
**A AUSÊNCIA PRECOGNITIVA DO EXAME PERICIAL ÀS
INFRAÇÕES QUE DEIXAM VESTÍGIOS NO PROCESSO PENAL
FRENTE AO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA**

**THE PRECOGNITIVE ABSENCE OF EXPERT EXAMINATION TO
INFRINGEMENTS THAT LEAVE TRACES IN THE CRIMINAL
PROCEEDINGS AGAINST THE RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE**

André Angelo Rodrigues¹

Ana Larissa da Silva Brasil²

RESUMO

Segundo norma contida no Código de Processo Penal, é imprescindível a realização do exame de corpo de delito a todas as infrações que deixam vestígios. Caso não seja produzida esse exame pericial, o Código de Processo Penal determina que a situação se revestirá de nulidade. Ocorre que existem algumas teses defensivas na prática forense defendem que a ausência precognitiva de um laudo pericial às infrações que deixam vestígios é causa de ausência de justa causa para o exercício da ação penal, o que, por conseguinte, também seria causa de rejeição da peça acusatória, pois o autor da acusação não teria formulado uma pretensão com indícios suficientes de autoria e materialidade. Sob a ótica do acesso à justiça, a rejeição da denúncia seria um desrespeito a esse direito, pois sendo este um direito fundamental e estando a peça acusatória instruída com elementos mínimos da existência de autoria e materialidade, o sistema jurídico deve garantir o acesso de autor ao serviço público prestado pelo Poder Judiciário. A pesquisa documental possui método dedutivo e uma abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Exame de corpo de delito. Acesso à justiça. Justa causa.

ABSTRACT

¹Professor da Universidade Regional do Cariri

²Professora da Universidade Regional do Cariri

Second rule contained in the Criminal Procedure Code, it is essential to carry out the forensic examination to all offenses that leave traces. If not produced this expert examination, the Criminal Procedure Code states that the situation will be of nullity. It turns out that there are some defensive theses in forensic practice argue that the precognitive absence of an expert report the offenses that leave traces is because of the absence of just cause for the exercise of criminal action, which therefore would also be cause for rejection of the piece accusatory, as the author of the complaint would not have made a claim with sufficient evidence of authorship and materiality. From the perspective of access to justice, the rejection of the complaint would be a breach of that right, because this being a fundamental right and being a legal brief educated with minimal elements of the existence of authorship and materiality, the legal system must guarantee the author access the public service provided by the judiciary. The documentary research has deductive method and a qualitative approach.

Keywords: Forensic examination. Access to justice. Just cause.

1 INTRODUÇÃO

Segundo norma contida no Código de Processo Penal (CPP), é imprescindível a realização do exame de corpo de delito a todas as infrações que deixam vestígios. Essa imprescindibilidade consta no CPP desde a sua redação original e foi mantida ao longo dos anos sem ter nenhuma modificação. No entanto, com o passar do tempo, a doutrina e a jurisprudência passaram a questionar tal obrigatoriedade, chegando a afastá-la quando a materialidade do crime estivesse comprovada em outros meios de provas.

Ocorre que os tribunais superiores brasileiros atualmente prezam por esta imprescindibilidade do exame pericial e algumas teses defensivas têm surgido na prática forense defendendo que o laudo pericial deve estar acompanhado da peça acusatória. Por conseguinte, a ausência precognitiva do laudo pericial causaria a ausência de justa causa para o exercício da ação penal e, em consequência, estaria inviabilizada a formulação de um juízo positivo de admissibilidade da ação penal. Ocorre que esta afirmação defensiva pode afetar o direito de acesso à justiça, o qual é entendido também como um direito fundamental de inafastabilidade da jurisdição, previsto na Constituição da República.

Assim, a pesquisa irá voltar-se a responder a seguinte problemática: a rejeição da denúncia ou queixa por falta de justa causa diante da ausência precognitiva de exame de corpo

de delito às infrações que deixam vestígios desrespeita ou não o direito de acesso à justiça no processo penal?

