

III - No caso concreto, o exame de alcoolemia não foi realizado por inexistência de equipamento apto na comarca, e não houve esclarecimento da razão pela qual não se fez o exame de sangue. Entretanto, foi realizado exame clínico. Desta forma, considerando que não houve a produção de prova em sentido contrário, é demasiadamente precipitado o trancamento da ação penal.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 06 de outubro de 2009. (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em benefício de ODAIR LUIZ ALVES, em face de acórdão proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul que denegou o **writ**.

Pelo que se depreende dos autos, o paciente foi denunciado pela prática do crime descrito no art. 306 da Lei 9.503/97 (CTB). Apresentou, perante a e. Corte **a quo, writ**, pleiteando trancamento da ação penal por ausência de justa causa. A ordem foi denegada em julgado assim ementado:

"HABEAS CORPUS - CONDUZIR VEÍCULO SOB EFEITO DE ÁLCOOL - PRELIMINAR - VIA INADEQUADA PREFACIAL QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO - PEDIDO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE - MATÉRIA FÁTICA - INADMISSIBILIDADE DE ANÁLISE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO ORDEM DENEGADA.

A preliminar de que o habeas corpus não é via adequada à análise de matéria fático-probatória, na hipótese, confunde-se com o mérito da impetração, e deve ser rejeitada.

Havendo em princípio, indícios de autoria e prova da materialidade, ainda que feita por meio de testemunhas, nos termos do art. 277, § 2º, do Código de Trânsito, com a redação que lhe deu a Lei n. 11.275/06, não há falar em trancamento da ação penal por ausência da materialidade" (fl. 66).

Daí o presente **habeas corpus**, em que se alega a ausência de justa causa para persecução penal, visto que não haveria prova da materialidade do crime do art. 306 do CTB, pois não houve a realização do exame de alcoolemia para demonstrar que no momento dos fatos a concentração de álcool no sangue do paciente era maior que 6 dg/l.

Liminar indeferida às fls. 71/72.

Informações prestadas às fls. 77 e 91/92.

A d. Subprocuradoria-Geral da República se manifestou em parecer assim ementado:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. EXAME DE TEOR ALCÓOLICO. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE EMBRIAGUEZ.

1. O fato de inexistir exame que comprove o teor alcoólico no sangue do paciente no momento em que dirigia veículo automotor, não é, por si só, razão a autorizar a rejeição da

denúncia, tendo em vista a existência de outros indícios no sentido da perfeita adequação da conduta investigada ao delito do art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro.

2. Ademais, qualquer entendimento em sentido contrário demandaria, inevitavelmente, o revolvimento de matéria fático-probatória, providência inviável em sede de habeas corpus.

3. Parecer pela denegação da ordem" (fl. 83).

É o relatório.

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 306 DO CTB. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUÇÃO PENAL. COMPROVAÇÃO DA EMBRIAGUEZ. EXAME DE ALCOOLEMIA NÃO REALIZADO POR AUSÊNCIA DE EQUIPAMENTOS NA COMARCA. REALIZAÇÃO DE EXAME CLÍNICO.

I - O trancamento da ação penal por meio do **habeas corpus** se situa no campo da excepcionalidade (**HC 901.320MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio**, DJU de 25/05/2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (**HC 87.324SP, Primeira Turma, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia**, DJU de 18/05/2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (**HC 91.634GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello**, DJU de 05/10/2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do **habeas corpus**, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (**RHC 88.139MG, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto**, DJU de 17/11/2006). **Na hipótese**, há, **com os dados existentes até aqui**, o mínimo de elementos que autorizam o prosseguimento da ação penal.

II - Para comprovação do crime do art. 306 do CTB, o exame de alcoolemia somente pode ser dispensado, nas hipóteses de impossibilidade de sua realização (ex: inexistência de equipamentos necessários na comarca ou recusa do acusado a se submeter ao exame), quando houver prova testemunhal ou exame clínico atestando indubitavelmente (prontamente perceptível) o estado de embriaguez. Nestas hipóteses, aplica-se o art. 167 do CPP.

