisa documental em fontes primárias em arquivos públicos, sendo estes, legislações vigentes específicas sobre o tema, e, ainda, de pesquisa bibliográfica em fontes secundárias, como livros, artigos, dissertações e outros. Com relação á análise e de interpretação dos dados, fez-se pelo método hipotético-dedutivo.

1 O CRIME DE HOMICÍDIO

Neste primeiro capítulo é abordado o crime de homicídio, considerando brevemente seu surgimento, e, ainda, o entendimento dos doutrinadores a respeito de suas principais características. Em seguida é explanado de forma bem objetiva o homicídio doloso e culposo, após o homicídio qualificado, privilegiado e as majorantes do crime de homicídio. Por fim, neste capítulo é abordada a materialidade no crime de homicídio.

Primeiramente, destaca-se que para Cezar Roberto Bitencourt “o homicídio é a eliminação da vida de alguém levada a efeito por outrem.” (BITENCOURT, 2014, p. 51). Em muitas situações, este crime pode ocorrer por diversos motivos, por exemplo, pela inveja, pelo ódio, pelo rancor, pela paixão ou pelo ciúmes, o que o torna peculiar em relação aos demais delitos previstos na legislação brasileira, despertando um interesse maior nas pessoas devido a tais sentimentos, usualmente envolvidos na prática criminosa.

Veja-se que no Direito Romano, a Lei das XII Tábuas, 450 a.C, estabelecia na Tábua VIII, a pena de morte para quem cometesse o crime de homicídio: “[...] Dos delitos; se um acidente fosse cometido, deveria ser reparado, pena de morte para quem cometesse homicídio. Pena capital contra os libelos ou ultrajes públicos difamatórios.”

Nesse sentido, tem-se que o primeiro caso de homicídio foi registrado na Bíblia, este, cometido por Caim contra o seu irmão Abel, devido a ciúmes e a inveja, sendo relatado em Gênesis, capítulo 4, versículo 8: “Disse, porém, Caim a seu irmão Abel: ‘Vamos para o campo’. Quando estavam lá, Caim atacou seu irmão Abel e o matou.” (BÍBLIA, 2019).

Nas palavras do autor Levene:

[...] a história do homicídio é, no fundo, a mesma do direito penal. Com efeito, em todos os tempos e civilizações e em distintas legislações, desde o ponto de vista cronológico, e mais que os restantes, tendo em conta a importância dos distintos bens. (LEVENE apud NUCCI, 2017, p. 616).

O crime de homicídio no direito germânico era crime privado, e o agente infrator sujeitava-se à vingança da família da vítima. Após, com o direito romano e direito canônico, o crime de homicídio passou a ser novamente crime público

(NUCCI, 2017).

Muito se confunde o crime homicídio com assassinato. Nesse interim, o autor Guilherme de Souza Nucci, afirma que:

Há sistemas legislativos que diferenciam o homicídio e o assassinato, incriminando este último de maneira mais rigorosa e atribuindo um valor absoluto à vida humana. Geralmente, usa-se nos lugares onde se pune com pena de morte ou prisão perpétua os delitos de assassinato, bem como nas hipóteses de premeditação. Porém, há quem sustente ser a diferença importante também nos ordenamentos em que não há diversidade de penas. Buscam-se diferenças entre ambos, mas sem considerar o bem jurídico em jogo, que é a vida. Pode-se visualizar o assassinato tendo por cenário a ação contra uma vítima completamente estranha, sem nenhuma vinculação especial com o agente. (NUCCI, 2019, p. 251).

No Direito Penal Brasileiro, o crime de homicídio está estabelecido na parte especial, no título dos crimes contra a vida do Código Penal, sendo este o primeiro delito tipificado. Encontra-se disposto no artigo 121 e seus parágrafos.

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Feminicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VII - contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição: (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

I - violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

Homicídio culposo

§ 3º Se o homicídio é culposo: (Vide Lei nº 4.611, de 1965)
Pena - detenção, de um a três anos.

Aumento de pena

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos. (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003).

§ 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977).

§ 6º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio. (Incluído pela Lei nº 12.720, de 2012).

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015).

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015).

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental; (Redação dada pela Lei nº 13.771, de 2018).

III - na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima; (Redação dada pela Lei nº 13.771, de 2018).

IV - em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. (Incluído pela Lei nº 13.771, de 2018). (BRASIL, 2019).

A conduta típica do crime de homicídio consiste em uma pessoa tirar injustamente a vida da outra, tendo como sujeito ativo qualquer pessoa e sendo o objetivo jurídico a vida humana. Possui dois elementos do tipo: “matar” e “alguém”. Damásio E. de Jesus afirma que “o homicídio é crime comum, material, simples, de dano, instantâneo e de forma livre”, afirmando ainda tratar-se de crime material, de conduta e resultado (JESUS, 2007, p. 19-20).

Conforme Nucci, o crime de homicídio:

É a supressão da vida de um ser humano causada por outro. Constituindo a vida o bem mais precioso que o homem possui, trata-se de um dos mais graves crimes existentes nas legislações penais, refletindo-se tal circunstância na pena, que pode variar, no Brasil, em reclusão de 6 a 30 anos (mínimo da forma simples até o máximo da forma qualificada). (NUCCI, 2019, p. 5).

Do mesmo modo, Monteiro entende que:

O homicídio é um crime de execução livre ou não vinculada, ou seja, o *iter criminis* não se encontra descrito no tipo: a forma como o resultado morte é provocado é indiferente para o tipo; basta que ocorra a morte de uma pessoa, sendo irrelevantes os meios e o modo através dos quais é provocada. Portanto, é um crime de resultado. (MONTEIRO, 2012, p. 22, apud GOMES, 2016, p.35).

Compreende-se que a vida, por ser única, é o bem jurídico mais importante tutelado pela norma penal, e está previsto no artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros, a igualdade, a segurança e a propriedade.” (BRASIL, 2019). Ainda em seu inciso X, o artigo 5º da Constituição Federal, assegura a inviolabilidade do direito à vida.

Nesse entendimento, Alfonso Serrano Gomez destaca, “o Direito Penal protege a vida desde o momento da concepção até que a mesma se extinga, sem distinção da capacidade física ou mental das pessoas.” (GOMEZ, 1997, p. 6 apud BITENCOURT, 2014, p. 53).

Em seguimento, Damásio E. de Jesus, explana que: “O homicídio, como crime comum que é, pode ser praticado por qualquer pessoa. O ser humano. Só ou associado a outros, empregando ou não armas, é o sujeito ativo do crime.” (JESUS, 2007, p. 62).

O crime de homicídio é classificado no Direito Penal Brasileiro, como crime que produz resultado, material, sendo que seu tipo descreve a conduta do acusado e o resultado, este sendo a morte da vítima. O ordenamento jurídico brasileiro prevê os tipos de homicídio, como doloso e culposo, podendo, ainda, a forma dolosa ser simples ou qualificada.

1.1 HOMICÍDIO DOLOSO E HOMICÍDIO CULPOSO

Inicialmente ao falar sobre o crime de homicídio doloso, necessita-se realizar uma análise sobre o que é dolo. Como bem explica, o doutrinador Damásio E. de Jesus, dolo:

[...] é a vontade de concretizar as características objetivas do tipo. No homicídio, é a vontade de concretizar o ato ‘matar alguém’. Não é a simples representação do resultado morte que constitui simples acontecimento

psicológico. Exige representação e vontade, sendo que esta pressupõe aquela, pois o querer não se movimenta sem a representação do que se deseja. (JESUS, 2007, p. 34).

Ainda, o mesmo doutrinador, ressalta que:

É necessário que o agente tenha consciência do comportamento positivo ou negativo que está realizando e do resultado típico. Em segundo lugar, é preciso que sua mente perceba que da conduta pode derivar a morte do ofendido, que há ligação de causa e efeito entre eles. Por último, o dolo requer vontade de praticar o comportamento e causar a morte da vítima. (JESUS, 2007, p. 35).

Por sua vez, Gomes afirma o tipo doloso como:

[...] é a consciência e vontade de realizar (de concretizar) os requisitos objetivos do tipo que conduzem à produção do resultado jurídico relevante (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico) desejado (querido, intencional – dolo direto) ou pelo menos esperado como possível (assumido pelo agente – dolo eventual). (GOMES, 2007, p. 376).

Nesse sentido, pode afirmar-se que no homicídio doloso, o agente possui a intenção de matar a vítima, e/ou assume o risco de matar, diferentemente do que se verifica no homicídio culposo.

O homicídio culposo está previsto no artigo 121, §3^a do Código Penal Brasileiro, e neste o agente infrator pratica uma conduta com imprudência, negligência ou imperícia e produz o resultado *mortis*.

Na modalidade culposa do crime de homicídio não é admitida a tentativa, pois nesta hipótese o agente infrator não possui a intenção nem assume o risco de produzir o resultado – o qual, no crime tentado, não é obtido por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Para o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, o homicídio culposo:

Trata-se da figura típica do *caput* (“matar alguém”), embora com outro elemento subjetivo: culpa. É um tipo aberto, que depende, pois, da interpretação do juiz para poder ser aplicado. A culpa, conforme o art. 18, II, do Código Penal, é constituída de “imprudência, negligência ou imperícia”. Portanto, matar alguém por imprudência, negligência ou imperícia concretiza o tipo penal incriminador do *homicídio culposo*. (NUCCI, 2019, p. 784).

Julio Fabbrini Mirabete registra que o homicídio culposo do artigo 121, §3^o do Código Penal Brasileiro é: “[...] a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz

um resultado antijurídico não querido, mas previsível, ou excepcionalmente previsto, de tal modo que podia, com a devida atenção, ser evitado.” (MIRABETE, 2003, p.77).

De outro aspecto, Nucci afirma que:

Embora para a tipificação da conduta não haja tal diferença, é preciso que o julgador leve em consideração se a culpa foi consciente ou inconsciente, visto ser a primeira mais grave e a segunda forma, mais branda. O mesmo para aplicar a pena no caso do crime doloso, se dolo direto ou eventual. Portanto, na hipótese do art. 121, § 3.º, do Código Penal, matar alguém por imprudência, negligência ou imperícia concretiza o tipo penal incriminador do *homicídio culposo*. (NUCCI, 2019, p. 58).

No próximo item deste capítulo, conceituar-se-á o homicídio qualificado e também o homicídio privilegiado, diferenciando-os e identificando a sua previsão legal.

1.2 HOMICÍDIO QUALIFICADO E HOMICÍDIO PRIVILEGIADO

O Código Penal Brasileiro é criterioso e sistemático. Por isso, ao elencar o crime de homicídio adotou uma abordagem simples e prática, facilitando o entendimento do intérprete. O homicídio pode ocorrer de variadas maneiras, e por isso possui diversas classificações.