Dessa forma, torna-se justificável o estudo do tema, uma vez que essa tese defensiva, vista por estes pesquisadores na prática forense, possivelmente afeta um direito constitucional de acesso à justiça.

O objetivo geral desta pesquisa é analisar a questão do acesso à justiça diante da ausência precognitiva do exame pericial. Por sua vez, os objetivos específicos serão voltados, inicialmente, à análise do exame de corpo de delito, bem como a consequência de sua ausência do processo penal. Além disso, será realizado um estudo sobre o direito de acesso à justiça para, ao fim, discorrer sobre o tema principal, o qual seja, a questão do acesso à justiça diante da ausência precognitiva do exame pericial.

Para tanto, será utilizado o método dedutivo e uma abordagem qualitativa em uma pesquisa documental.

2 O EXAME DE CORPO DE DELITO

Uma vez cometida uma infração penal e instaurado o seu respectivo processo, torna-se necessário provar a autoria da conduta e a existência da prática da infração. Esta última (existência da prática da infração) é conhecida como a materialidade delitiva, a qual pode ser comprovada mediante exames periciais, coisas apreendidas, instrumentos e produtos do crime.

De acordo com Tourinho Filho (2013, p. 265) que se utiliza de parte da lição de Manzini, a prova no processo penal pode ser, quanto à forma, “*pessoal*, significando a afirmação feita por uma pessoa [...]; *documental*, que é a afirmação por escrito; e *material* ‘consistente em qualquer materialidade que sirva de prova ao fato probando’ [...]”. Neste sentido, os exames periciais são tipos de provas utilizadas para comprovar a existência de uma infração penal, por exemplo, o auto exame de corpo de delito (cadavérico) comprova a existência da morte no caso de crime de homicídio.

O objetivo da prova da materialidade é convencer o magistrado que o delito ocorreu, ou seja, destina-se *aothemaprobandum*. Desta forma, o julgador estaria apto a tomar

sua decisão ao tomar o devido conhecimento da existência do fato que versa a lide (TOURINHO FILHO, 2013).

Por sua vez, existem infrações penais que deixam vestígios no mundo natural, como também existem aquelas que não os deixam. Quando se fala sobre os vestígios deixados ou não por infrações, discorre-se sobre o resultado deixado por elas. O resultado de uma infração penal é “a modificação no mundo exterior provocada pela conduta” do agente (CAPEZ, 2012, p. 164). Esse resultado pode ser naturalístico ou jurídico³. Nas infrações penais que deixam vestígios, o resultado naturalístico decorre da modificação exterior na realidade, como é o caso da morte no crime de homicídio, no trauma corporal deixado no crime de lesão e a conjunção carnal deixada no crime de estupro.

Por sua vez, há delitos que, mesmo consumados, não deixam vestígios, como é o caso da injúria e da calúnia cometidos verbalmente.

O Código de Processo Penal, em seu art. 158, determina que, quando uma infração deixar vestígios, “será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado” (BRASIL, 1941).

O corpo de delito é o conjunto de elementos deixados pelo fato criminoso e o seu exame é voltado à prova da materialidade delitiva. Tal exame deve ser feito por um servidor público portador de diploma de curso superior, chamado no Código de Processo Penal (CPP) de perito oficial. Neste sentido, o art. 159 do CPP assim dispõe: “O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior” (BRASIL, 1941).

Nas comarcas onde não há um órgão pericial oficial, o exame pericial deve ser procedido por dois peritos não oficiais que deverão prestar compromisso de bem e fiel cumprimento do encargo e serão nomeados pela autoridade competente⁴.