III - No caso concreto, o exame de alcoolemia não foi realizado por inexistência de equipamento apto na comarca, e não houve esclarecimento da razão pela qual não se fez o exame de sangue. Entretanto, foi realizado exame clínico. Desta forma, considerando que não houve a produção de prova em sentido contrário, é demasiadamente precipitado o trancamento da ação penal.

Ordem denegada.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Busca-se no presente **writ**, em suma, o trancamento da ação ante a falta de justa causa, pois não houve a realização do exame de alcoolemia para comprovar que, no momento dos fatos, a concentração de álcool no sangue do paciente era igual ou superior a 6dg/l.

Ressalto, em primeiro lugar, que o trancamento da ação penal por meio do **habeas corpus** se situa no campo da excepcionalidade (HC 901.320/MG, **Primeira Turma**, Rel. **Min. Marco Aurélio**, DJU de 25/05/2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC 87.324/SP, **Primeira Turma**, Rel.^a **Min.^a Cármen Lúcia**, DJU de 18/05/2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC 91.634/GO, **Segunda Turma**, Rel. **Min. Celso de Mello**, DJU de 05/10/2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do **habeas corpus**, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC 88.139/MG, **Primeira Turma**, Rel. **Min. Carlos Britto**, DJU de 17/11/2006), o que não é o caso apresentado nos autos.

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

O Código de Processo Penal ao tratar das provas em espécie, após as disposições gerais sobre a matéria, reserva o Capítulo II do Título DA PROVA ao exame do corpo de delito e das perícias em geral o que demonstra que o legislador deu um tratamento diferenciado a este meio de prova (**Marcellus Polastri Lima in "A Prova Penal"**, Coleção Direito Processual Penal, Ed. Lumen Juris, 2ª edição, 2003, pág. 81). Com efeito, conforme observa **Fernando da Costa Tourinho Filho**, no processo penal os exames periciais tem natureza diversificada (v.g.: insanidade mental, dos instrumentos do crime, cadavérico, etc.), mas de todas as perícias, a mais destacada é a do **exame do corpo de delito**, a que o legislador deu especial realce (**in** Processo Penal, volume 3, Ed. Saraiva, 27ª edição, 2005, pág. 246).

Na clássica afirmativa de **João Mendes Júnior** "*corpo de delito é o conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso. Corpo é toda a substância formada por elementos sensíveis, ou melhor de partes elementares dispostas e conjuntas. Elementos sensíveis são aqueles princípios produtores que podem afetar os sentidos, isto é, que podem ser percebidos pela vista ou pelo ouvido ou pelo ato ou pelo gosto ou pelo olfato. São também chamados*

elementos físicos ou materiais não só por sua natureza, como porque constituem a força física ou resultam do movimento da força física. Ora, não há delito sem que um movimento da força física que o causa e sem um resultado desse movimento. Quer esse movimento, quer esse resultado, se resolvem em elementos que podem ser percebidos pelos sentidos, elementos que, dispostos e conjuntos, constituem o fato criminoso e o dano causado. A observação e a recomposição desses elementos sensíveis do fato criminoso, eis o que se chama formar o corpo de delito.”(in Processo Criminal Brasileiro, Volume 2, pág. 7).

Segundo **Tubenchlak** (in "Teoria do Crime", Forense, 1978, p. 90), vale dizer, o **corpo de delito** é integrado por todos os elementos do **corpus criminis** (inclusive o objeto da ação, como no homicídio, no atentado ao pudor, etc, o sujeito passivo) e do **corpus instrumentorum** (v.g.:a gazua, a porta arrombada). O exame incide sobre o **corpus delicti**. Pode incidir sobre outros dados (indireto) e, **não sendo possível**, a prova testemunhal supre. Sobre o **exame do corpo de delito** assim dispõe o **art. 158** do Código de Processo Penal, **in verbis**:

"Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado."