O doutrinador Damásio Evangelista de Jesus, ao iniciar a análise do crime de homicídio, argumenta que “as figuras típicas, quanto ao seu aspecto objetivo, podem ser fundamentais ou simples, privilegiadas e qualificadas.” (JESUS, 2007, p.18).

Nesse sentido, o homicídio qualificado está previsto no §2º do artigo 121 do Código Penal Brasileiro, podendo ser observado que a legislação buscou a proporção na aplicabilidade da pena, para que o infrator que cometesse homicídio em tais circunstâncias tivesse a sanção mais grave do que a aplicável ao homicídio simples.

Em seguimento, o autor Júlio Fabbrini Mirabete, ao tratar sobre o homicídio qualificado, aduz que:

[...] São casos em que os motivos determinantes, os meios empregados ou os recursos empregados demonstram maior periculosidade do agente e menores possibilidades de defesa da vítima, tornando o fato mais grave do que o homicídio simples. (MIRABETE, 2003, p. 69).

Assim devem ser observadas condições e circunstâncias que envolvem a prática delituosa para enquadramento no crime de homicídio qualificado – por exemplo, no caso dos incisos I ao V, do § 2º do artigo 121 do Código Penal Brasileiro, que exemplificam que se o crime é cometido mediante paga, ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe; por motivo fútil; com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime, este crime de homicídio será qualificado e terá a pena de reclusão, de doze a trinta anos, circunstâncias essas que elevam em abstrato a pena do delito, que passa a ser considerado crime hediondo, nos termos do art. 1º, I, da Lei n. 8.072/90.

Fernando Capez, afirma em relação à natureza jurídica dos incisos que descrevem o homicídio qualificado:

Trata-se de causa especial de aumento da pena. As circunstâncias qualificadoras dizem respeito aos motivos determinantes do crime e aos meios e modos de execução, sendo certas que, se constituírem, ao mesmo tempo, circunstâncias agravantes, estas deverão ser repelidas na aplicação da pena, sob pena de bis in idem. (CAPEZ, 2006, p. 251).

Em conformidade faz-se exposto o pensamento do doutrinador Nucci, sobre o homicídio qualificado:

É o homicídio praticado envolto por circunstâncias legais que integram o tipo penal incriminador, de modo derivado, alterando para mais a faixa de fixação da pena. Portanto, da pena de reclusão de 6 a 20 anos, prevista para o homicídio simples, passa-se ao mínimo de 12 e ao máximo de 30 para a figura qualificada. Considera-se crime hediondo qualquer hipótese de crime de homicídio qualificado. (NUCCI, 2019, p. 32).

Ainda, o Código Penal Brasileiro, traz a qualificadora do feminicídio, que foi incluído no §2º do artigo 121, incisos VI e VII, pela Lei n.º 13.104/2015, prevendo o homicídio praticado contra a mulher pela razão da condição de sexo feminino, e, em seu §2º-A deste mesmo artigo, descrevendo o que é considerado condição do sexo feminino que envolve o crime de homicídio.

Em entendimento à qualificadora de feminicídio, o doutrinador Fernando Capez, alega que:

Além do dolo de matar, é necessário atingir vítima mulher por motivação relacionada com a condição de sexo feminino – dolo específico ou elemento subjetivo do injusto. De qualquer forma, todo feminicídio é espécie do gênero homicídio doloso qualificado. O feminicídio, dessa forma, é crime doloso contra a vida e, portanto, seguirá o rito especial do Tribunal do Júri para a responsabilidade criminal do feminicida [...]. (CAPEZ, 2006).

O crime de homicídio qualificado é aquele que tem sua pena mínima e máxima fixadas com maior rigor, em face dos motivos que levaram o agente infrator a cometer tal ato, bem como dos meios por ele utilizados, que revelam a real intenção do autor do crime, considerada de maior gravidade pelo legislador.

Em sequência, ao tratar sobre homicídio deve-se destacar a modalidade trazida junto ao §1º do artigo 121 do Código Penal Brasileiro, segundo o qual “se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço” (BRASIL, 2019). Trata-se do homicídio privilegiado, cometido em virtude de circunstâncias consideradas de menor reprovação da sociedade diante da conduta do agente. É uma minorante, para efeito de aplicação da pena.

Para Mirabete “[...] é definido crime de homicídio privilegiado, não o delito autônomo, mas um caso de diminuição de pena, em virtude de circunstâncias específicas que se ajuntam ao fato típico fundamental.” (MIRABETE, 2003, p.66). Ainda aduz que:

As duas primeiras figuras típicas contempladas no art. 121, §1, como formas privilegiadas do homicídio, estão presas aos motivos determinantes do crime. Inicialmente, tem-se a causa especial de diminuição de pena quando o crime é praticado por relevante valor *social*. Os motivos que dizem respeito aos interesses ou fins da vida coletiva revelam menor desajuste e diminuta periculosidade. [...] O segundo caso é o do homicídio praticado por relevante valor *moral*, que diz respeito aos interesses individuais, particulares, do agente, entre eles os sentimentos de piedade e compaixão. (MIRABETE, 2003, p. 66).

Nesses termos, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci afirma que:

A denominação ora exposta é tradicional na doutrina e na jurisprudência, embora, no significado *estrito* de *privilegio*, não possamos considerar a hipótese do § 1.º do art. 121 como tal. O verdadeiro crime privilegiado é aquele cujos limites mínimo e máximo de pena, abstratamente previstos, se alteram, para montantes menores, o que não ocorre neste caso. Utiliza-se a pena do homicídio simples, com uma redução de 1/6 a 1/3. Trata-se, pois, como a própria rubrica está demonstrando, de uma *causa de diminuição de*

pena. O verdadeiro homicídio privilegiado é o infanticídio, que tem as penas mínima e máxima alteradas, embora, para ele, tenha preferido o legislador construir um tipo autônomo. Assim, formalmente, o infanticídio é crime autônomo; materialmente, não passa de um homicídio privilegiado. (NUCCI, 2019, p. 17).

Cabe ressaltar que muito se fala em homicídio privilegiado-qualificado, que de todo modo é explanado pelos doutrinadores de diversas formas, entre elas Nucci:

Tem sido posição predominante na doutrina e na jurisprudência a admissão da forma privilegiada-qualificada, desde que exista compatibilidade lógica entre as circunstâncias. Como regra, pode-se aceitar a existência concomitante de qualificadoras objetivas com as circunstâncias legais do privilégio, que são de ordem subjetiva (motivo de relevante valor e domínio de violenta emoção). O que não se pode acolher é a convivência pacífica das qualificadoras subjetivas com qualquer forma de privilégio, tal como seria o homicídio praticado, ao mesmo tempo, por motivo fútil e por relevante valor moral. Convivem, em grande parte, harmoniosamente as qualificadoras dos incisos III, IV, VI e VII com as causas de diminuição da pena do § 1.º. Não se afinam as qualificadoras dos incisos I, II e V com as mesmas causas. (NUCCI, 2019, p. 33).

O item a seguir aborda os aspectos da materialidade do crime de homicídio, notadamente relevante para o desenvolvimento da pesquisa proposta.

1.3 A MATERIALIDADE DO CRIME DE HOMICÍDIO: A PROVA NO CRIME DE HOMICÍDIO

Primeiramente, para haver propositura da ação penal, deve ser comprovada a existência do crime, ou seja, deve ser comprovada a materialidade do delito, sendo esta, requisito imprescindível para o oferecimento da denúncia no caso de homicídio. Conforme supracitado o crime de homicídio se consuma com a morte da vítima, nesse tipo de infração penal, segundo a legislação brasileira, a regra é a realização do exame de corpo delito direto, para a efetiva comprovação da materialidade do delito.

Nesse sentido, como já visto anteriormente, o homicídio é crime material. Portando, exige a comprovação do delito, ou seja, “trata-se de crime que deixa vestígios, o que torna necessária a comprovação pericial.” (GOMES, 2019, p.35). A prova no processo penal é o meio pelo qual se identifica a verdade de um fato, se este existiu ou não. Para o Min. Amaral dos Santos, “a prova visa, como fim último, inculcar no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito

a ser restaurado.” (apud ARANHA, 2006, p. 5).

Para o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, o conceito de prova:

[...] origina-se do latim – *probatio*-, que significa ensaio, verificação, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare* -, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar. (NUCCI, 2015, p.371).

Veja-se que a prova está regulamentada no Código de Processo Penal Brasileiro, em seu Título VII, iniciando-se no artigo 155 até o artigo 250. Em seu entendimento, Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha conceitua prova como:

Conjunto de meios idôneos e praticados no processo ou nele entranhados e tendentes à afirmação da existência positiva ou negativa de um fato destinado a fornecer o juiz o conhecimento da verdade, a fim de gerar sua convicção quanto à existência ou inexistência dos fatos deduzidos em juízo. Todo meio usado pela inteligência do homem para a percepção da verdade. (ARANHA, 2006, p. 163).

Da mesma forma, Bonfim caracteriza a prova como “instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional”. (BONFIM, 2009, p. 303).

A Constituição Federal de 1988, no rol das garantias e direitos fundamentais, trouxe disposto no artigo 5º, inciso XXXV, o direito à prova, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 2019).

Esta tem como sua finalidade o convencimento do juiz, para maior elucidação do *opinio delicti*. Portanto, a prova é encaminhada ao Juízo, para o conhecimento dos fatos, mediante as alegações das partes, para a convicção da veracidade.

Guilherme de Souza Nucci ensina que:

É preciso destacar que a descoberta da verdade é sempre relativa, pois o que é verdadeiro para uns, pode ser falso para outros. A meta da parte, no processo, portanto, é convencer o magistrado, através do raciocínio, de que a sua noção da realidade é a correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição. Convencendo-se disso, o magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão. Quando forma sua convicção, ela pode ser verdadeira (correspondente a realidade) ou errônea (não correspondente à realidade), mas jamais falsa, que é um juízo não verdadeiro. (NUCCI, 2011, p.389).

No objeto da prova podem ser considerados todos os fatos que envolvem o delito; acontecimentos, circunstâncias, vestígios importantes, os quais serão utilizados para o convencimento do magistrado.

No crime de homicídio a máxima (principal) prova a ser produzida é o exame de corpo de delito, obrigatório em crimes de resultado permanente, como o homicídio. Guilherme de Souza Nucci, afirma que “corpo de delito é a materialidade do crime, isto é, a prova da sua existência.” (NUCCI, 2015, p. 401).