³ Todo crime tem resultado jurídico porque sempre agride um bem jurídico tutelado. Quando não houver resultado jurídico não existe crime. Assim, o homicídio atinge o bem vida; o furto e o estelionato, o patrimônio etc. (CAPEZ, 2012, p. 164 e 165)

⁴ Neste sentido, discorre do CPP: A^{rt. 159. [...]}

§ 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. [...]

Art. 276. As partes não intervirão na nomeação do perito.

Como dito na norma do art. 158 do CPP, o exame de corpo de delito pode ser direto ou indireto. No primeiro caso, trata-se da hipótese em que o perito tem acesso aos vestígios deixados pela infração, ou seja, o acesso ao corpo de delito é possível. Neste sentido, leciona Lopes Jr. (2014, p. 670):

Diz-se que o exame de corpo de delito é direto quando a análise recai diretamente sobre o objeto, ou seja, quando se estabelece uma relação imediata entre o perito e aquilo que está sendo periciado. O conhecimento é dado sem intermediações entre o perito e o conjunto de vestígios deixados pelo crime.

Por sua vez, no exame de corpo de delito indireto, a doutrina tende a ser controversa em relação à sua definição. Alguns doutrinadores entendem que o exame de corpo de delito indireto é a hipótese descrita no art. 167 do Código de Processo Penal, ou seja, quando tiverem desaparecido os vestígios da infração, a prova testemunha irá suprir-lhe a falta da perícia (TOURINHO FILHO, 2013; LOPES JR., 2014) Calha citar a referida norma nesta oportunidade: “Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”. (BRASIL, 1941).

O legislador também denomina a hipótese descrita no art. 167 do CPP de exame de corpo de delito indireto, uma vez que, no Código de Processo Penal Militar (CPPM), denominou a referida situação como “corpo de delito indireto”. Menciona-se o art. 328 e seu parágrafo único do CPPM (BRASIL, 1969):

Infração que deixa vestígios

Art. 328. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Corpo de delito indireto

Parágrafo único. Não sendo possível o exame de corpo de delito direto, por haverem desaparecido os vestígios da infração, supri-lo-á a prova testemunhal.

No entanto, outra parte da doutrina processualista entende que não se pode confundir prova testemunhal, que é o caso do art. 167 do CPP, com o exame de corpo de delito indireto, que deve ser feito por um perito, já que se trata de exame pericial.

Oliveira (2015, p. 430) leciona que

O exame indireto será feito também por perito oficial, só que a partir de informações prestadas por testemunhas ou pelo exame de documentos relativos aos fatos cuja

existência se quiser provar, quando, então, se exercerá e ser obterá apenas um conhecimento técnico *por dedução*⁵.

Insta salientar que o Supremo Tribunal Federal (STF), no ano de 2013, manifestou seu posicionamento a esta última corrente doutrinária. Cita-se ementa de um julgado neste sentido (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013):

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRONÚNCIA. PROVA DA MATERIALIDADE. EXAME DE CORPO DE DELITO INDIRETO. POSSIBILIDADE. INDÍCIOS DE AUTORIA. 1. Não há falar em ausência de materialidade quando esta foi comprovada por exame de corpo de delito indireto, elaborado a partir de relatório médico - fornecido pelo hospital onde esteve internada a vítima -, e assinado por dois médicos-legistas, conforme autoriza o artigo 158 do Código de Processo Penal. 2. Não há ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa quando os indícios de autoria estão embasados na prova testemunhal colhida nas fases inquisitorial e judicial. 3. Recurso ordinário a que se nega provimento. (STF - RHC: 115229 SP, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 25/06/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-158 DIVULG 13-08-2013 PUBLIC 14-08-2013).

Independentemente da posição que se adote, vê-se que a regra é a produção de exame pericial pelo perito oficial para a comprovação da materialidade delitiva aos crimes que deixam vestígios e, somente quando os vestígios tiverem desaparecidos, será utilizada a prova testemunhal para comprovação da existência da infração.