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

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

Com efeito, parte da doutrina ressalta que tal previsão constitui um resquício do sistema já superado da prova legal ou da prova tarifada (**Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho** in "As Nulidades do Processo Penal", Ed. RT, 7ª edição, 2001, pág. 149). No mesmo sentido: **Sérgio Demoro Hamilton** in "Exame de Corpo de Delito. Realidade e mito" Temas de Processo Penal", Ed. Lumen Juris, pág. 163 e **Marcellus Polastri Lima** in "A Prova Penal", Coleção Direito Processual Penal, Ed. Lumen Juris, 2ª edição, 2003, pág. 85. Para **José Frederico Marques**, "*fora do sistema da prova legal, só um Código como o nosso, em que não há a menor sistematização científica, pode manter a exigibilidade do auto de corpo de delito sob pena de considerar-se nulo o processo.*" (in Elementos de Direito Processual Penal - Volume II, Ed. Millennium, 2ª edição,

2000, pág. 438). No mesmo sentido **Fernando Capez** in "Curso de Processo Penal", Ed. Saraiva, 11ª edição, 2004, págs. 294/295, senão vejamos: *"A regra do art. 158 do CPP, tornando obrigatória a realização do exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios, excepciona o princípio da livre apreciação da prova pelo juiz (CPP, art. 157), bem como o da verdade real. Trata-se de adoção excepcional do sistema da prova legal, não podendo o julgador buscar a verdade por nenhum outro meio de prova, seja pela confissão do acusado, robusta documentação ou depoimentos testemunhais idôneos, pois a lei se apega ao formalismo de exigir a prova pericial como único meio de comprovar a materialidade delitiva. Assim, quando possível a realização da perícia, a sua falta implica a nulidade de qualquer prova produzida em sua substituição (CPP, art. 564, III, b) e, por conseguinte, a absolvição do imputado com fundamento no art. 386, VI, do CPP."*

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

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

Marinoni) - tudo isto em: " O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal", Renovar, p. 209/210).

E, mais adiante:

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

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

Ainda no **punctum saliens**, diz **Aury Lopes Jr.** (in "Introdução Crítica ao Processo Penal", Lumen Juris Editora, 4ª ed., p. 273): *"Dessarte, há que se descobrir a origem e a finalidade do mito da verdade real: nasce na inquisição e, a partir daí, é usada para justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que " os fins justificam os meios".*

Por outra, a conjugação do **princípio do livre convencimento fundamentado** (ou da persuasão racional **ex vi** art. 157 do CPP) com a denominada busca da **verdade real** em sede processual, com as limitações estabelecidas pelo sistema, mereceu observação de **Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha** (in "Da Prova no Processo Penal", 7ª ed., Saraiva, p.82) de

que "o juiz tem a liberdade de avaliar as provas pela sua convicção, porém condicionado às colhidas no processo, às admitidas, às sujeitas a um juízo de credibilidade e de acordo com o valor legal, ser for o caso". A denominada **livre convicção**, a toda evidência, **não é absoluta**, ela é condicionada (em maior ou menor grau, dependendo do caso em si). Daí porque se diz que se trata de **persuasão racional** ou **livre convencimento fundamentado** (Leia-se: **fundamentado ex vi legis**). Caso contrário, posta a situação na forma vetusta, teríamos o seguinte quadro problemático citado por **Francisco das Neves Baptista, in verbis**: "*Se a decisão criminal está presa à verdade real, o jogador não tem liberdade alguma: incumbelhe decidir segundo essa verdade, se o julgador se pode convencer livremente, não está sujeito à verdade real, mas àquela de que se convencer*" (op. cit, p. 212).

Não há, pois, incompatibilidade entre o disposto no **art. 157** e o contido no **art. 158** do CPP. **Fernando da Costa Tourinho**, afirma, aí, a prudência do legislador em termos do **art. 158 do CPP** (in "Processo Penal, volume 3, Ed. Saraiva, 27ª edição, 2005, pág. 248). Assim, também, **Ronaldo Batista Pinto** in "Prova Penal Segundo a Jurisprudência", Ed. Saraiva, 2000, pág. 63, para quem "*pretendeu o legislador cercar-se de certas garantias contra acusações injustas*".