Julio Fabbrini Mirabete explica que “o homicídio é um crime material e se consuma com a morte da vítima. Não há um único sinal que se possa considerar como definitivo da ocorrência da morte. Fala-se em morte clínica, em morte cerebral e em morte biológica.” (MIRABETE, 2005, p. 65).

Em função dessa condição de materialidade, cabe a realização de exame pericial de corpo e delito para provar a materialidade do crime de homicídio, conforme consta no artigo 158 do Código de Processo Penal. Para tal, é necessário que se faça o exame necroscópico, pois ele irá esclarecer quais foram os motivos que levaram a vítima à óbito.

Sobre a prova de materialidade, Cleber Masson expressa que esta é realizada “pelo exame necroscópico, que, além de atestar a morte, indica também suas causas.” (MASSON, 2014, p. 19). Destaca-se a impossibilidade de que esse exame seja substituído pela confissão do acusado, no qual é uma exceção em face do princípio do livre convencimento do juiz, não estando o juiz livre para adotar qualquer outro tipo de prova.

Na próxima seção, a temática da prova no processo penal será mais bem aprofundada.

2 A PROVA NO PROCESSO PENAL

Neste segundo capítulo abordam-se os diversos aspectos que envolvem a prova no processo penal, partindo inicialmente da sua conceituação, com base em doutrinadores, para então tratar da sua finalidade e objeto. Em seguida, apresentam-se a fonte, os meios e o ônus da prova; e ainda se discorre sobre a prova pericial e suas peculiaridades.

2.1 CONCEITO, FINALIDADE E OBJETO

A palavra “prova” tem diferentes conceitos, apresentando variados sentidos, seja na linguagem popular ou em seu uso técnico, e dentre eles, o que neste estudo será tratado é o seu conceito jurídico.

A prova refere-se a todo o acervo de dados, informações e constatações que pode o juiz angariar no curso do processo para formar o seu convencimento de tal modo que a verdade não seja apenas fruto da verdade formal derivada de consequências processuais, mas sim decorrente da verdade real, da verdade coincidente com os fatos históricos como realmente transcorreram. Na visão de Jorge R. Moras Mom,

a prova é a convicção da verdade de cada um dos aspectos, circunstâncias e modalidades que rodeiam tanto o fato que se afirma delitivo, como o sujeito a quem se imputa responsabilidade a seu respeito. Ela opera no processo, que não é senão um método legalmente regulado de aquisição de conhecimento. (apud MOSSIN, 2013, p. 386).

No campo jurídico, de acordo com Rangel, a prova pode ser conceituada como o meio instrumental utilizado pelos sujeitos processuais, no caso o autor, o juiz e o réu, para comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa (RANGEL, 2019).

Capez conceitua prova, afirmando que:

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação. (CAPEZ, 2019, p. 371).

Segundo Fredie Didier, existem três teorias que visam a explicar qual a finalidade da prova: primeira teoria estabelece que a finalidade da prova é estabelecer a verdade; a segunda teoria sustenta que a finalidade da prova é fixar formalmente os fatos postos no processo; e a terceira que entende que a finalidade da prova é produzir o convencimento do juiz. Para esse autor, a primeira e segunda teorias não devem ser aplicadas:

A primeira dessas teorias não pode prevalecer, porque, a verdade é uma noção ontológica, objetiva, e o conhecimento que cremos ter dela é subjetivo. Assim, como já se viu anteriormente, é absolutamente impossível ao ser humano atingi-la ou, ao menos, ter a certeza de tê-la atingido. A segunda dessas teorias está intimamente vinculada ao sistema do tarifamento legal das provas. Por meio dela, admite-se que o legislador, ciente da impossibilidade de se alcançar a verdade acerca dos fatos, estabeleça critérios para que se possa reputar, ainda que formalmente demonstrados os fatos alegados pelas partes no processo. Resignada diante da impossibilidade de alcançar uma verdade absoluta e, ao mesmo tempo, insatisfeita com a solução formal dada pelo legislador para conformar a realidade do processo a uma possível realidade dos fatos, surge a terceira teoria, segundo a qual o objetivo da prova judicial é dar ao juiz suporte suficiente para que possa convencer-se dos fatos discutidos no processo, proferindo a sua decisão a partir da crença de tê-la alcançado. (DIDIER JR., 2010, p. 74).

Portanto, seguindo a linha doutrinária acima exposta, a teoria mais adequada é a terceira, uma vez que a finalidade da prova é permitir a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa. Ainda neste sentido, segundo Luiz Guilherme Marinoni, “o juiz, no processo (de conhecimento), tem por função precípua a reconstrução dos fatos a ele narrados, aplicando sobre estes a regra jurídica abstrata contemplada pelo ordenamento positivo” (MARINONI, 2006, p. 253).

No entanto, sabe-se que é realmente impossível atingir a verdade real acerca do modo do acontecimento de um fato específico, visto que não é possível retornar àquele momento do acontecimento para visualizar exatamente como este se passou. Conforme o entendimento de Fredie Didier Jr., “a verdade real é algo inatingível, [...]. É utopia imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento” (2006, p. 484).

Além disso, ainda que fosse possível a pesquisa incessante acerca da existência ou não de um determinado fato, não se pode deixar de observar que o autor, ao dirigir-se ao Estado-Juiz com sua pretensão, objetiva uma decisão em tempo razoável. Portanto não é interessante nem para este, nem para o réu, e nem

para o Estado, que a busca da verdade se estenda por um tempo maior que o entendido como razoável pelo senso comum.

Outrossim, o destinatário da prova, neste sentido, é o juiz, já que a finalidade da prova é convencê-lo. Ou seja, ele é o destinatário principal e direto, é quem precisa saber a verdade quanto aos fatos, para que possa decidir adequadamente.

Capez afirma que o principal objetivo da prova é o convencimento do juiz, tornando os fatos, alegados pelas partes, de conhecimento do juiz, de forma a convencê-lo da veracidade. Com isso se constata que, o principal destinatário da prova é o juiz; porém não é único, já que as partes também são interessadas e, conseqüentemente, destinatárias indiretas das provas, para que com base nelas, aceitem ou refutem a decisão judicial final (CAPEZ, 2019).

Didier Jr. (2010) entende que as partes devem ser consideradas como destinatários indiretos, pois precisam se convencer da verdade para que acolham a decisão. Em sentido semelhante, Rangel refere que: “primordialmente, as provas destinam-se ao juiz e, secundariamente, às partes.” (RANGEL, 2019, p. 493).

O que se objetiva alcançar, ao realizar a produção de provas em face ao juiz, é em verdade, a obtenção da verdade substancial, que podemos entender como sendo a verdade mais próxima da verdade real, a versão mais esclarecida acerca da existência e do modo como se deu um evento.

Portanto, pode-se compreender o objetivo da prova como a reconstrução de um determinado fato, para que se alcance a verdade mais próxima àquela substancialmente ocorrida, a fim de provar alegações anteriores e formar o convencimento do juiz.

O objeto da prova é a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, para que com base nessas informações ele possa emitir um juízo de valor. Como afirma Rangel, provas “são os fatos sobre os quais versa o caso penal. Ou seja, é o *thema probandum* que serve de base à imputação penal feita pelo Ministério Público.” (RANGEL, 2019, p. 493). Trata-se da verdade dos fatos imputados ao réu com todas as circunstâncias que lhe envolvem.

Em se tratado do objeto da prova, Mossin expressa em sentido semelhante:

[...] o objeto da prova ou o *thema probandum* é a demonstração de acontecimentos, fatos ou circunstâncias por meio do processo que interessam à solução da pretensão posta em juízo ou todos aqueles fatos, principais e acessórios, que interessam à decisão do juiz, e que requerem um acerto. Na realidade, no campo probatório, deve ser exigida a

mais ampla indagação sobre a verdade histórica e jurídica, fazendo com que seja objeto da prova tudo aquilo que se apresentar diante do conhecimento do juiz e das partes para a comprovação judicial relacionada com aquela indagação. (MOSSIN, 2013, p. 387).

“Objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa.” (CAPEZ, 2019, p. 371).

Mirabete sintetiza o objeto da prova expressando:

Aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio processual é o objeto da prova, que abrange não só o fato delituoso, mas também todas suas circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou imposição de medida de segurança. (apud MOSSIN, 2013, p. 387).

A prova, comumente, é produzida ao longo da fase judicial, de modo a garantir que a outra parte possa manifestar-se, e com isso seja respeitado o princípio do contraditório e da ampla defesa, bem como o direito de ser julgado de acordo com as provas produzidas, em contraditório e diante de um juiz competente, com todas as garantias. Neste sentido, tem-se o exposto pelo art. 155, do Código de Processo Penal, informando que:

[...] o juiz formará sua convicção pelas provas produzidas em contraditório judicial, não podendo fundamentar exclusivamente nos elementos da investigação, isso porque as provas produzidas nessa fase, não possibilitam o contraditório da outra parte, assim, poderão ser utilizadas aquelas provas cautelares, as que não são repetíveis e as antecipadas. (BRASIL, 1941).

Assim, os fatos, sejam eles, controvertidos ou não, precisam ser provados no Processo Penal, considerando para isso, os princípios da verdade processual e do devido processo legal, pois, conforme o art. 197 do Código de Processo Penal (CPP), mesmo que o réu confesse os fatos narrados na denúncia, ainda assim a sua confissão não possui valor absoluto, e precisa ser confrontada com os demais elementos de prova dos autos para comprovar sua veracidade.

2.2 FONTE DE PROVA, MEIO DE PROVA E ÔNUS DA PROVA

A fonte da prova está relacionada com pessoas ou coisas por meio das quais se pode obter a prova, envolvendo tudo que indica algum fato ou afirmação útil,

considerando-se que as comprovações sejam necessárias para a confirmação da verdade, como por exemplo, a narrativa fática constante em uma peça acusatória (denúncia ou queixa).

Rangel esclarece que os meios de prova são todos aqueles que o juiz, de modo direto ou indireto, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, podendo ser estes meios previstos em Lei ou não (RANGEL, 2019). Representa o percurso que o juiz faz para formar a sua convicção sobre os fatos ou coisas alegadas pelas partes.

“Esses meios também são de grande utilidade às partes, mesmo porque as provas por elas produzidas na instrução probatória destinam-se a comprovar os fatos por elas postos em juízo que servirão para fundamentar suas teses de Direito.” (MOSSIN, 2013, p. 390).

Com relação aos meios de prova, Mossin explica que estes podem ser históricos ou críticos. Nos históricos, há a representatividade de um fato, o que se pode dar, por exemplo, por intermédio do depoimento de uma testemunha ou pelo conteúdo de um documento. As provas críticas não são representativas, mas apenas indicativas, a exemplo do que acontece com os indícios (MOSSIN, 2013).