3 AUSÊNCIA DO EXAME DE CORPO DE DELITO

Caso não seja respeitada a regra que visa a obrigatoriedade de produção de exame pericial para a comprovação da materialidade aos crimes que deixam vestígios, o Código de Processo Penal determina que a situação se revestirá de nulidade. Neste sentido, dispõe o CPP (BRASIL, 1941, art. 564):

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...]
III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: [...]
b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167; [...]

⁵ Em igual sentido, Tornaghi (1959, v. 4, p. 227) e Greco Filho (1999, p. 222), ambos citados por Oliveira (2015, p. 430), bem como Távora e Antonni (2009, p. 337).

A princípio, pode-se afirmar que se está diante de uma prova hierarquizada, pois a falta de exame pericial poderá tornar nulo o processo. Porém, o ordenamento jurídicônão estabeleceu um sistema de hierarquia de provas, estando o juiz sujeito à livre apreciação de todas as provas trazidas ao processo.

Consoante a primeira parte do art. 155 do CPP, “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial [...]” (BRASIL, 1941). Este artigo traz o princípio do livre convencimento de apreciação de provas pelo juiz, o qual será utilizado no momento em que o julgador tomar sua decisão final na sentença. Ressalte-se que, de acordo com o art. 93, IV da Constituição da República, as decisões dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade. Sendo assim, o princípio narrado acima deve ser entendido como princípio do livre convencimento motivado, tendo em vista que o magistrado deve fundamentar sua conclusão.

Segundo Oliveira (2015), o fato de o legislador exigir a prova pericial não quer dizer que se está diante de uma hierarquia entre provas, mas tão-somente de uma regra da especificidade da prova, pois se está diante de uma prova eminentemente técnica. Segue o doutrinador (p. 343):

No caso da regra da especificidade, não haverá hierarquia, por exemplo, entre a prova pericial e a prova testemunhal. O que ocorrerá é que, tratando-se de uma questão eminentemente técnica, e ainda estando presentes os vestígios da infração, a prova testemunhal não será admitida como suficiente, por si só, para demonstrar a verdade dos fatos. Não se nega, contudo, qualquer valor à prova não específica, mas somente não se admite que ela seja a única e bastante para sustentar a ocorrência de um fato ou de uma circunstância deste fato. [...] Ocorre que, em relação à prova técnica, é que a legislação demonstra maior preocupação quanto à idoneidade da prova, para o fim a que se destina. [...]

A jurisprudência de nossos tribunais superiores pacificou este entendimento trazido pela lei referente à obrigatoriedade do exame de corpo de delito às infrações que deixam vestígios. No entanto, nem sempre os tribunais superiores brasileiros seguiram este entendimento.

Na década dos anos 1990 e início dos anos 2000, era possível encontrar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) algumas decisões que desprezavam a obrigação de apresentação do laudo pericial às infrações que deixam vestígios, sob o argumento de que a Constituição da República resguardava todos os tipos de provas

admitidos em direito e não havia criado qualquer hierarquia entre as provas. Assim, o STJ admitia que a norma do art. 158 do CPP havia sido superada, ao afirmar que “a exigência indeclinável da prova pericial, evidentemente, desvirtuaria os fins do processo penal” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1998).

Calha citar algumas ementas que exemplificam esta afirmação (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1993, 1998, 2003):