De fato, **v.g.**, o CPP, **em outros dispositivos**, ressalta mais ainda a importância dispensada ao **exame de corpo do delito**. Como exemplo podemos citar o **art. 525** que, ao tratar do processo e julgamento **dos crimes contra a propriedade imaterial**, dispõe que no caso de haver o crime deixado vestígio, a queixa ou a denúncia **não será recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituem o corpo de delito** (**Ronaldo Tanus Madeira** in "Da Prova e do Processo Penal", Ed. Lumen Juris, 2003, pág. 55).

Acerca do tema cito o seguinte precedente:

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

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

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

Recurso conhecido e provido."

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

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

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

Destarte, **mesmo que a materialidade esteja evidenciada diretamente por elemento constante dos autos (v.g.: o próprio documento falsificado)** não é possível prescindir-se do exame de corpo de delito (Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho in "As Nulidades do Processo Penal", Ed. RT, 7ª edição, 2001, pág. 150). **O exame de corpo de delito direto, portanto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido (Espínola Filho in "Código de Processo Penal Brasileiro Anotado", Volume II, Ed. Bookseller, pág. 502).** Além do mais, é de se atentar, **de vez**, para o contido nos **arts. 6, incisos I e II, 158, 167, 184 e 243 § 2º do CPP (até ad argumentandum)**.

Nesse sentido os seguintes precedentes do c. **Pretório Excelso**:

*"HABEAS CORPUS" - CRIME SEXUAL COMETIDO CONTRA VÍTIMA MENOR (CRIANÇA DE 7 ANOS) - EXAME DE CORPO DE DELITO INDIRETO - VALIDADE - PRESUNÇÃO LEGAL DE VIOLÊNCIA - ALEGAÇÃO DE FRAGILIDADE DAS PROVAS TESTEMUNHAIS - INDAGAÇÃO PROBATÓRIA EM TORNO DOS ELEMENTOS INSTRUTÓRIOS - INVIABILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO "HABEAS CORPUS" - PEDIDO INDEFERIDO. - Nos crimes contra a liberdade sexual cometidos mediante grave ameaça ou com violência presumida, não se impõe, necessariamente, o exame de corpo de delito direto, porque tais infrações penais, quando praticadas nessas circunstâncias (**com violência moral ou com violência ficta**), **nem sempre deixam vestígios materiais**. - O exame de corpo de delito indireto, fundado em prova testemunhal idônea e/ou em outros meios de prova consistentes (CPP, art. 167), revela-se legítimo (RTJ 63/836 - RTJ 81/110 - RT*

528/311), *desde que, por não mais subsistirem vestígios sensíveis do fato delituoso, não se viabilize a realização do exame direto. Precedentes. - Não cabem, na via sumaríssima do processo de "habeas corpus", o exame aprofundado e a revisão crítica dos elementos probatórios produzidos no processo penal de conhecimento. Precedentes. - A questão da prova e do depoimento infantil nos delitos contra a liberdade sexual: o exame desse tema pela jurisprudência dos Tribunais."*

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

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

(HC 72.283/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 09/06/1995).

"HABEAS-CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: FRAUDAR A FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA, INSERINDO ELEMENTOS INEXATOS, OU OMITINDO OPERAÇÃO DE QUALQUER NATUREZA, EM DOCUMENTO OU LIVRO EXIGIDO PELA LEI FISCAL. NULIDADES ALEGADAS: INVERSÃO PROCESSUAL MEDIANTE ABERTURA DE NOVA VISTA À ACUSAÇÃO APÓS AS ALEGAÇÕES FINAIS DA DEFESA; NÃO REALIZAÇÃO DO OBRIGATÓRIO EXAME DE CORPO DE DELITO; FALTA DE EXAME INTEGRAL, NA SENTENÇA E NO ACÓRDÃO, DAS TESES DA DEFESA, FICANDO À MARGEM DE FUNDAMENTAÇÃO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA DUAS DAS TRÊS CONDUTAS IMPUTADAS, QUE ESTARIAM AUTORIZADAS PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. 1. A inversão processual, falando antes a defesa e depois a acusação nas alegações finais (CPP, art. 500, I e III), implica em nulidade tanto quanto no caso da sustentação oral (RECrIm nº 91.661- MG, in RTJ 92/448), por ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Entretanto, quando a defesa argúi questão preliminar nas alegações finais, é legítima a abertura de vista e a manifestação do Ministério Público, ambos com respaldo legal na aplicação analógica do art. 327, primeira parte, do Código de Processo Civil, como previsto no art. 3º do Código de Processo Penal, pois em tal caso é de rigor que a outra parte se manifeste, em homenagem ao princípio do contraditório, cujo