Além disso, os meios também podem ser reais ou pessoais. Os reais são aqueles representados por uma coisa ou um bem exterior ao indivíduo, ou seja, consistente em uma coisa ou um bem exterior e transcendente ao indivíduo, por exemplo, o revólver utilizado para a prática delitiva, objeto furtado. Os pessoais são constituídos por um ser com personalidade e consciência, ou seja, por um conhecimento subjetivo e pessoal atribuído a um determinado sujeito (MOSSIN, 2013).

Capez destaca que vigora no direito processual penal o princípio da verdade real, de tal sorte que não há de se cogitar qualquer espécie de limitação à prova, sob pena de se frustrar o interesse estatal na justa aplicação da lei. Tanto é verdade essa afirmação que a doutrina e a jurisprudência são unânimes em assentir que os meios de prova elencados no Código de Processo Penal são meramente exemplificativos, sendo perfeitamente possível a produção de outras provas, distintas daquelas ali enumeradas (CAPEZ, 2019). O CPC é bastante objetivo ao expressar que:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código,

para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. (BRASIL, 1941).

Com isso, evidencia-se que os meios de prova podem ser os especificados em Lei ou todo e qualquer outro meio que for considerado moralmente legítimo, mesmo que não esteja previsto no ordenamento jurídico, que neste caso, são denominados de provas inominadas (RANGEL, 2019). As provas podem ser classificadas de variadas formas, entretanto a divisão clássica compreende três tipos básicos: documental, pericial e testemunhal. Rangel menciona alguns meios de prova, citando que:

O depoimento da testemunha é o meio de prova de que se utiliza o juiz para formar sua convicção sobre os fatos controvertidos. A inspeção judicial é meio de prova. O indício é um meio de prova. Enfim, tudo aquilo que o juiz utiliza para alcançar um fim justo no processo é considerado meio de prova. (RANGEL, 2019, p. 494).

Importante e relevante é diferenciar o meio de prova com o objeto de prova, pois o meio de prova consiste nos fatos, documentos ou alegações que infere na busca da verdade real dos fatos no processo, permitindo que o juiz forme sua convicção acerca dos fatos, exemplificando essa diferença entre meio e objeto, pode-se mencionar que o sujeito que presta depoimento não é meio de prova, mas sim, o seu depoimento.

Conforme Aranha, a prova:

Pode ser direta, se referir-se imediatamente ao fato probando, ao fato cuja prova é desejada, ou indireta, caso afirme outro fato do qual, por via do raciocínio, se chega ao que se deseja provar, necessitando, destarte, para sua apreciação, um trabalho de raciocínio indutivo. (ARANHA, 2006, p. 24).

Nessa perspectiva, entende-se que a prova direta é aquela objetiva, imediata, que tem de pronto sua conclusão, e a prova indireta é aquela que exige o estudo, apreciação, dedução, não tendo sua conclusão pronta. Desse modo exemplifica-se:

[...] No crime de homicídio, a testemunha presta depoimento sobre o que viu, ou seja, a morte da vítima em face a ação do agente. Nesse caso, o depoimento da testemunha é meio de prova sobre o fato (objeto da prova) diretamente. (RANGEL, 2015, p. 464).

Ao explicar o ônus da prova, inicialmente cabe compreender o que é ônus. Conforme Rangel, “ônus, vem do latim *onus*, *oneris*, que significa carga, peso, fardo, encargo, aquilo que sobrecarrega.” (RANGEL, 2019, p. 535).

Capez informa que a prova não constitui uma obrigação processual e sim um ônus, ou seja, a posição jurídica cujo exercício conduz seu titular a uma condição mais favorável. E segue explicando que:

A principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não cumprimento não significa atuação contrária ao direito. (CAPEZ, 2019, p. 409).

Considerando a perspectiva jurídico processual, ônus representa o encargo que as partes têm de provar as alegações que fizeram em suas postulações, ou seja, é uma obrigação para consigo mesmo que, se não for cumprida, ninguém, a não ser o encarregado, sairá prejudicado. Rangel explica que, ônus, diferente do dever, que é sempre para com outrem e faz nascer o direito subjetivo; não corresponde a nenhum direito subjetivo e, se o encarregado de realizar o ato não o fizer, apenas ele sofrerá com sua inércia ou ineficiência (RANGEL, 2019).

O art. 156 do CPP, modificado pela Lei n. 11.690/2008, passou a determinar que “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício [...]”, interpretando-se que o ônus compete a quem alega o fato. (BRASIL, 2008). E neste sentido, Rangel afirma que: “Se o Ministério Público não lograr êxito em provar a acusação que fez em sua peça exordial, o resultado do processo não pode ser outro que não a absolvição do réu”, salientando, inclusive, que “O Supremo Tribunal Federal já decidiu que compete, exclusivamente, ao Ministério Público o ônus da prova.” (RANGEL, 2019, p. 538). E segue esclarecendo que:

Não se confunde o direito que tem o réu de alegar, em sua defesa, o que bem entender, com o ônus da prova. Este é total e exclusivamente do MP. A regra inserta no art. 5o, LVII, da CRFB deve ser vista como inversora total do ônus da prova e qualquer dúvida que restar diante da não comprovação do fato imputado ao réu pelo Ministério Público deve, obrigatoriamente, ser resolvida em seu favor. Trata-se da aplicação do princípio *in dubio pro reo*. (RANGEL, 2019, p. 538).

No próximo subitem desta seção trata-se especificamente da prova pericial, apresentando-a em termos gerais, para em seguida adentrar na situação específica da prova nos crimes que deixam vestígios.

2.3 DA PROVA PERICIAL EM CRIMES QUE DEIXAM VESTÍGIOS

O sistema processual brasileiro consolida a importância da perícia quando o crime deixa vestígios, como se observa no art. 158, Código de Processo Penal, dispositivo que determina expressamente: “quando a infração deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.” (BRASIL, 1941).

Nucci explica que “vestígio é o rastro, a pista ou o indício deixado por algo ou alguém.” (NUCCI, 2014, p. 388), o que vem ao encontro do conhecido brocardo de Edmond Locard¹ citado por Bonfim, o qual considera que “cada contato deixa um rastro”. É imprescindível a realização da perícia no local da infração para identificação dos vestígios ali encontrados – aumentando, conseqüentemente, a probabilidade de identificação do autor, mediante estudo e interpretação deles (LOCARD apud BONFIM, 2018).

Mossin leciona que corpo de delito é a reunião de elementos que comprovam um fato típico em sua integridade; é o conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso, quer constitutivos do crime, quer os que serviram para praticá-lo (MOSSIN, 2013, p. 409).

A prova pericial deve ser realizada por meio de métodos científicos e, normalmente, representa um grande peso na decisão do magistrado. Sobre a prova pericial, o art. 275 do Código de Processo Penal prevê que “o perito, ainda quando não oficial, estará sujeito à disciplina judiciária”. (BRASIL, 1941).

¹ Edmond Locard (1877 – 1966) foi um pioneiro na Ciência Forense, conhecido como o Sherlock Holmes da França. Ele formulou o princípio básico de ciência forense: "Todo contato deixa uma marca", que ficou conhecido como o princípio de Troca de Locard. Como todo princípio, baseia-se em uma ideia simples, mas de grande profundidade. Locard estudou Medicina e Direito em Lyon, tornando-se o assistente de Alexandre Lacassagne, criminologista e professor. Em 1910 ele começou fundar seu próprio laboratório criminal. Ele produziu um monumental trabalho de sete volumes, chamado *Traité de Criminalistique* e, em 1918, descreveu doze pontos característicos para a identificação de impressões digitais. Edmond Locard continuou com a sua pesquisa até a sua morte, em 1966. (<https://deniseriveraperita.blogspot.com/2012/01/edmond-locard.html>)

Em se tratando da prova pericial, Mossin cita como exemplo, o exame de corpo de delito; necroscópico; residuográfico; lesões corporais; e segue afirmando que

[...] esta é plenamente válida em juízo, podendo, portanto, o magistrado, com base na conclusão dos peritos, formar seu livre convencimento, quer para condenar, quer para absolver o acusado. Justifica-se essa asserção pelo fato de que, com o passar do tempo, os vestígios deixados pela infração típica desaparecem e, nessa ordem de consideração, é impossível repetir o exame pericial em juízo. (MOSSIN, 2013, p. 24).

Os dispositivos relativos à perícia foram modificados pela Lei n. 11.690/2008, passando a estabelecer o seguinte:

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

§ 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

§ 6º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

§ 7º Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico. (BRASIL, 2008).

Sobre as mudanças promovidas pela Lei n. 11.690/2008, Mendroni menciona que esta lei regulamentou melhor esta matéria, ao permitir, como já ocorre no Processo Civil, a possibilidade de que as partes possam indicar assistentes técnicos. No entendimento deste doutrinador, isso pode repercutir em uma maior demora no

processo, em função do tempo necessário para que os técnicos analisem as provas. Porém, “por outro lado, imprime maior segurança para a análise valorativa da prova, permitindo ao Juiz, em face do princípio do Livre Convencimento, confrontar as opiniões e, fundamentando, adotar um ou outro parecer.” (MENDRONI, 2015, p. 140).

De acordo com Campos, em alguns casos, em se tratando de perícias mais complexas, pode ser necessária a indagação oral e escrita do expert; no entanto, o deferimento de ambas as modalidades depende somente do entendimento por parte do juiz acerca de sua necessidade ou não, como está disposto no art. 411, § 2º, do CPP/1941 (CAMPOS, 2015). Assim,

Se o juiz entender pela necessidade de indicação de assistentes técnicos, conforme a previsão do art. 159, § 2º, do CPP estes poderão oferecer pareceres e/ou ser inquiridos em audiência, conforme prevê o art. 159, § 5º, II, do CPP (nessa situação, serão, em verdade, ouvidos como testemunhas e computados do número legal de oito testemunhas para cada parte). (CAMPOS, 2015, p. 86).

Podem indicar assistentes técnicos o Ministério Público, o assistente da acusação, o ofendido, o querelante e o acusado, mas sua admissão dependerá de decisão judicial, sendo que somente atuará após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais (art. 159, §3º e §4º, do CPP).

Em se tratando da importância das provas periciais, Mendroni faz uma importante colocação, ao afirmar que:

As perícias técnicas são cada vez mais importantes no âmbito do processo penal, que progride e evolui na esteira do desenvolvimento das ciências. Exames de DNA, laudos diversos de confrontações de materiais, de análises químicas, análises diversas realizadas com programas de computadores etc. servem de suporte à constatação de fatos que se relacionam, direta ou indiretamente, com o fato ou os fatos a serem demonstrados. Quanto maior o grau de precisão das análises, dos equipamentos utilizados e dos laudos emitidos, tanto maior, em proporção direta, o seu grau valorativo, e tanto maior o grau de convencimento permitido ao Magistrado. (MENDRONI, 2015, p. 140).