RESP - CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL PENAL - CORPO DE DELITO - O CORPO DE DELITO, NA CLASSICA DEFINIÇÃO DE JOÃO MENDES, E O CONJUNTO DOS ELEMENTOS SENSÍVEIS DO FATO CRIMINOSO. DIZ-SE DIRETO QUANDO REUNE ELEMENTOS MATERIAIS DO FATO IMPUTADO. INDIRETO, SE, POR QUALQUER MEIO, EVIDENCIA A EXISTENCIA DO ACONTECIMENTO DELITUOSO. A CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA RESGUARDA SEREM ADMITIDAS AS PROVAS QUE NÃO FOREM PROIBIDAS POR LEI. RESTOU, ASSIM, AFETADA A CLAUSULA FINAL DO ART. 158, CPP, OU SEJA, A CONFISSÃO NÃO SER IDONEA PARA CONCORRER PARA O EXAME DE CORPO DE DELITO. NO PROCESSO MODERNO, NÃO HA HIERARQUIA DE PROVAS, NEM PROVAS ESPECIFICAS PARA DETERMINADO CASO. TUDO QUE LICITO FOR, IDONEO SERA PARA PROJETAR A VERDADE REAL. NO CASO CONCRETO, ALEM DA CONFISSÃO, HOVER DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA.(STJ - REsp: 30435 RJ 1992/0032289-1, Relator: Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Data de Julgamento: 09/02/1993, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 12.04.1993 p. 6087)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXAME DE CORPO DE DELITO. INEXIGIBILIDADE. 1. Havendo provas suficientes da materialidade e da autoria, consistentes na prisão em flagrante dos réus e exame pericial realizado nas vestes da ofendida, não é indispensável o exame de corpo de delito, tanto mais sendo a vítima mulher casada e mãe de dois filhos. 2. A nulidade insanável decorrente da falta de exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio constitui, sem dúvida, resquício do ultrapassado sistema da prova legal. No processo moderno, orientado pela busca da verdade real, todas as provas devem ser igualmente consideradas, não existindo, entre elas, hierarquia. Em havendo outras provas lícitas e idôneas a esclarecer a verdade dos fatos e formar o convencimento do juiz, a exigência indeclinável da prova pericial, evidentemente, desvirtuaria os fins do processo penal. 3. Recurso não conhecido. (STJ - REsp: 62366 SP 1995/0012786-5, Relator: Ministro EDSON VIDIGAL, Data de Julgamento: 18/06/1998, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 03.08.1998 p. 275)

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. EXAME DE CORPO DE DELITO. FURTO. CONFISSÃO DO ACUSADO. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. "No processo penal moderno, é possível a supressão do exame de corpo de delito pela confissão do acusado e por outras provas para a configuração da qualificadora no furto, uma vez que não há hierarquia entre as provas, e tudo que for lícito será usado na busca da verdade real. In casu, estão acostados o auto de verificação e descrição do local do delito, a confissão do acusado e depoimento da vítima." (Precedentes). Recurso provido.(STJ - REsp: 330264 SC 2001/0080811-5, Relator:

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 17/12/2002, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 17.02.2003 p. 321)

Não obstante já ter existido esse entendimento no passado, atualmente os tribunais superiores interpretam pela aplicação do art. 158 do CPP, o qual determina a obrigação do exame pericial às infrações que deixam vestígios. Cita-se trecho de ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2015) para exemplificar:

[...] O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido. Portanto, se era possível, como in casu, a sua realização e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes, a confissão do acusado não supre sua ausência. (Precedentes). [...] (HC 333.244/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 15/12/2015)

Em igual lógica, o STF firmou o entendimento orientando que a ausência de laudo pericial torna incerta a materialidade do delito. Veja-se enxerto de ementa (BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça, 2016):

Em crimes de drogas é imprescindível o exame pericial no corpo do delito, na forma do art. 158 do CPP. [...] Conforme a orientação atual desta Sexta Turma, a ausência do laudo toxicológico definitivo impõe a absolvição pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas, pois incerta a materialidade do delito.” (BRASIL, 2016). (HC 213.643/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 18/05/2016)

Sendo assim, a necessidade de apresentação do exame de corpo de delito não gera uma hierarquia entre provas, bem como ocasiona a nulidade de eventual sentença condenatória que não utilize o laudo pericial para embasar a materialidade da infração.