*exercício não é monopólio da defesa. 2. A quem acusa cabe o ônus da prova (CPP, art. 156), devendo o Ministério Público requerer o exame de corpo de delito quando se tratar de infração que deixa vestígios, o qual não pode ser suprido, sequer, pela confissão (CPP, art. 158), sob pena de nulidade (CPP, art. 564, III, b). Esta norma tem por escopo trazer aos autos prova incontroversa da existência material do delito, providência que, entretanto, é supérflua quando, como no caso, o próprio **corpus delicti** veio aos autos. Precedentes. 3. Alegação de omissão na decisão condenatória por não ter examinado integralmente as teses da defesa, com fundamento em que duas das três condutas imputadas ao paciente poderiam ter amparo na legislação tributária. **Prima facie** a alegação naufraga em paralogismo, pois se há três condutas autônomas que tipificam um mesmo delito, da exclusão de duas delas remanesce uma, que é suficiente para embasar a condenação à pena mínima aplicada ao paciente. As teses defendidas pelos impetrantes para justificar as condutas típicas deveriam ter sido submetidas ao contencioso administrativo ou judicial, e não exercidas mediante alguma coisa parecida com o exercício arbitrário das próprias razões porque, quando em detrimento do fisco, configuram crime contra a ordem tributária, por expressa manifestação de vontade do legislador. De resto, quando a decisão acolhe fundamentadamente uma tese, afasta implicitamente as que com ela são incompatíveis, não sendo necessário o exame exaustivo de cada uma das que não foram acolhidas. 4. **Habeas-corpus** conhecido, mas indeferido."*

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

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

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

E, também desta Corte:

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

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

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

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

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

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

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

Estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal, porquanto o réu se defende daqueles fatos e não de sua capitulação inicial.

Ordem denegada."

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

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

ORDEM DENEGADA."

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

Hélio Tornaghi in "Curso de Processo Penal", 1980, Saraiva, V. I, p. 316 e 323, após distinguir o testemunho da perícia - esta como observação, **avaliação** e declaração, dando **opinião técnica**; **aquele**, como observação e declaração, **sem opinar** (art. 213 do CPP) - destaca que a falha na observação por prova pessoal (e até na hipótese de confissão) tem acarretado, **em crimes que deixam vestígio**, famosos erros ou quase **erros** judiciários. Por exemplo, em crime impossível (a ação pretensamente homicida, e confessada, realizada contra cadáver; infanticídio almejado, tendo, porém, a criança nascido morta; casos, pois,