De acordo com Tourinho Filho, a perícia consiste no exame que é realizado por peritos, os quais são pessoas que têm como característica possuírem conhecimentos específicos científicos, técnicos, práticos ou artísticos acerca de determinadas circunstâncias, fatos ou condições que sejam relativas ao fato delitivo. A perícia gera uma prova técnica. Ela ocorre para comprovação da existência do fato

delitivo e da dinâmica de ocorrência, com vistas a elucidá-lo e, assim, possibilitar ao julgador que profira uma decisão justa (TOURINHO FILHO, 2014).

Mendroni evidencia a condição de que as evidências tendem a sofrer efeito do tempo, pois com o passar deste acabam perdendo, progressivamente, as suas características próprias, de modo que, com mais tempo decorrente do fato criminoso, menos características próprias restarão, tornando-se menos convincente para o Juiz; condição que demonstra que as provas perdem o seu valor com relação direta com o passar do tempo; e destaca que:

Quando alguém pratica um fato criminoso, de alguma forma deixa algum sinal. Esses sinais ou marcas, traduzidas em evidências, podem ser transportados de algum modo para compor os autos da investigação criminal, e reunidas e comprovadas em um contexto coerente poderão ser transformadas em provas e sempre, dependendo da forma que contenham, servirão para formar o convencimento na cabeça do Julgador. A estas evidências se atribuirá algum valor probatório. (MENDRONI, 2015, p. 16).

Capez destaca que a prova pericial é uma prova pessoal. A perícia tem em considerável parcela de seu conteúdo certa dose de subjetividade, demandando uma apreciação pessoal que, em alguns casos, pode variar de perito para perito. Apesar de ser um trabalho opinativo, não vincula o juiz, que pode discordar das conclusões dos expertos, embora só possa fazê-lo de forma fundamentada (CPP, art. 182) (CAPEZ, 2019).

Finalmente, Bonfim apresenta os tipos de provas periciais, conforme se verifica a seguir:

a) Direta: consistente na apreciação e interpretação objetivas da pessoa física, viva ou morta, ou da coisa, de provável ou de concreto interesse judiciário. É a modalidade mais comum na atividade do Perito Criminal e do Médico Legista. Exs.: exame da arma de fogo, do agente contundente ativo, do cadáver no local do fato, dos veículos acidentados, das manchas de sangue, da constatação da embriaguez alcoólica, da comprovação da gravidez, da comprovação de conjunção carnal, recente ou antiga, de comprovação de aborto recente ou antigo etc. Esta modalidade de perícia é prevista no art. 158 do CPP.

b) Indireta: consiste na análise e interpretação de elementos de interesse técnico contidos nos autos do Inquérito Policial ou do Processo Penal e dos obtidos em diligências. Esta modalidade de perícia está prevista no art. 172, parágrafo único, visando reconstituir os vestígios que foram destruídos ou deteriorados por forças naturais (calor, quente ou frio, luz, precipitações pluviométricas etc.) ou através de ações culposas ou dolosas.

c) Complementar: consiste em outra perícia destinada a esclarecer ou completar a anterior por se mostrar, a primeira, omissa, inexata, obscura, com notória inobservância de formalidades ou apresentar contradições, ou ainda quando objetiva a classificação do delito de lesões corporais. Esta

modalidade de perícia está revista nos arts. 168, §§ 1º e 2º, e 181, caput, do CPP.

d) Retrospectiva: consiste na apreciação e interpretação de elementos materiais relacionados com evento ocorrido no passado, a fim de projetá-los ao futuro como elementos de instrução judiciária. (BONFIM, 2018, p. 36).

Na concepção de Lopes Jr., a prova pericial se mostra de grande relevância por ser menos susceptível à influência humana quando comparada com provas subjetivas, como é o caso da prova testemunhal (LOPES JR., 2010). Não obstante tal característica, de grande relevância para a seara criminal, é certo, porém, de acordo com o autor, que não lhe é atribuído maior valor em relação aos outros tipos de prova, tendo em vista que, ainda assim, o juiz, para estabelecer a sua convicção e proferir decisão justa, analisará o conjunto de provas disponível nos autos, valorando-as globalmente para a formação de seu convencimento.

Na próxima seção deste trabalho de pesquisa, passar-se-á a analisar, especificamente, os caminhos a serem trilhados pelo operador do direito em situações extremas, nas quais a prática do crime parece evidente, mas não se logra êxito em localizar o próprio objeto material do delito: o corpo da vítima.

3 HOMICÍDIO SEM CADÁVER (CADÁVER OCULTO OU NÃO ENCONTRADO)

Neste capítulo apresentam-se aspectos referentes ao exame de corpo de delito direto e indireto e ainda do exame necroscópico. Finaliza-se o capítulo abordando especificamente a possibilidade de condenação por homicídio tendo como base prova indireta em casos de homicídio sem cadáver.

3.1 EXAME DE CORPO DE DELITO DIRETO E INDIRETO E EXAME NECROSCÓPICO

A condição para que o processo seja remetido para julgamento popular, é que se tenha a prova da materialidade delitiva, ou seja, é preciso que se tenha certeza que o crime aconteceu. Neste sentido, Campos adverte que este foi o meio pelo qual a lei buscou garantir que os crimes que tenham deixado vestígios, sejam comprovados por meio de corpo de delito (CAMPOS, 2015).

Para Nucci, de fato, o exame de corpo de delito “é a verificação da prova da existência do crime, feita por peritos, diretamente, ou por intermédio de outras evidências, quando os vestígios, ainda que materiais, desapareceram.” (NUCCI, 2015, p.401).

Bem escreve o autor Romano:

O Código de Processo Penal (art. 167) admite a prova indireta (testemunhal) quando o corpo da vítima desaparece. Por que existe essa regra processual? Para evitar a impunidade. Se essa regra não existisse bastaria matar a vítima e fazer desaparecer o seu corpo (para se garantir a impunidade). A doutrina avaliza esse direcionamento legal. (ROMANO, 2007, s/p).

Dessa maneira, o corpo de delito consubstancia todos os vestígios deixados no local do crime. Trata-se da análise técnica e profissional desses vestígios, sendo seu principal objetivo demonstrar a existência do crime, ou seja, a própria materialidade. Sob o mesmo ponto de vista, Tourinho Filho argumenta que “quando a infração deixa vestígios, é necessário o exame de corpo de delito, isto é, a comprovação dos vestígios materiais por ela deixados torna-se indispensável.” (TOURINHO FILHO, 2009, p. 256).

O exame do corpo de delito direto é feito sobre o próprio cadáver, é a prova direta do fato, realizado pelo perito criminal, sendo a perícia feita nos vestígios

materiais deixados pelo crime, estando previsto no artigo 158 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Já o exame de corpo de delito indireto caracteriza-se como uma análise sobre o fato, raciocínio dedutivo, podendo ser descrito por testemunhas, como previsto no próprio artigo 167 do Código de Processo Penal Brasileiro. Incide ainda sobre os vestígios e indícios deixados e envolve uma reprodução do que realmente aconteceu. Mesmo sendo uma prova indireta, o indício detém a mesma valoração das outras provas existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, por exame de corpo de delito indireto entende-se aquele feito por

[...] raciocínio dedutivo sobre um fato retratado por testemunhas, por não se ter a possibilidade do uso da forma direta. [...] O exame de corpo de delito indireto somente é admissível quando for 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, sonogado 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. Quando isso ocorre, os peritos podem, por meio de depoimentos, filmes, fotografias, objetos encontrados, fazer o exame pericial denominado indireto. (MOSSIN, 2013, p. 411).

Coleciona-se, a respeito, o entendimento jurisprudencial da Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Maria Thereza de Assis Moura:

(STJ, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 13/11/2007, T6 - SEXTA TURMA). HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO E OUTROS CRIMES. MATERIALIDADE. EXAME DE CORPO DE DELITO. AUSÊNCIA DE CADÁVER. PRESCINDIBILIDADE FRENTE A OUTRAS PROVAS. O exame de corpo de delito, embora importante à comprovação nos delitos de resultado, não se mostra imprescindível, por si só, à comprovação da materialidade do crime. No caso vertente, em que os supostos homicídios têm por característica a ocultação dos corpos, a existência de prova testemunhal e outras podem servir ao intuito de fundamentar a abertura da ação penal, desde que se mostrem razoáveis no plano do convencimento do julgador, que é o que consagrou a instância a quo. Ordem denegada. (STJ, 2007).

Nos delitos dolosos contra a vida, quando o crime for consumado, é imprescindível a confecção de exame necroscópico ou de atestado das lesões sofridas pela vítima, quando se tratar de tentativa cruenta, conforme está determinado no art. 158 do CPP (BRASIL, 1941).

Campos explica ainda que, sem os devidos laudos ajuntados aos autos:

[...] não é possível juridicamente pronunciar-se o imputado, podendo, é claro, supri-los a confecção de exame de corpo de delito indireto (confeccionado por prova testemunhal ou qualquer outra), quando impossível fisicamente o direto, como na hipótese de um corpo incinerado ou jogado ao mar (art. 167 do CPP). (CAMPOS, 2015, p. 99).

Em complemento, Gomes explica que essa regra processual existe exatamente para evitar a impunidade; pois do contrário, se a lei não previsse a possibilidade de confecção de prova mesmo na ausência da possibilidade de realização do exame de corpo de delito, bastaria a matar a vítima e fazer desaparecer o seu corpo, o que garantiria a impunidade do criminoso.

No entanto, Campos adverte sobre uma brecha legal, que trata de substituir o exame de corpo de delito direto pelo indireto, salientando que este só se aplica quando, pela própria natureza do crime, se torna impossível a análise dos vestígios do crime, que tenham desaparecido (CAMPOS, 2015). Em função disso, se torna possível realizar a pronúncia naquelas situações em que o corpo da vítima do crime doloso contra a vida não é encontrado, bastando para isso que a prova da materialidade delitiva seja trazida pelo laudo de exame de corpo de delito indireto, como prevê o citado art. 167 do CPP (BRASIL, 1941).

Considerando a literalidade do dispositivo referido, o exame de corpo de delito direto poderia ser suprido unicamente pela prova testemunhal, formando o exame de corpo de delito indireto, entendemos que se mostra necessária uma interpretação extensiva do dispositivo, a fim de abarcar qualquer prova lícita como comprovadora da materialidade delitiva.