Todavia, uma outra situação ocorre quando há a ausência do laudo pericial antes de se iniciar a ação penal, ou seja, quando se está diante de ausência precognitiva de exame pericial às infrações que deixam vestígios. Nesta hipótese, a prática forense apresenta teses defensivas em que algumas vezes afirmam que o magistrado não deve dar início à ação, rejeitando a denúncia ou a queixa em razão de falta de justa causa.

A justa causa é tida como um dos pressupostos processuais e é interpretada como um suporte probatório mínimo que traga indícios de autoria e materialidade. Em lição de Jardim trazida por Oliveira (2015, p. 116),

[...] o só ajuizamento da ação penal condenatória já seria suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar graves repercussões na órbita de seu patrimônio moral, partilhado socialmente com a comunidade em que desenvolve as suas atividades. Por isso, a peça acusatória deveria vir acompanhada de suporte mínimo de prova, sem os quais a acusação careceria de admissibilidade.

Dessa forma, a falta de suporte de provas mínimos de autoria e materialidade geram uma situação de carência de admissibilidade da ação penal, sujeitando a denúncia ou a queixa à rejeição, conforme art. 395, III do CPP, ora citado:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: [...]
III - faltar justa causa para o exercício da ação penal

Como dito acima, algumas teses defensivas na prática forense defendem que a ausência precognitiva de um laudo pericial às infrações que deixam vestígios é causa de ausência de justa causa para o exercício da ação penal, o que, por conseguinte, também seria causa de rejeição da peça acusatória, pois o autor da acusação não teria formulado uma pretensão com indícios suficientes de autoria e materialidade. Assim, a falta do laudo pericial inviabilizaria a formulação de um juízo positivo de admissibilidade da ação penal. Ocorre que essas teses defensivas desconsideram o direito de acesso à justiça, devendo o tema ser analisado sob a ótica deste direito fundamental.

4 ACESSO A JUSTIÇA

UadiLammêgoBulos (2014) ensina que o “princípio de acesso à justiça” é uma das denominações para o princípio da inafastabilidade do controle judicial, mediante o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Este princípio, em fato, é também um direito fundamental que se encontra insculpido no art. 5º, XXXV da Constituição da República⁶.

O direito de acesso à justiça originou-se de uma necessidade de associar as liberdades clássicas aos direitos sociais, os quais são também chamados de direitos de

⁶ Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988).

segunda geração ou dimensão, uma vez que se tornou necessária a disponibilização de uma prestação estatal efetiva aos cidadãos. Assim, esse direito de acesso à justiça propicia ao cidadão que o Estado lhe proporcione uma devida resposta às suas pretensões jurídicas, bem como gera um dever estatal de garantir um serviço acessível a todos.

Cappelletti e Garth (1988, p. 3) ensinam que

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sobre os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos. [...] Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe acesso efetivo.

Este artigo não tem pretensão de realizar um estudo aprofundado acerca do acesso à justiça, pois este direito fundamental tem uma larga acepção e pode ser tratado em diferentes vieses, como por exemplo, a utilização de formas alternativas de solução de conflitos e, até mesmo, a celeridade processual e o devido processo legal.

A ideia central será firmada na afirmação de que se deve afastar quaisquer obstáculos injustificáveis que impeçam a reivindicação pelo cidadão de seus direitos junto ao Poder Judiciário. Portanto, a partir desta ótica, vê-se o acesso à justiça como o direito de o cidadão ter uma tutela jurisdicional ao seu direito de ação.

Marinoni (et al. 2015) leciona que o direito de acesso à jurisdição não deve ser entendido como um mero direito de propor uma ação, mas um direito que se volta a uma utilização de uma atividade estatal imprescindível que proporciona a participação de um cidadão na vida social. Menciona-se a referida lição nesta oportunidade (p. 352):

O direito de acesso à jurisdição – visto como direito do autor e do réu – é um direito à utilização de uma prestação estatal imprescindível para a efetiva participação do cidadão na vida social e assim não pode ser visto como um direito formal e abstrato – ou como um simples direito de propor a ação e de apresentar defesa –, indiferente aos obstáculos sociais que possam inviabilizar o seu exercício.