específicos de **delito putativo por erro de tipo**), o que deixa clara a insuficiência da prova pessoal em casos tais. O mesmo se diga em **arrombamentos**, quando a **aparência** pode induzir em erros ou distorções da realidade (v.g., momento do arrombamento, se era, ou não, preexistente, etc.). **Vicente Greco Filho** in "Manual de Processo Penal", Saraiva, 1991, lembra, por seu turno, que o **art. 167 do CPP**, como uma exceção ou mitigação à garantia do acusado quanto à constatação dos vestígios por exame pericial, "*deve ser interpretado estritamente, impondo que se aplique, exclusivamente, à hipótese de desaparecimento natural ou por ação do próprio acusado, e não por inércia dos órgãos de persecução penal que atuam contra o eventual réu.*". **Tornaghi** enfatiza que a impossibilidade, na forma supra, do exame, pode ser suprido pelo exame indireto e, **por último**, pela prova testemunhal. (op.cit., p. 323). Portanto, **a imprescindibilidade do exame de corpo de delito, quando a infração penal deixar vestígios é uma decorrência de texto expresso de lei** (art. 158 do Código de Processo Penal). A inobservância dessa exigência - considerada indispensável pela própria lei processual penal - constitui circunstância bastante para determinar a nulidade do processo (art. 564, inciso III, letra b, do CPP). **A realização do exame de corpo de delito direto não fica, portanto, ao mero talante da autoridade, mas ao contrário, o exame de corpo de delito indireto, supletivo, por imposição legal, somente poderá substituir o direto, quando e somente quando, tiverem desaparecido os vestígios da infração penal.** Com efeito, se havia a possibilidade de se realizar o exame de corpo de delito direto, a omissão da autoridade em determiná-lo não pode ser suprida por nenhuma outra prova, sob pena de afronta à determinação expressa de lei - art. 158 do CPP. Nessa linha, também, é a lição de **Heleno Cláudio Fragoso** in "Jurisprudência Criminal" (1º Volume, Ed. Forense, 4ª edição, 1982, págs. 275/277), a saber:

"221. Exame de corpo de delito indireto

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

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

É certo que o corpo de delito direto pode ser suprido pelo indireto (art. 167), que se realiza através da prova testemunhal.

Duas são porém, as condições imprescindíveis: (a) - é indispensável que os vestígios tenham desaparecido; (b) - a prova testemunhal deve ser uniforme e categórica, de forma a excluir qualquer possibilidade de dúvida quanto à existência dos vestígios. Não se admite o corpo de delito indireto quando nenhum impedimento havia para a realização do exame:

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

"É imprescindível o corpo de delito direto. Se não se prova a impossibilidade de obtê-lo, nenhuma valia tem o indireto. A vítima que se recusa ao exame deve ser compeli da sob pena de desobediência" (TJ Distrito Federal, relator Des. José Duarte, RF 90/816). Cf. também RT 268/533.

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

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

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

A ausência do exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio implica em nulidade. Essa regra de nosso processo, que se destina a tornar certa a existência material do fato

punível, foi reafirmada pelo STF no HC 41.866, relator o eminente Min. Cândido Motta Filho, por unanimidade (RTJ 32/106)."

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

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

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

*O exame de corpo de delito indireto somente é admissível quando for 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 etc. Quando isso ocorre, os peritos podem, por meio de depoimentos, filmes, fotografias, objetos encontrados etc. fazer o exame pericial denominado indireto.*

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

O preceito é bastante prudente e coeso com a verdade real. A confissão do acusado não tem o condão de suprir a necessidade de constatação material da infração típica, que deve ser comprovada e demonstrada de modo inequívoco por ato processual próprio confeccionado por experto. Ademais, nada impede que a confissão seja obtida por meio ilícito ou, sendo voluntária, não corresponda á realidade, como acontece com o exemplo dado por Hélio Tornagui, quando a agente confessa um crime impossível: ter morto alguém que já era

cadáver quando a ação, supostamente criminosa, foi praticada. A prova quanto à materialidade deve conduzir à certeza, quer para a exata administração da Justiça, quer para evitar eventual erro judiciário. Daí por que a confissão não pode, ex abundantia, suprir a prova pericial.

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

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

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

"Caberia, no entanto, uma indagação: e se o exame direto for possível, e, mesmo assim, não for realizado, por inércia ou desídia da autoridade (ou, pelos mesmos motivos, for realizado de forma nula, vindo essa nulidade a ser proclamada), caberia o exame pela forma indireta? Entendemos que ocorrerá a nulidade do art. 564, inc. III, letra b, estando expressa ali a ressalva do art. 167, que - por sua vez - permite o exame indireto nas hipótese de "...haverem desaparecido os vestígios", e não por incúria da autoridade na sua realização. Também a realização de forma direta ou indireta não é opção ou escolha da autoridade, mas o indireto somente é possível quando desaparecidos os vestígios."