Mossin cita as considerações feitas por Ricardo Levene ressaltando que:

É errôneo limitar o conceito de corpo de delito a seu aspecto material, concreto, objetivo, ou sob vestígios materiais, pois com esse critério não seria possível dar por provado o fato delituoso quando se subtraísse algum efeito que logo se consuma ou se der morte a uma pessoa e fizesse desaparecer o cadáver. Por isso, a moderna corrente o considera como critério racional, como o conjunto de todos os aspectos ou circunstâncias que integram e exteriorizam o fato delituoso, ou como a reconstrução de seus elementos materiais, ou como a realidade externa da infração; é dizer, todos os episódios de sua realização externa. (LEVENE apud MOSSIN, 2013, p. 410).

O regramento processual que tem por base o art. 158 do Código de Processo Penal é tão absoluto, que o legislador não permite a substituição do corpo de delito direto e indireto pela confissão do acusado, porque “a confissão do acusado não tem

o condão de suprir a necessidade da constatação material da infração típica, que deve ser comprovada e demonstrada de modo inequívoco por ato processual próprio confeccionado por experto.” (MOSSIN, 2013, p. 411).

O autor segue explicando que a confissão pode ser obtida por meio ilícito ou ainda, mesmo que de modo voluntário, pode não corresponder ao que de fato aconteceu. Assim, a prova, quanto à materialidade, deve eliminar as dúvidas, seja pela exata administração da Justiça, seja por evitar eventual erro judiciário (MOSSIN, 2013).

Com relação ao exame necroscópico, que é chamado pelo Código de Processo Penal de “autópsia”, este ocorre mediante o “exame de corpo de delito direto” (art. 6º, VII), previsto expressamente no art. 162, caput, cujo *thema probandum*, em caso de homicídio consumado, é a etiologia da morte, vinculando-a à ação ou omissão de alguém (BRASIL, 1941).

Bonfim destaca que se persegue, assim, via pericial, precipuamente a causa mortis: concluindo esta pela ocorrência de um *homicidium dolosum*, provada estará a materialidade delitiva, suporte indispensável para o decreto de prisão preventiva (art. 312) e, bem como, para assentar-se a sentença de pronúncia, a teor do art. 413 (BONFIM, 2015).

Porém este exame não será possível em todos os casos, como naqueles em que há a ausência da prova material, por exemplo, quando o corpo da vítima é transformado em cinzas e essas são jogadas no mar, desaparecendo os vestígios, nesse caso será aplicado o artigo 167 do Código de Processo Penal, observando-se que o laudo do exame necroscópico será substituído pelo exame indireto de corpo de delito que será realizado por meio de prova testemunhal (BRASIL, 1941).

O artigo 167 do Código de Processo Penal determina que “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.” (BRASIL, 1941).

E Mossin reforça, afirmando que: “a substituição da prova pericial pela testemunhal somente será viável não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios.” (MOSSIN, 2013, p. 411-412).

Ainda sobre este aspecto Bonfim afirma que:

Ao delito de homicídio, como é sabido, exige-se o corpo de delito direto (regra dos arts. 158 e 564, III, b, do CPP) porque tratante de *delicta facti permanentis*; nesse sentido, deixando vestígios a infração, indispensável o

corpo de delito “direto”, admitindo-se-o, indiretamente, se impossível a materialização da primeira exigência (art. 167). (BONFIM, 2015, p. 106).

A legislação processual penal, portanto, admite a persecução criminal mesmo quando não se possui a prova pericial - como o exame de corpo de delito direto, por exemplo -, sendo suficiente, neste caso, a presença de um conjunto probatório concreto e harmônico, que consiga conduzir ao juízo do fato concreto. Sobre este aspecto trata o próximo item, ao discutir a condenação por homicídio mesmo sem o cadáver da vítima.

3.2 A CONDENAÇÃO POR HOMICÍDIO LASTREADA EM PROVA INDIRETA EM CASOS DE HOMICÍDIO SEM CADÁVER

Francesco Carrara era categórico ao afirmar que: homicídio “somente com cadáver” (apud BONFIM, 2015, p. 105). No entanto, o autor menciona que Irureta Goyena, idealizador do Código Penal Uruguaio de 1933, buscou na doutrina italiana justificativa para criminalização de um homicídio cometido nas águas do Rio Uruguai em que havia a certeza moral do crime (via da prova testemunhal), em uma situação na qual, porém, não se localizava o cadáver. Sobre este caso, Bonfim explica:

Resumiu tal magistério com a possibilidade da prova indireta do delito (via de testemunhas oculares, ofertantes da certeza absoluta), porque não haveria de confundir-se – e esta foi a solução comungada por Hungria no Brasil – “o corpo de delito” com o “corpo da vítima”. (BONFIM, 2015, p. 107).

O que indica que existem casos, em verdade, como por exemplo, homicídio cometido com emprego de explosivo, acarretando a destruição total do cadáver, ou cremendo-se o corpo do ofendido e dispersando-se as cinzas, em que se torna impossível sequer a localização da vítima, ou dos restos cadavéricos, e muito menos a realização dos devidos exames periciais.

Bonfim menciona que a lição, já foi mais clara na legislação brasileira, quando o art. 47 da Lei n. 261, de 03/12/1841 previa que:

Nos crimes que não deixam vestígios, ou de que se tiver notícia quando os vestígios já não existem, e não se possa verificar ocularmente por um ou mais peritos, pode-se formar o processo independente de inquirição especial para corpo de delito, sendo no sumário inquiridas testemunhas, não só a respeito da existência do delito e suas circunstâncias, como também acerca do delinquente. (BRASIL, 1941).

Assim, a ausência de exame de corpo de delito, só por isso não se inviabiliza o início da ação penal, quando presente, ao menos, a *opinio delicti*. Depois então, para uma eventual preventiva ou pronúncia, ainda que faltante o “cadáver” para a realização de exame de corpo de delito direto, via de perícia; é que se tornaria necessária, em contrapartida, a certeza moral. Esta é a certeza subjetiva que enseja a certeza jurídica ou legal, necessária para o reconhecimento da materialidade: leia-se, o corpo de delito.

O penalista Damásio de Jesus, no artigo intitulado “Crime de Homicídio sem cadáver”, disponibilizado Informativo 138, do Ministério Público do Paraná, explica de modo didático que os crimes podem ser transeuntes e não transeuntes. Os primeiros são os que não deixam vestígios materiais, como a injúria e o desacato verbais; nos últimos, eles subsistem, como no homicídio, incêndio e injúria impressa (apud CUBAS JÚNIOR; GASPARI, 2010).

Jesus segue destacando que o fato típico, nos delitos materiais, é composto, além de outros requisitos, de conduta e resultado naturalístico. No homicídio, há eventos jurídico e material: a perda da vida é o resultado jurídico e a morte, o material. Deste modo, de acordo com o penalista Jesus, sempre que o crime deixar vestígios será exigido o exame de corpo de delito, o qual, como já mencionado, pode ser direto ou indireto. O art. 158 do CPP determina como sendo imprescindível o exame de corpo de delito, como prova direta, nos casos em que se tiver o corpo da vítima. No entanto, permite, por meio do art. 167 do CPP, que se realize prova indireta, por meio de prova testemunhal, por exemplo, na ausência do corpo. Neste caso, a prova indireta, obtida por meio de outros elementos de convicção, é suficiente para garantir a validade processual (apud CUBAS JÚNIOR; GASPARI, 2010).

Sobre a ausência de vestígios, João Romeiro, já expressava:

Quanto aos delitos de fatos permanentes, convém notar que, se é certo que se deve empregar o maior cuidado em descobrir os vestígios deixados sobre a pessoa ou coisa sobre que recai a ação, não se pode de forma alguma admitir que a ausência de vestígios materiais possa assegurar a impunidade a um acusado, cuja culpabilidade esteja esclarecida por testemunhas diretas. (ROMEIRO, 1905, p. 79-80).

Diante dos assuntos abordados, em relação ao crime de homicídio sem cadáver, diante da impossibilidade lógica de realização de exame de corpo de delito

direto, o exame no próprio cadáver, estuda-se a possibilidade de o acusado ser condenado sem que o cadáver da vítima seja encontrado.

No que tange à temática, deve-se observar, necessariamente, a regra do precitado art. 158 do Código de Processo Penal Brasileiro, o qual dispõe expressamente que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.” (BRASIL, 1941).

Nesse caso a discussão maior se trava em relação à possibilidade de condenação do acusado pela prática do delito. Conforme exposto anteriormente, o exame do corpo de delito poderá ser feito indiretamente, ou seja, por meio do exame de vestígios - destacando-se o disposto no disposto no artigo 167 do Código de Processo Penal Brasileiro, o qual dispõe que, “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.” (BRASIL, 1941).

Sendo necessário, em tais hipóteses, elementos e provas necessárias para que o acusado seja condenado e existindo grande repercussão social em relação à possibilidade de que isso não venha a ocorrer em razão do rigor da formalidade procedimental, surgem dois importantes posicionamentos estabelecidos em casos nos quais há ocultação ou não localização do cadáver da vítima. De acordo com Aury Lopes Jr.:

Situação bastante complexa, e que eventualmente ocupa os tribunais brasileiros, é a (im) possibilidade de condenação pelo crime de homicídio quando não se encontra o cadáver da vítima (corpo de delito). A ocultação do cadáver (muitas vezes levada a cabo pelo próprio autor do homicídio) impossibilita o exame direto. Contudo, é predominante a jurisprudência brasileira no sentido de admitir o exame de corpo de delito indireto, consubstanciado em prova testemunhal suficiente, aliada, em alguns casos, à prova pericial feita em armas ou vestígios de sangue, cabelos, tecidos etc. encontrados no local do crime ou até mesmo no carro utilizado pelo réu para transportar o corpo. (LOPES JR., 2010, p.163).

O primeiro posicionamento sustenta a admissibilidade da condenação do acusado, fundamentada na comprovação da materialidade mediante prova indiciária. Neste sentido, Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha conceitua prova indiciária como “a que tem por fundamento indícios, vestígios, sinais ou circunstâncias

relativas a um fato conhecido e que, por dedução leve à descoberta sobre o fato probando.” (ARANHA, 2006).

Entende-se que os indícios encontrados são prova da materialidade do delito, comprovados como tal, devendo o Juízo julgar conforme seu convencimento e com base no ordenamento jurídico, que como citado, adere o exame de corpo de delito indireto, conferindo valor probante a vestígios e rastros deixados.

A admissibilidade da condenação pela prática do delito a partir do exame de corpo de delito indireto, constituído por indícios, gera segurança e credibilidade social, pois, garante a punibilidade do autor do crime. Do contrário, a rigor, o próprio sistema processual estaria estimulando a ocultação ou destruição do cadáver, pelo homicida.