Diante destes ensinamentos, passe-a a analisar a questão do acesso à justiça diante da ausência precognitiva do exame pericial e das teses de que tal situação gera uma rejeição da peça acusatória, pois inexistem lastros mínimos probatórios da materialidade.

5 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA DIANTE DA AUSÊNCIA PRECOGNITIVA DO EXAME PERICIAL

A investigação policial assegura uma segurança na ação da Justiça e também do próprio investigado, pois colhe elementos suficientes para trazer uma relativa firmeza na ocorrência de uma infração.

Nucci (2007, p. 62) defende que:

O simples ajuizamento da ação penal contra alguém provoca um fardo à pessoa de bem, não podendo, pois, ser ato leviano, desprovido de provas e sem um exame pré-constituído de legalidade. Esse mecanismo auxilia a Justiça Criminal a preservar inocentes de acusações injustas e temerárias, garantindo um juízo inaugural de delibação, inclusive para verificar se realmente se trata de fato definido como crime.

A ideia de que o exame de corpo de delito é essencial para dar início à ação penal se baseia nesta ideia trazida por Nucci, pois apenas a prova pericial preconstituída estaria apta a provar a materialidade na dicção do art. 158 do CPP, já tratado alhures.

Ressalte-se que, diante de uma situação em que não há indícios mínimos que venham a afirmar a existência da infração, o juiz deve rejeitar a peça acusatória diante de ausência de justa causa. Como bem ensina Oliveira (2015), essa rejeição é uma aplicação do direito de ampla defesa, já que a imputação deve ter uma pertinência do pedido que possa ser aferível nos fatos narrados na inicial e na prova indiciária. Veja-se a lição do referido autor (2015, p. 116):

A nosso ver, a questão de se exigir lastro mínimo de prova pode ser apreciada também sob a perspectiva do direito à ampla defesa. Com efeito, exigir do Estado, por meio do órgão de acusação, ou do particular, na ação privada, que a imputação feita na inicial demonstre, de plano, a pertinência do pedido, aferível pela correspondência e adequação entre os fatos narrados e a respectiva justificativa indiciária (prova mínima, colhida ou declinada), nada mais é que ampliar, na exata medida do preceito constitucional do art. 5º, LV, da CF, o campo em que irá se

desenvolver a defesa do acusado, já ciente, então, do caminho percorrido na formação da *opinio delicti*.

Por outro lado, numa situação em que há indícios de materialidade através de provas documentais e testemunhais, mas apenas se encontra ausente o laudo pericial, não se tem como defender a ausência de justa causa para o exercício da ação. Isso porque, além de este laudo poder ser apresentado ao longo da instrução, também se encontra na Constituição da República o direito de acesso à justiça. Com efeito, existindo certo lastro probatório mínimo, o magistrado poderá formular um juízo de admissibilidade da ação penal com os elementos presentes na inicial e nos documentos que a acompanham.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem o precedente de que não há falta de justa causa quando estiver ausente o exame de corpo de delito, o qual poderá ser apresentação durante uma eventual instrução probatória.

Calha mencionar trecho de ementa do STJ (BRASIL, 2006) neste sentido:

[...] III. Havendo nos autos outros meios de provas capazes de demonstrar indícios suficientes da materialidade delitiva - tais como o depoimento das testemunhas -, descabido o argumento de falta de justa causa para a ação penal por ausência do exame de corpo de delito. IV. A prova técnica não é exclusiva para atestar a materialidade do delito, de modo que a falta do exame de corpo de delito não importa em falta de justa causa para a instauração da ação penal, até porque tanto a existência do crime como sua autoria deverão ser comprovados durante a instrução probatória. (STJ - RHC: 19362 RN 2006/0078256-9, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 20/06/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 01.08.2006 p. 462)

Sob a ótica do acesso à justiça, a rejeição da denúncia seria um desrespeito a esse direito, pois sendo este um direito fundamental e estando a peça acusatória instruída com elementos mínimos da existência de autoria e materialidade, o sistema jurídico deve garantir o acesso de autor ao serviço público prestado pelo Poder Judiciário. Até porque o processo não pode ser visto como uma mera formalidade legal a partir de uma visão em que o processo tem um fim em si mesmo.