A injustificável falta do exame de corpo de delito, a par de constituir uma nulidade por força da lei, pode eventualmente ensejar, como conseqüência, a falta de prova essencial de materialidade do delito ou de circunstância qualificadora ou majorante. Tudo depende processualmente do caso em si. O que não pode acontecer é reconhecer-se, **como**

homenagem à suposta verdade real, algo como provado, quando em verdade, em termos legais, tal demonstração ino correu.

Dessarte, no caso de **comprovação da embriaguez do réu** no crime do art. 306 do CTB, a argumentação acima desenvolvida **não pode** ser olvidada.

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

Desse modo, tenho que para a configuração do crime de trânsito anteriormente mencionado a realização da perícia, **quando possível**, torna-se imprescindível.

Contudo uma importante ressalva há aqui que ser feita. Em diversos casos, a perícia não é realizada porque a comarca não dispõe dos equipamentos necessários, ou em razão de que o paciente não aceita se submeter aos exames de alcoolemia. Nestas hipóteses, é de se questionar: haveria outra forma de comprovar que a concentração de álcool no sangue do réu ultrapassava o limite legal?

Para solucionar tal questão, algumas consideração devem ser feitas.

O art. 306 do CTB considera crime a condução de veículo automotor por pessoa que está com a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 dg (o que se equivale a 0,75 ml/l). Acerca da relação da concentração de álcool no sangue com a embriaguez, observe-se os seguintes **excertos doutrinários**:

"De maneira genérica, uma concentração alcoólica de até 0,5 ml por litro de sangue permite concluir-se pelo estado de sobriedade; entre 0,6 e 1,5ml, não possibilita a afirmação de embriaguez, que, então, só poderá ser constatada pelo estado e comportamento do paciente (é a chamada embriaguez com ressalva); entre 1,6 e 3,0 ml, é tida como determinando embriaguez incompleta, em correspondência clínica com a fase de excitação; entre 3,1 e 5,0

*ml, faz com que se admita a embriaguez completa, a que corresponde, na clínica, a fase confusional; finalmente, acima de 5,0 ml, provoca o coma alcoólico, com sério perigo de êxito letal." (ZACHARIAS, Manif; ZACHARIAS, Elias. **Dicionário de Medicina Legal**. Curitiba: Educa, 1988, p. 138)*

*"Alguns autores consideram uma alcoolemia inferior a 0,5g por 1.000/ml, uma intoxicação inaparente; entre 0,5 e 2,0g por 1.000/ml, a presença de distúrbios tóxicos; e acima de 2,0g por 1.000/ml, o estado de embriaguez." (FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004, p. 320)*

Com base nos trechos acima transcritos, é possível concluir que a hipótese do sujeito que está sob efeito do álcool em tal intensidade que a embriaguez seja perceptível até mesmo por testemunhas **somente ocorre quando a concentração de álcool por litro de sangue é maior que o limite estabelecido pela lei**. Desta forma, é de se admitir a aplicação do art. 167 nas hipóteses em que **não foi possível a realização do exame** indicando a concentração de álcool no sangue, **mas há outros tipos de prova (testemunhas ou exame clínico) atestando indubitavelmente que o réu estava sob efeito de álcool**.

Destaca-se, ainda, que já houve decisão proferida nesta Corte (HC 123999, Decisão Monocrática proferida pela Min^a. **Laurita Vaz**, DJe de 03/02/09) no sentido de que são admissíveis outros meios de prova para a constatação da embriaguez além do bafômetro e do exame de sangue.

No caso concreto, o exame de alcoolemia não foi realizado porque não havia instrumento hábil (bafômetro) na comarca, e não houve o esclarecimento da razão pela qual não se fez o exame de sangue. Contudo, foi realizado exame clínico atestando a embriaguez. Desse modo, considerando que não há prova pré-constituída indicando a inoccorrência da embriaguez, concluí-se que há suficientes indícios da materialidade do crime, sendo demasiadamente precipitado o trancamento da ação penal.

Ante o exposto, voto pela denegação da ordem.