Em suma, a primeira linha doutrinária em estudo sustenta que o acusado deve ser absolvido em caso de ausência de materialidade, exigindo, porém, que sejam esgotados todos os meios de comprovação, diretos e indiretos. Os últimos, ainda, deverão ser claros e convincentes, não deixando dúvidas em relação à materialidade do delito, mesmo em casos nos quais não ocorra a localização do cadáver. Portanto, entende-se admissível que o acusado seja condenado pela prática do crime de homicídio quando ausente o cadáver na cena do crime, desde que não parem incertezas sobre a prática delituosa.

Entretanto, por outro lado, existem doutrinadores que entendem não ser possível a condenação do acusado pela prática do delito quando não realizado o exame cadavérico, argumentando que a condenação só seria possível mediante prova certa e concreta, que neste caso, seria o corpo da vítima, não aceitando ser possível tal condenação somente pelos indícios ou pela probabilidade do acontecimento. Neste sentido, Nucci posiciona-se afirmando enfaticamente:

Entendemos não haver a possibilidade legal de se comprovar a materialidade de um crime, que deixa vestígios, por meros indícios. A lei foi clara ao estipular a necessidade de se formar o corpo de delito prova da existência do crime através de exame (art. 158), direto (perito examinando o rastro) ou indireto (peritos examinando outras provas, que compõem o rastro deixado; nesta hipótese, até mesmo o exame de DNA, comprovando ser o sangue da vítima o material encontrado nas vestes do réu ou em seu carro ou casa, pode auxiliar a formação da materialidade). Na falta do exame de corpo de delito feito por perito oficial ou peritos nomeados pelo juiz porque os vestígios desapareceram, a única saída viável é a produção

de prova testemunhal a respeito, como consta no art. 167 do CPP. Ocorre que a interpretação a ser dada à colheita de testemunhos não pode ser larga o suficiente, de modo a esvaziar a garantia de que a existência de um delito fique realmente demonstrada no processo penal. Assim, quando a lei autoriza que o exame seja suprido por prova testemunhal está a sinalizar que o crime tenha sido assistido, integralmente ou parte dele, por pessoas idôneas. Estas, substituindo a atividade pericial, poderão narrar o evento. Exemplificando, se pessoas presenciam um aparente homicídio, observando que o réu atirou várias vezes contra a vítima e depois lançou seu corpo de uma enorme ribanceira, caindo num caudaloso rio e desaparecendo, poderão narrar tal fato ao magistrado. A prova do corpo de delito se constitui indiretamente, isto é, através de testemunhas idôneas que tenham visto a ação de matar e, em seguida, a de sumir com o corpo do ofendido, embora não possam, certamente, atestar a morte, com a mesma precisão pericial. As probabilidades, nesse caso, estão em favor da constituição da materialidade, pois a vítima não somente levou tiros, como caiu de um despenhadeiro, com pouquíssimas chances de sobrevivência. Não nos parece cabível, no entanto, que testemunhas possam suprir o exame de corpo de delito, declarando apenas que a vítima desapareceu, sem deixar notícia, bem como que determinada pessoa tinha motivos para matá-la.

[...]

Segundo nos parece, jamais a materialidade do crime de homicídio poderia ter sido formada com a união de vários indícios, todos frágeis, sem qualquer formação indutiva da existência de tão grave delito. Para a substituição do exame de corpo de delito, imposto por lei, necessitar-se-ia da prova testemunhal, que é meio de prova indireto, como determina a lei. Não nos parece tenham sido obtidos, no caso narrado pelo autor, depoimentos consistentes comprovando a ocorrência da morte da vítima. Por isso, cremos [...] que a prova indiciária (meio de prova indireto) é, de todas, a mais frágil para a composição da materialidade do delito. A lei estipulou que a prova testemunhal pode suprir o exame de corpo de delito, querendo com isso dizer que o crime ou fato relevante a ele relacionado, como alguém arrastando o corpo, no caso de homicídio precisa ter sido visto por alguém, que, então, possa reproduzi-lo em juízo. Afóra essa possibilidade, outras provas carecem de consistência para a formação da materialidade, gerando dúvida intransponível, merecedora de gerar a absolvição de qualquer acusado, em homenagem ao mais forte dos princípios processuais penais: *in dubio pro reo*. (NUCCI, 2010, p. 507-510).

Em sentido semelhante é o argumento apresentado por Nicola Framino Dei Malesta, em relação à inadmissibilidade da prova indireta do crime de homicídio sem cadáver, que expõe:

Num sentido mais restrito e determinado, que é o sentido próprio a ser dado à distinção, são delitos de fato permanente os em cuja essência de fato entra, como condição, uma materialidade permanente, sem a qual o delito especificamente não subsiste: tais delitos são sempre de fato permanentes. Assim, se não existe um homem morto, não existe homicídio; e o homicídio é sempre delito de permanente. São delitos que não se compreendem sem um dado evento material permanente, distinto da ação humana: a ação criminosa, passageira por sua natureza, desaparece, fica o evento exterior. Está nesta materialidade exterior, que não desaparece com a ação, a permanência do delito: fica o cadáver, como permanência do homicídio; fica a casa queimada, como permanência do incêndio; fica a nota falsa, como permanência da falsificação. (MALATESTA, 1996, p. 608).

Alegam, em síntese, os defensores desta segunda corrente doutrinária, que no crime de homicídio a exigência do cadáver, e a consequente realização do exame corpo de delito direto, garante segurança jurídica, pois prova cabalmente a materialidade do delito e evita o cometimento de erros judiciários que podem advir da prova indiciária. Trata-se, a rigor, de medida de alcance da justiça material, evitando-se os perigos da prova indiciária, que por vezes pode se apartar da verdade real.

No tópico seguinte, analisa-se o posicionamento jurisprudencial brasileiro em relação à temática, encaminhando-se a conclusão do trabalho de pesquisa acadêmica.

3.3 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AO ART. 167 DO CPP

Neste item faz-se uma breve pesquisa jurisprudencial em torno do tema em tela, de modo a verificar, em especial, como tem sido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal com relação ao artigo 167 do CPP, considerando homicídios em que não se teve a possibilidade de realização do exame de corpo de delito, em função da ausência do corpo. Deste modo, buscando corroborar com o artigo 167 do CPP, cita-se o julgado do Superior Tribunal Federal.

HABEAS CORPUS, TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL, PEDIDO, REJEIÇÃO, EXAME DE CORPO DE DELITO, IMPOSSIBILIDADE, PROVA TESTEMUNHAL, SUPRIMENTO. CRIME, HOMICÍDIO QUALIFICADO, OCULTAÇÃO DE CADAVER. PP0961 PROVA TESTEMUNHAL, CRIMINAL, SUPRIMENTO DE EXAME DE CORPO DE DELITO. PROCESSO PENAL. O ART. 158 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EXIGE EXAME DE CORPO DE DELITO DIRETO OU INDIRETO, QUANDO A INFRAÇÃO DEIXAR VESTÍGIO; MAS O ART. 167 LHE CONTEMPERA O RIGOR, DIZENDO QUE, QUANDO NÃO FOR POSSÍVEL O EXAME DO CORPO DE DELITO, POR HAVEREM DESAPARECIDOS OS VESTÍGIOS, A PROVA TESTEMUNHAL PODERIA SUPRIR-LHE A FALTA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RTJ, 89/110). 3. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL REJEITADA. (STF, 1982)

Nesta decisão, verifica-se que a situação de inexistência de vestígios impossibilitou a realização do exame do corpo de delito, situação em que, com base no art. 167 do CPP, a prova testemunhal supriu a falta do exame no cadáver.

Damásio de Jesus, considerando a doutrina, conclui que é possível a comprovação da materialidade no crime de homicídio, mesmo sem a localização do corpo da vítima (apud CUBAS JÚNIOR; GASPARI, 2010).

Coleciona-se, a respeito, o entendimento jurisprudencial a respeito da possibilidade de comprovação do homicídio e da culpabilidade mesmo sem que seja encontrado o cadáver, ou seja, sem a realização do exame de corpo de delito, como expõe a Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

(STJ, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 13/11/2007, T6 - SEXTA TURMA). HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO E OUTROS CRIMES. MATERIALIDADE. EXAME DE CORPO DE DELITO. AUSÊNCIA DE CADÁVER. PRESCINDIBILIDADE FRENTE A OUTRAS PROVAS. O exame de corpo de delito, embora importante à comprovação nos delitos de resultado, não se mostra imprescindível, por si só, à comprovação da materialidade do crime. No caso vertente, em que os supostos homicídios têm por característica a ocultação dos corpos, a existência de prova testemunhal e outras podem servir ao intuito de fundamentar a abertura da ação penal, desde que se mostrem razoáveis no plano do convencimento do julgador, que é o que consagrou a instância a quo. Ordem denegada. (STJ, 2007).

Analisando a ementa acima transcrita, observa-se que Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura destaca a condição de que determinados crimes de homicídio têm exatamente a peculiaridade da ocultação do corpo da vítima, de modo a dificultar a materialidade delituosa. No entanto, nestes casos, o exame do corpo de delito pode ser substituído por prova testemunhal, garantindo assim, que o criminoso não saia impune por falta de provas.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL E DISSIMULAÇÃO. ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. PRISÃO PREVENTIVA. MANUTENÇÃO EM SEDE DE PRONÚNCIA. EXISTÊNCIA DOS CRIMES. ALEGADA FALTA DE EXAME DE CORPO DE DELITO PARA A COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE. DESNECESSIDADE. DESAPARECIMENTO DOS VESTÍGIOS. POSSIBILIDADE DE SUPRIMENTO DO EXAME TÉCNICO POR PROVA TESTEMUNHAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 167 DO CPP. FRAGILIDADE DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA. 1. Embora o homicídio seja crime de resultado, daqueles que deixam vestígios, a ausência do exame de corpo de delito não é de molde a afastar a materialidade delitiva, especialmente nos casos em que há a imputação do crime de ocultação do cadáver. Precedentes deste STJ. 2. Da leitura dos artigos 158 e 167 do Código de Processo Penal, extrai-se que a perícia somente é essencial para comprovar a materialidade delitiva quando o crime deixa vestígios, admitindo-se a prova testemunhal quando estes não estiverem mais presentes ou quando houverem desaparecido, naturalmente

ou por ação humana. 3. A tese de fragilidade das provas quanto à materialidade delitiva e à participação do acusado nos crimes em exame é questão que não pode ser dirimida em sede de recurso ordinário em habeas corpus, por demandar o reexame aprofundado dos elementos coletados no curso da instrução criminal, vedado na via sumária eleita. SEGREGAÇÃO CAUTELAR. CIRCUNSTÂNCIAS DOS CRIMES. GRAVIDADE CONCRETA. CONDIÇÃO DE POLICIAL MILITAR DO RÉU. PRONÚNCIA POR OUTRO HOMICÍDIO. REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. TEMOR DE TESTEMUNHAS E CONDIÇÃO FUNCIONAL DO AGENTE. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Não há falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta dos delitos em tese praticados e da periculosidade efetiva do agente envolvido, bem demonstradas pelas circunstâncias em que ocorridos os fatos criminosos e pela sua condição de policial militar. 2. A segregação mostra-se necessária também para fazer cessar a reiteração criminosa, quando constatado que o réu encontra-se pronunciado por outro homicídio, circunstância que revela a propensão a atividades ilícitas, demonstrando a periculosidade e a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir. 3. O enclausuramento antecipado mostra-se justificado, ainda, para a conveniência da instrução criminal, quando há notícias do temor das testemunhas, dada a forma como acontecidos os crimes e a condição de militar do agente. 4. Recurso improvido. (RHC 38.777/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 10/10/2013).