Segundo as lições de Cappelletti e Garth (1988, p. 4-5):

A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos. [...] O acesso à justiça pode,

portanto, ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Não obstante essa afirmação e o entendimento do STJ, o legislador determina na Lei nº 11.343, de 2006, conhecida como Lei de Drogas, que, “para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea” (BRASIL, 2006, art. 50, §1º).

De acordo com a lei narrada, para a comprovação da materialidade de crimes que envolvam substância entorpecente, torna-se necessário um laudo de constatação preliminar para que seja apresentada uma denúncia, mesmo que haja outros indícios que indiquem ser a substância entorpecente. Neste sentido, existe inclusive precedente do STJ (BRASIL, 2014):

[...] Cuidando-se de crime de porte de entorpecente para uso próprio, faz-se necessário, no mínimo, o laudo provisório, pois sem este sequer é possível dar início à ação penal. De fato, o art. 50, § 1º, da Lei de Drogas dispõe que para o estabelecimento da materialidade do delito é necessário o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga. [...] STJ - AgRg no AgRg no AREsp: 418615 RS 2013/0359846-0, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 10/06/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/06/2014)

Pelo que se verifica, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça diverge de forma que, em apreço ao acesso à justiça, permite o recebimento da denúncia em caso de crime de homicídio sem exame pericial se houver indícios suficientes da materialidade, porém, no caso de crimes que envolvam uma substância entorpecente, mesmo havendo lastro probatório suficiente na inicial acusatória e nos documentos que a acompanhem, o STJ entende que não deve haver o recebimento da denúncia quando não houver um laudo provisório de constatação da substância entorpecente, pois haveria falta de justa causa para o exercício da ação.

6 CONCLUSÃO

Como visto acima, o exame de corpo de delito é imprescindível às infrações que deixem vestígios, podendo ocasionar uma nulidade processual a falta da perícia. No entanto, no caso de ausência precognitiva do laudo pericial, os tribunais superiores não entendem por ausência de justa causa para o exercício da ação se houver um conjunto probatório mínimo capaz de proporcionar ao magistrado um juízo de admissibilidade da ação penal.

Desta maneira, o juiz deve preservar o acesso à justiça por parte do autor da ação e receber a denúncia, mesmo diante da ausência do laudo. Isso porque, havendo indícios suficientes de autoria e materialidade, a rejeição da denúncia ou queixa por falta de justa causa diante da ausência precognitiva de exame de corpo de delito às infrações que deixam vestígios desrespeita o direito de acesso à justiça no processo penal.

Só não haverá desrespeito ao direito de acesso à justiça se a rejeição se baseou na hipótese em que não existem indícios mínimos que venham a afirmar a existência da infração.

Por outro lado, mesmo havendo este entendimento nos tribunais superiores, verificou-se que, quando se trata de crimes que envolvam substâncias entorpecentes, é necessária a presença de um laudo provisório de constatação para a análise da justa causa e o respectivo recebimento da denúncia. Portanto, há uma divergência no entendimento do Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema, justificada, nos termos no tribunal, pela determinação contida no art. 50, §1º da Lei nº 11.343, de 2006.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União: Brasília-DF, em 05 out 1988.

_____. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Diário Oficial da União: Brasília-DF de 21.10.1969, retificado em 21.1.1970, retificado em 23.1.1970 e retificado em 28.1.1970

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União: Rio de Janeiro, em 03 out 1941.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, volume I. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. - 19. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. - 16. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.