No julgado transcrito, novamente se verifica que a impossibilidade de realização do exame do corpo de delito, não foi motivador para a impunidade do réu, destacando a condição de que, considerando o exposto nos art. 158 e 167 do CPP, a perícia somente é essencial para comprovar a materialidade delitiva quando o crime deixa vestígios. No entanto, quando não se tem os tais vestígios, admite-se a prova testemunhal.

CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. AUSÊNCIA DE LAUDO COMPROBATÓRIO DA MATERIALIDADE.

IRRELEVÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

I. Havendo nos autos outros meios de provas capazes de levar ao convencimento do julgador, não há falar em nulidade processual por ausência do exame de corpo de delito.

II. A impetração não conseguiu ilidir a prova da materialidade nem os indícios de autoria, não restando evidenciada qualquer ausência de suporte probatório para o oferecimento da exordial acusatória.

III. O trancamento da ação penal, por falta de justa causa, só é possível quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, hipóteses não verificadas no caso dos autos.

IV. Ordem denegada.

(HC 39.778/ES, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2005, DJ 30/05/2005, p. 400).

A jurisprudência em análise demonstra, mais uma vez, a compreensão por parte do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, se houver outros meios de provas capazes de convencer o julgador da culpa do réu, não cabe a nulidade processual em função da falta do exame de corpo de delito, entendimento que tem sido defendido por diversos doutrinadores, como se pode constatar ao longo da produção do presente trabalho.

A partir da pesquisa jurisprudencial, pode-se comprovar o afirmado por Jesus que referiu a situação de que os Tribunais brasileiros - em se tratando de aceitar a prova indireta, como o testemunho, nos casos em que não se tenham vestígios para a realização do exame de corpo de delito - tem entendido que, nos delitos de conduta e resultado, desde que desaparecidos os vestígios da existência do objeto material, a prova testemunhal pode suprir o auto de corpo de delito direto, já que, a inexistência dos vestígios, motiva a admissão de outras provas indiretas (apud CUBAS JÚNIOR; GASPARI, 2010).

Desta feita, considerando a jurisprudência transcrita, pode-se verificar o fato, de que prevalece o entendimento do Supremo Tribunal Federal a condição de que um crime de homicídio não pode ficar impune somente porque o homicida escondeu ou destruiu o corpo da vítima, para ninguém nunca o encontrar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho foi desenvolvido sobre o tema da comprovação da materialidade no crime de homicídio quando não realizado o exame do corpo de delito direto, delimitando-se aos casos de cadáver oculto ou não encontrado, de modo a responder à questão problema norteadora, de que se existe a possibilidade de o acusado ser condenado pela prática do crime de homicídio quando ausente o exame do corpo de delito direto. Tratou inicialmente do crime de homicídio, o qual está presente desde os tempos mais remotos na História da Humanidade. No Direito Penal brasileiro, o homicídio é classificado como crime que produz resultado, material, de forma que, o seu tipo descreve a conduta do acusado e o resultado, que é a morte da vítima. Além disso, observou que o ordenamento jurídico brasileiro caracteriza e diferencia os tipos de homicídio doloso do culposo; podendo o primeiro ser qualificado e privilegiado.

A condição do homicídio doloso é que o agente possua a intenção de matar a vítima ou assume o risco de matar. Já no homicídio culposo o resultado tem como base material uma conduta com imprudência, negligência ou imperícia.

O homicídio qualificado refere-se a determinados motivos, meios ou recursos empregados pelo agente, repercutindo em pena proporcionalmente mais grave do que no homicídio simples. Já o homicídio privilegiado ocorre em virtude de circunstâncias específicas que podem repercutir na diminuição de pena.

Em termos de materialidade, esta é fundamental para a propositura da ação penal, comprovando a ocorrência do crime de homicídio, já que se trata de um crime material, e como tal, precisa ser comprovado por meio de provas.

Provas são os instrumentos usados pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, sendo uma garantia constitucional do acusado.

Em função da condição de materialidade do homicídio, cabe a realização de exame de corpo de delito para provar a materialidade do crime de homicídio, conforme consta no artigo 158 do Código de Processo Penal.

A prova destina-se ao convencimento do juiz, sendo esta a sua finalidade. As partes podem ser consideradas como destinatários indiretos, pois precisam se convencer da verdade para que acolham a decisão. Seu objeto é coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, para que com base nessas informações ele possa emitir um juízo adequado. Todos os meios legais, morais e

legítimos, são admitidos para se obter as provas. A prova pode ser direta, que é a objetiva, imediata; e indireta, quando se exige o estudo, apreciação, dedução, sem que se tenha sua conclusão pronta. O ônus da prova não corresponde a nenhum direito subjetivo e, se o encarregado de realizar o ato não o fizer, apenas sofrerá com sua inércia ou ineficiência, sendo que, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.

O Código de Processo Penal consolida a importância da perícia no processo criminal, quando o crime deixa vestígios, exigindo neste caso o exame de corpo de delito. A prova pericial deve ser realizada por meio de métodos científicos, normalmente, representa um grande peso na decisão do magistrado. As provas periciais podem ser: o exame de corpo de delito; exame necroscópico; exame resíduo gráfico; e exame de lesões corporais.

Porém, no caso de inexistência de vestígios, aceita-se provas indiretas como o testemunho por exemplo.

Para que um determinado processo seja remetido para julgamento popular, é indispensável que se tenha a prova da materialidade delitiva, comprovando que o crime de fato aconteceu. Em se tratando do tema foco deste estudo, homicídio sem corpo, se constata que lei buscou garantir que esses crimes que não tenham deixado vestígios, não sejam impunes.

Assim, se há o cadáver resultado do homicídio, é realizado o exame do corpo de delito direto feito sobre o próprio cadáver. No entanto, em casos de ocultação ou desaparecimento do cadáver, aceita-se o exame de corpo de delito indireto que é feito a partir de uma análise sobre o fato, raciocínio dedutivo, podendo ser descrito por testemunhas.

Desta feita, respondendo à questão problema, pode-se afirmar, com base na legislação, doutrina e jurisprudência pesquisadas, que existe sim, a possibilidade de o acusado ser condenado pela prática do crime de homicídio quando ausente o exame do corpo de delito direto, a partir da aceitação de provas indiretas.

Com relação às hipóteses levantadas inicialmente, assim, conclui-se que a primeira hipótese (de que o Código de Processo Penal Brasileiro, em seu título VII – Da Prova –, ao tratar do exame do corpo de delito em seu capítulo II, admite que o exame da materialidade delituosa seja realizado de forma direta ou indireta, reservando-se esta última hipótese, especificamente, para situações nas quais o

autor de um homicídio promova a ocultação ou a destruição do corpo da vítima), foi plenamente confirmada.

A segunda hipótese - a qual sustentava que, diante da dicção legal expressa, é possível que o acusado pelo crime de homicídio venha a ser condenado sem que o cadáver da vítima seja encontrado, desde que a prova indireta afaste a incerteza sobre a prática delituosa - também foi confirmada.

O presente estudo mostrou-se muito interessante, colaborando para a evolução acadêmica, de modo que se sugere a realização de pesquisas futuras, considerando, por exemplo, casos emblemáticos, em que se teve a condenação dos réus mesmo sem a localização do corpo da vítima; já que não foi intenção do pesquisador, neste momento, esgotar o tema tratado.

REREFÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q.T de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 2:** parte especial: dos crimes contra a pessoa. 14ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

BONFIM, Edilson Mougenot. **Júri:** do inquérito ao plenário. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 1941.

_____. **Código Penal**. Brasília: Senado Federal, 1940.

_____. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Superior Tribunal De Justiça. **RHC N.º 79735 RJ**, Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Julgado em 13/11/2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8813169/habeas-corpus-hc-79735-rj-2007-0064833-9>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RHC N.º 60.270-3 PE**, Primeira Tuma. Relator: Ministro Alfredo Buzaid, Julgado em 24/10/1982. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=98942>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **HOMICÍDIO SEM CADÁVER:** o problema da viabilidade da imputação. Porto Alegre: 1º ed. Núria Fabris Ed., 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COSTA JÚNIOR. Paulo José da. **Curso de direito penal**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1991.

CUBA JÚNIOR, Ernani de Souza; GARPARI, Rosângela. **Informativo 138:** Ausência de Laudo - Irrelevância - Materialidade Comprovada. 2010. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=983>> Acesso em 30 mai. 2020.

GOMES, Márcio Schlee. **A prova indiciária no crime de homicídio:** lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

- GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral: Volume I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal: dos crimes contra a pessoa**. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- ITAGIBA, Ivair Nogueira. **Do homicídio**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual e sua conformidade constitucional**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 1996.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao Código de Processo Penal: à luz da doutrina e da jurisprudência, doutrina comparada**. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2010.
- OLIVEIRA, Manoel Gomes de. **A História do Delito de Homicídio**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9832>. Acesso em: 15 mar. 2019.
- RANGEL, Paulo. **DIREITO PROCESSUAL PENAL**. 23. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

ROLIM, Dalmir Teixeira. **Direito Romano: Criação da Lei das Doze Tábuas na República**, 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-romano-criacao-da-lei-das-doze-tabuas-na-republica,55891.html>>. Acesso em: 22 maio 2019.

ROMANO, Rogério Tadeu. A acusação de homicídio sem cadáver da vítima e uma longa prisão preventiva. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5010, 20 mar. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56117>. Acesso em: 09 jun. 2020.

ROMEIRO, João. **Dicionário de direito penal**. 1905.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. I.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.

_____. **Prática de processo penal**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Processo Penal**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.